



La libre determinación del pueblo saharauí y la soberanía permanente sobre sus recursos naturales. Adecuación jurídica de los tratados en materia pesquera celebrados entre la Unión Europea y Marruecos

Doble Grado en Derecho y Ciencias Políticas

Trabajo de Fin de Grado.

Elaborado por:

Alejandro Mon Asorey

Tutorado por:

María Ángeles Ruiz Colomé

Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho

Calificación obtenida: Matrícula de honor (10)

Resumen.

El propósito de este trabajo es realizar un análisis de la adecuación jurídica del Acuerdo de Colaboración en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos, aprobado en el año 2006, poniéndolo en relación con la libre determinación de los pueblos, norma de *ius cogens* de Derecho Internacional Público, reconocida al pueblo del Sáhara Occidental por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Tras exponer el recorrido histórico desde la colonización saharauí por España hasta la ocupación marroquí, se analizará el contenido de la libre determinación, el reconocimiento del Frente POLISARIO como representante pueblo saharauí y el modo en que conjugan la libre determinación de los pueblos y su constitución como Estado soberano. Finalmente se expondrá el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre el Acuerdo de Colaboración, y se indicará la posible sanción de la ocupación marroquí a través del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Palabras clave: libre determinación, ocupación, soberanía, zona económica exclusiva, colonización

Résumé.

Le but de cette mémoire est d'analyser l'adéquation juridique de l'Accord de Partenariat dans le secteur de la pêche entre la Communauté Européenne et le Royaume du Maroc, approuvé en 2006, en le mettant en relation à l'autodétermination des peuples, norme de *ius cogens* de Droit International Public, reconnue au peuple du Sahara occidental par l'Assemblée Générale des Nations Unies. Après avoir présenté le parcours historique depuis la colonisation sahraouie par l'Espagne jusqu'à l'occupation marocaine, on analysera le contenu de l'autodétermination, la reconnaissance du POLISARIO en tant que représentant du peuple sahraoui et comment l'autodétermination des peuples implique leur constitution comme des États souverains. Enfin, on exposera le critère de la Cour de Justice de l'Union Européenne sur le partenariat et on discutera la possible sanction à l'occupation marocaine à travers le Conseil de Sécurité des Nations Unies.

Mots-clés: libre détermination, occupation, souveraineté, zone économique exclusive, colonisation

1. CONTEXTO HISTÓRICO	2
1.1. LOS INICIOS DE LA COLONIZACIÓN ESPAÑOLA DEL SÁHARA OCCIDENTAL	2
1.2. EL SÁHARA OCCIDENTAL TRAS EL INGRESO DE ESPAÑA EN NACIONES UNIDAS	3
1.3. LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, LA MARCHA VERDE Y LA PROCLAMACIÓN DE LA REPÚBLICA ÁRABE SAHARAUI DEMOCRÁTICA	5
1.4. LA GUERRA DEL SÁHARA OCCIDENTAL	7
1.5. LOS SUCESIVOS PLANES DE PAZ HASTA LA ACTUALIDAD	9
2. LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS.....	12
2.1. LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS COMO PRINCIPIO ESTRUCTURAL DEL DERECHO INTERNACIONAL Y COMO NORMA IMPERATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL	15
2.2. EL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN COMO PARTE DE LOS DERECHOS HUMANOS	17
2.3. EL CONTENIDO ECONÓMICO DE LA LIBRE DETERMINACIÓN.....	18
2.4. LAS RESOLUCIONES DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA LIBRE DETERMINACIÓN DEL SÁHARA OCCIDENTAL	21
3. LA COMPETENCIA TERRITORIAL DEL ESTADO	24
3.1. EL TERRITORIO COMO UNO DE LOS ELEMENTOS DE HECHO DEL ESTADO	24
3.2. EL TERRITORIO MARÍTIMO	25
3.3. LIBRE DETERMINACIÓN, TERRITORIO Y RECURSOS.	28
4. LOS ACUERDOS FIRMADOS ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y EL REINO DE MARRUECOS.....	30
4.1. EL ACUERDO DE ASOCIACIÓN Y EL ACUERDO DE LIBERALIZACIÓN	32
4.2. EL ACUERDO DE COLABORACIÓN Y LOS PROTOCOLOS QUE LO DESARROLLAN.....	33
5. LAS RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE LA UNIÓN EUROPEA.....	36
5.1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA DE 10 DE DICIEMBRE DE 2015	36
5.2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016	43
5.3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 27 DE FEBRERO DE 2018	47
5.4. AUTO DEL TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA DE 19 DE JULIO DE 2018...	51
5.5. LAS CONSECUENCIAS DE LAS RESOLUCIONES EUROPEAS.....	53
6. EL RÉGIMEN SANCIONADOR EN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.	54

7. CONCLUSIONES	59
8. BIBLIOGRAFÍA Y OTRAS FUENTES	62
8.1. MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS DE REVISTA.....	62
8.2. RESOLUCIONES Y JURISPRUDENCIA	63
8.3. OTROS	64
9. ANEXOS.....	65
9.1. ANEXO 1. MAPA DEL SÁHARA OCCIDENTAL.....	65
9.2. ANEXO 2. ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA DE LA RASD.....	66

1. Contexto histórico

1.1. Los inicios de la colonización española del Sáhara Occidental

El Sáhara Occidental, denominado Sáhara Español hasta 1976, se encuentra en el noroeste africano. Cuenta con una superficie de 266 000 km² y linda, al norte, con el Reino de Marruecos, al noreste, con la República Argelina Democrática y Popular, al oeste, con el Océano Atlántico, teniendo una costa superior a los 1 000 km; y al sur y al este, con la República Islámica de Mauritania. Sus fronteras fueron acordadas entre Francia y España por medio «[d]el acuerdo de 27 de junio de 1900, que estableció los límites de la frontera sur del territorio, el acuerdo de 3 de octubre de 1904, que extiende la línea de demarcación hacia el norte, y el de 14 de noviembre de 1912, que completa finalmente la delimitación»¹. Sobre este territorio, España estableció un régimen de *zona de libre ocupación* en el área norte, Saguía el Hamra, y un régimen colonial ordinario en el área del sur, Río de Oro.

A pesar de que la presencia española en África se remonta a varios siglos, el territorio saharauí permanecería alejado de los intereses geopolíticos españoles hasta el siglo XIX. La colonización comenzaría a través de compañías comerciales pesqueras privadas, y se vio acelerada por el impulso de la colonización francesa de Marruecos. En 1884, la Sociedad Española de Africanistas y Colonialistas firma con dirigentes de las tribus saharauíes un «acuerdo de “comercio, protección mutua y amistad”»² sobre la península de Dajla, complementado por otros dos acuerdos el 12 de julio de 1884, que establecen el dominio de España sobre el territorio. En diciembre de 1884, España aprueba un Real Decreto por el que asume la protección de los territorios que comprendían los cabos Blanco y Bojador, a la vez que negociaba con Francia la delimitación del territorio saharauí y de Guinea Ecuatorial. Esto se produce en el contexto de la Conferencia de Berlín, que culmina con un acuerdo de las grandes potencias imperialistas europeas para repartirse casi la totalidad del continente africano sin la representación de ninguno de los (pocos) Estados o pueblos africanos. España se aseguró el control del Protectorado de Marruecos (que abarcaba el norte de Marruecos, salvo Tánger, Ceuta y Melilla, y la zona

¹ J. Soroeta Licerias, *El conflicto del Sáhara Occidental, reflejo de las contradicciones y carencias del Derecho Internacional*. 1ª ed., Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua, Bilbao, 2001, p. 31.

² J. Soroeta Licerias, *El conflicto...*, *op. cit.*, p. 33.

alrededor del Cabo Juby, o Protectorado del Sur), Saguía el Hamra, Río de Oro, Sidi Ifni y Guinea Ecuatorial.

La ocupación del Estado español fue lenta y limitada, centrada en la actividad pesquera. Esta situación se mantendría hasta los años 50, cuando España acelera la ocupación «en contra del reloj de la Historia, pues el resto de las potencias coloniales comenzaban precisamente entonces a abandonar sus posesiones en África»³. Entre 1884 y 1955, las colonias españolas se agruparían. En primer lugar, el Decreto de 29 de agosto de 1934 concede al Alto Comisariado de España en Marruecos las facultades de administración de Saguía el Hamra, Río de Oro y Sidi Ifni. Posteriormente, el Decreto de 20 de julio de 1946 establece el régimen de dependencia de las posesiones del «África Occidental».

1.2. El Sáhara Occidental tras el ingreso de España en Naciones Unidas

Será a partir de 1959 que «se inicia, consume y extingue la colonización, teniendo lugar los acontecimientos más importantes: la transformación de la sociedad tradicional saharauí, la explotación económica del territorio y la necesidad insoslayable para el Gobierno español de encontrar una salida al problema planteado ante la comunidad internacional»⁴. El impulso tardío a la colonización del Sáhara Occidental vendría justificado por el progreso económico del régimen franquista a partir de finales de los 50 y la oportunidad de revivir el sueño imperial, frustrado en 1898.

El impulso de la colonización entraba en conflicto con Estados Unidos y la Unión Soviética, pues, «en el caso norteamericano, factores de orden económico e incluso de psicología colectiva determinaban su rechazo al fenómeno colonial; para la Unión Soviética, el factor ideológico se revelaba decisivo en su repudio del colonialismo justificando un hostigamiento de esta práctica como uno de los elementos para propiciar el derrumbe del capitalismo en línea con las premisas de la teoría leninista sobre el imperialismo»⁵. Este rechazo permitiría que la Carta de las Naciones Unidas (CNU) incluyese el derecho de los pueblos a la libre determinación en sus artículos 1 y 55. A partir de entonces, «el entonces incipiente bloque de los países no alineados desarrolló desde mediados de la década de los años cincuenta una estrategia de acoso a las potencias coloniales saldada finalmente con el apoyo prácticamente unánime de la Organización al avance del proceso

³ J. Soroeta Licerias, *El conflicto...*, *op. cit.*, p. 35.

⁴ R. Criado, *Sáhara: pasión y muerte de un sueño colonial*, 1ª ed., Ruedo Ibérico, París, 1977, p. 29.

⁵ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema de Derecho Internacional Público*, 5ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 483.

de descolonización»⁶. Es por ello por lo que el ingreso de España a Naciones Unidas desencadenó presiones para que se incluyese a las colonias españolas en la lista de territorios no autónomos (TNA) elaborada en la A/RES/66 (I), de 14 de diciembre de 1946, y sobre los cuales las potencias coloniales informaban sobre la situación económica, educativa y social, de acuerdo con la petición expresada en la A/RES/9 (I), de 9 de febrero de 1946.

España había reconocido la independencia de Marruecos con la Declaración conjunta hispano-marroquí de 7 de abril de 1956, que concede la soberanía sobre el Protectorado del Norte y por el que España afirma renovar «*su voluntad de respetar la unidad territorial del Imperio que garantizan los Tratados internacionales; y se compromete a tomar las medidas necesarias para hacerla efectiva*». Esto sirvió de impulso al irredentismo marroquí, cuyas tesis se originan cuando «Allal El Fassi, presidente del partido nacionalista *Istiqlal* elaboró sus teorías sobre el “Gran Marruecos” que sería una reconstrucción *sui generis* del territorio del antiguo imperio almorávide, comprendiendo todas las posesiones españolas del Norte de África (Ifni, la región de Villa Bens, todo el Sahara español, Ceuta, Melilla y los islotes), toda Mauritania, y buena parte de Argelia y de Malí, llegando hasta el río Senegal»⁷. Es relevante indicar que «los tratados internacionales a que se refiere la Declaración son los de 1910 y 1912 [...] y en virtud de los mismos el Sáhara Occidental quedaba fuera del concepto de “integridad territorial del imperio”»⁸. Se desata la guerra de Ifni, resuelta con el Acuerdo de Angra de Cintra el 1 de abril de 1958, retrocediendo a Marruecos el Protectorado Sur, pero no Ifni.

España no aportaría la información solicitada por Naciones Unidas sobre sus TNA hasta noviembre de 1958, tras haber perdido el protectorado y aprobado el Decreto de 10 de enero de 1958, por el que el África Occidental Española pasaba a conformar las provincias del Sáhara Español y de Ifni, consideradas parte de su territorio soberano. Sin embargo, en 1960, España debió transigir y reconocer que transferiría información sobre sus TNA. Este cambio se debió a la propuesta, ante la Cuarta Comisión de Naciones Unidas (Política Especial y Descolonización), de las delegaciones soviética y búlgara de incluir a Canarias en la lista de TNA, hecho que hubiese constituido un golpe a España en relación con su soberanía sobre las islas, cuestionada por el irredentismo marroquí. La

⁶ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, *op. cit.*, p. 484.

⁷ C. Ruiz, «El largo camino jurídico y político hacia el Plan Baker II. ¿Estación de término?», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. V, 2005, p. 447.

⁸ J. Soroeta Licerias, *El conflicto...*, *op. cit.*, p. 37.

A/RES/1542 (XV), de 15 de diciembre de 1960, reconocerá los pasos dados por el Gobierno español para informar sobre sus territorios no autónomos, pero no elaborará una lista de éstos. Igual de ambigua sería la A/RES/2072 (XX), de 16 de diciembre de 1965, que exhortaría a España a «*que emprenda negociaciones sobre los problemas relativos a la soberanía*», sin indicar con quién debía negociar exactamente.

El asunto de Ifni y Sáhara Español se encauzó por dos vías diferentes a partir de la A/RES/2229 (XXI), aprobada el 20 de diciembre de 1966. En relación con Ifni, se instó a España a negociar con Marruecos el traspaso de la soberanía, asunto que se cierra con el Tratado de retrocesión de Ifni al Reino de Marruecos, celebrado en Fez a 4 de enero de 1969. En cuanto al Sáhara Español, se insta a España a, considerando las aspiraciones del pueblo saharauí y habiendo celebrado consultas con Marruecos, Mauritania y cualquier otra parte interesada (Argelia), organizar la celebración de un referéndum de autodeterminación bajo el auspicio de Naciones Unidas. La tesis marroquí defendía entonces «un proceso compuesto por dos fases distintas: obtención de la independencia del territorio y, a instancias del MOREHOB (*Mouvement de Résistance des Hommes Bleus* [...]), posterior integración del territorio en Marruecos»⁹. Sin embargo, estas tesis no serían aceptadas ni por Naciones Unidas ni por la Organización para la Unidad Africana (OUA), favorables a la autodeterminación. En 1973, se funda el Frente Popular de Liberación de Saguía el Hamra y Río de Oro (POLISARIO), que se reconocerá después como representante legítimo del Sáhara Occidental. Se inicia una guerra de guerrillas contra el España, que continuará contra las potencias ocupantes.

1.3. La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, la Marcha Verde y la proclamación de la República Árabe Saharaui Democrática

Tras haber mantenido una actitud reticente, España se compromete ante el Secretario General de Naciones Unidas (SG) a la celebración del referéndum bajo auspicio de Naciones Unidas en los primeros seis meses de 1975 y, a tal efecto, elaboró un censo. La reacción de Marruecos fue impulsar la adopción de la A/RES/3292 (XXIX), de 13 de diciembre de 1974, para que el asunto se paralizase y la Corte Internacional de Justicia (CIJ) emitiese una sentencia sobre a si el Sáhara Español constituía *terra nullius* antes de la colonización y reconocer los vínculos que existían entre dicho territorio, el Reino de Marruecos y el conjunto mauritano. La justificación de Marruecos sería que «las

⁹ J. Soroeta Liceras, *El conflicto... op. cit.*, p. 46.

resoluciones de [la Asamblea General] habían sido desvirtuadas por España para conseguir la creación “artificial” en “su” territorio de un nuevo Estado, cuya independencia nominal no haría sino encubrir la perpetuación del régimen colonial, con lo cual se había llegado a una “situación nueva” que imponía la suspensión del referéndum pedido por la ONU y, en consecuencia, la revisión de las directrices y criterios que llevaban consigo las resoluciones de la Asamblea General»¹⁰.

Dada la negativa española a la vía contenciosa, Marruecos y Mauritania optan la vía consultiva. Esto lleva a la Opinión Consultiva sobre el Sáhara Occidental de 16 de octubre de 1975, que establecerá que el territorio saharauí no constituía *terra nullius* antes de la llegada española y que, a pesar de existir ciertos vínculos con el Reino de Marruecos y el conjunto mauritano, no se podía afirmar la existencia de una relación de soberanía con el Sáhara Español en aquella época histórica. La opinión será cuestionada por Marruecos, que en noviembre impulsará una invasión del Sáhara Español, conocida como la *Marcha Verde*, considerando que los vínculos entre el pueblo saharauí y el Reino de Marruecos eran de soberanía y que dicha marcha podría crear un hecho consumado que garantizaría la soberanía efectiva sobre el territorio. La *Marcha Verde* frustrará el *Plan Waldheim* del SG, que preveía la celebración de un referéndum en seis meses y la instauración provisional de un régimen de administración internacional. Iniciada la *Marcha Verde*, el Consejo de Seguridad (CS), a través de la S/RES/380, de 6 de noviembre de 1975, deplora la acción militar marroquí y cierra cualquier posibilidad de que dicha acción favorezca las pretensiones de soberanía de Marruecos.

Ocho días más tarde, se celebra el Acuerdo Tripartito o Acuerdo de Madrid, por el cual España cede la administración del Sáhara Occidental a una entidad tripartita, compuesta por España, Marruecos y Mauritania, hasta el 26 de febrero de 1976, y que debería tomar en consideración las opiniones del pueblo saharauí, expresadas a través de la Yemáa o Asamblea General saharauí, constituida en 1967 por el régimen franquista. Dicho acuerdo carece de validez según el Derecho internacional, dada la infracción de una norma de *ius cogens*, y así lo ha indicado Naciones Unidas, que ha reiterado que España sigue siendo potencia administradora. En 2002, la Carta de fecha 29 de enero de 2002, dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico, Hans Corell, o Informe Corell, expresa en su punto

¹⁰ C. Ruiz, «El largo camino...», *op. cit.*, p. 449.

número 6 que «el Acuerdo de Madrid no transfirió la soberanía sobre el territorio ni confirió a ninguno de los signatarios la condición de potencia administradora, condición que España, por sí sola, no podía haber transferido unilateralmente»¹¹. Los Acuerdos de Madrid introdujeron también unos Protocolos de Pesca, que incluyen el «reconocimiento mutuo, por parte de Marruecos y Mauritania, de derechos de pesca en las aguas del Sahara, en favor de 800 barcos españoles, por una duración de 20 años»¹². De este modo, España se aseguraba poder seguir explotando los recursos pesqueros saharauis.

1.4. La Guerra del Sáhara Occidental

El 28 de noviembre de 1975, el *Documento histórico de El Guelta (Sáhara Occidental)*, firmado por 67 miembros de la *Yemáa* y más de 60 jefes tribales, «denunciaba la inoperancia de la *Yemáa*, a la que se consideraba “institución títere” [...] y se le negaba representatividad alguna, dado “que no ha sido elegida de forma democrática por el pueblo saharauí”, por lo que “no puede decidir la libre determinación del pueblo saharauí”. El documento finalizaba afirmando que “la Asamblea General decide su disolución definitiva por el voto unánime de sus miembros presentes”, atribuyendo al Frente POLISARIO la autoridad única y legítima del pueblo saharauí»¹³.

El 26 de febrero de 1976, España comunica su retirada del territorio de acuerdo con los Acuerdos de Madrid. Al día siguiente, el POLISARIO proclama la República Árabe Saharaui Democrática (RASD) y se iniciará un conflicto bélico con Marruecos y Mauritania. Frente al apoyo al POLISARIO por Argelia, «la coyuntura internacional, dominada por la ecuación de la guerra fría, permitió que dos potencias occidentales con fuerza en la ecuación y en los asuntos de la región, EEUU y Francia, otorgaran su bendición no solo a la anexión del Sahara Occidental sino también al planteamiento subyacente en la estrategia de la *Marcha Verde*. [...] Al servicio de este planteamiento, un Estado saharauí fue, antes de ver siquiera la luz, catalogado de potencial satélite, por si solo o por refracción vía Argelia, de la Unión Soviética»¹⁴. Marruecos y Mauritania celebran el 14 de abril de 1976 el Convenio relativo al trazado de la frontera estatal establecido entre la

¹¹ Carta de fecha 29 de enero de 2002 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico (S/2002/161), p. 2.

¹² J. Soroeta Licerias, *El conflicto...*, *op. cit.*, p. 228.

¹³ J. Soroeta Licerias, *El conflicto...*, *op. cit.*, pp. 146-147.

¹⁴ A. Boukhari, «Las dimensiones internacionales del conflicto del Sáhara Occidental y sus repercusiones para una alternativa marroquí», *Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos. Área: Mediterráneo y Mundo Árabe* – DT nº 16, 2004, p. 3.

República Islámica de Mauritania y el Reino de Marruecos, fijando el reparto deseado del Sáhara Occidental.

La guerra transcurre mientras la Asamblea General (AG) mantiene una posición ambigua y confusa que se materializa en la adopción de resoluciones simultáneas, unas favorables a la visión argelino-saharauí, otras a la marroquí-mauritana: serán los casos de la A/RES/3458 A (XXX) frente a la A/RES/3458 B (XXX), de 10 de diciembre de 1975; y de la A/RES/33/31 (A) frente a la A/RES/33/31 (B), de 13 de diciembre de 1978. El conflicto sufrirá cambios en 1979, cuando el gobierno mauritano firma un acuerdo de paz con el POLISARIO. Ante su retirada, «Marruecos responde extendiendo en septiembre de 1979 su ocupación al territorio evacuado por Mauritania, poniendo fin al reparto del territorio firmado en abril de 1976»¹⁵. Esta acción reactiva el papel de la AG, que condena la ocupación militar en su A/RES/34/37, de 21 de noviembre de 1979, y reconoce al Frente POLISARIO como representante del pueblo saharauí en la A/RES/35/19, de 11 de noviembre de 1980. A la condena en Naciones Unidas se suma la acción de la OUA, que en julio de 1982 aprobará el ingreso de la RASD como Estado miembro y que en 1983 emite la AHG/RES/104 (XIX), por la que establece la necesidad de someter la cuestión a un referéndum de libre determinación. Es relevante señalar que las relaciones del pueblo saharauí con las organizaciones internacionales estarán determinadas por la existencia simultánea del POLISARIO y la RASD, puesto que no todas las organizaciones reconocerán a la RASD (caso de Naciones Unidas, que mantiene relaciones con el POLISARIO y no con la RASD).

Durante la guerra, España firma tratados de pesca con Marruecos, el primero en 1978 y el segundo en 1983. La firma de estos tratados provocó el secuestro de buques pesqueros españoles por el POLISARIO, reivindicando «tanto su subjetividad internacional como su derecho a controlar la explotación de los recursos naturales del territorio»¹⁶. Como consecuencia en 1985 el gobierno español decide cerrar la oficina del POLISARIO en Madrid. El ingreso de España en la Comunidad Económica Europea en 1986 llevaría a nuevas negociaciones para revisar el Tratado de Pesca. Esto culmina con un acuerdo pesquero en febrero de 1988, al que seguirá otro en mayo de 1992, y otro en noviembre de 1995. En estos acuerdos se utilizó la expresión «aguas bajo jurisdicción de Marruecos», lo que permite no mencionar expresamente al Sáhara Occidental y diferenciar entre

¹⁵ A. Boukhari, «Las dimensiones...», *op. cit.*, p. 4.

¹⁶ J. Soroeta Licerias, *El conflicto...*, *op. cit.*, p. 229.

la jurisdicción y la soberanía marroquí sobre este. Esto supuso, para parte de la doctrina, que «la CEE pasaba a incurrir en responsabilidad internacional por negociar ilegalmente sobre los recursos naturales existentes en las aguas jurisdiccionales de un TNA, junto a España»¹⁷.

En 1988, el POLISARIO y Marruecos aceptan la propuesta del Secretario General y la OUA de celebrar un referéndum organizado por Naciones Unidas y la OUA, el *Plan de Arreglo*, que incluía además «el alto el fuego, la presencia de los contingentes militares tanto marroquíes como saharauis en determinadas zonas convenidas, la liberación de presos y detenidos políticos o el canje de prisioneros de guerra»¹⁸. El plan vendría seguido de la creación de la Misión de Naciones Unidas para el Referéndum del Sáhara Occidental (MINURSO). El alto el fuego se producirá finalmente en 1991.

1.5. Los sucesivos planes de paz hasta la actualidad

Sin embargo, el *Plan de Arreglo* se paralizará, principalmente por las dificultades para elaborar un censo, pues Marruecos intentaba introducir a ciudadanos marroquíes. En 1997 se aprueban los Acuerdos de Houston, que señalará de manera clara que ninguna de las partes podrá facilitar o apoyará el traslado de personas hacia el territorio saharauí, salvo aquellas que se trasladen bajo el auspicio de Naciones Unidas. Finalmente, el censo se concluye en diciembre de 1999, incluyéndose a 86 383 de un total de casi 200 000 candidatos. Este censo «era muy similar al español de 1974, lo que, por cierto, desmintió las acusaciones de parcialidad que Marruecos formuló contra éste. El nuevo censo, en definitiva, rechazó como saharauis a decenas de miles de marroquíes que pretendían ser incluidos en el mismo, lo que significaba que el referéndum conducía inexorablemente a la independencia del territorio»¹⁹. Ante esta situación, Marruecos intentó boicotear la aplicación del plan interponiendo apelaciones a la elaboración del censo, que no fueron admitidas por Naciones Unidas. Lejos de continuar con la aplicación del *Plan de Arreglo*, «el SG dio un espectacular giro al conflicto al solicitar la suspensión *sine die* del Plan de Paz (y, fundamentalmente, del referéndum) y abrir la puerta a la llamada “tercera vía”»²⁰, consistente básicamente en reanudar las negociaciones entre las partes.

¹⁷ J. Soroeta Licerias, «La posición de la Unión Europea en el conflicto del Sahara Occidental, una muestra palpable (más) de la primacía de sus intereses económicos y políticos sobre la promoción de la democracia y de los derechos humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 34, 2009, p. 835.

¹⁸ J. Soroeta Licerias, *El conflicto...*, *op. cit.*, p. 239.

¹⁹ C. Ruiz, «El largo camino...», *op. cit.*, p. 459.

²⁰ C. Ruiz, «El largo camino...», *op. cit.*, p. 460.

Estas negociaciones culminarían con la propuesta de un acuerdo-marco o *Plan Baker*, que propondría la integración del Sáhara en el Reino de Marruecos como región autónoma. El plan lleva el nombre de James Baker, enviado de Naciones Unidas para el conflicto del Sáhara Occidental. A este acuerdo se unió el informe S/2001/613 del Secretario General Kofi Annan, que trata a Marruecos como «potencia administradora», acto insólito si se tienen en cuenta las resoluciones previas de la AG, que insistían en que la única potencia administradora era España. El acuerdo-marco «partía de una premisa (un *a priori*) que daba por demostrada y aceptada (que el Sáhara Occidental es territorio de soberanía marroquí), pero que no sólo no está demostrada ni aceptada [...] sino que no se puede demostrar ni aceptar sino *a posteriori*, hasta que después de un referéndum de autodeterminación, el pueblo saharauí eventualmente decida integrarse en Marruecos»²¹. Esto mostraba una contradicción: por un lado, el SG consideró a Marruecos potencia administradora del Sáhara, esto es, se consideraba que el territorio saharauí era una colonia; por otro, se consideraba que el Sáhara se incluía en territorio soberano marroquí. La autonomía saharauí dentro del Reino de Marruecos, además, debía ser decidida por dicho pueblo en un referéndum, para que se aceptase como forma de libre determinación según la A/RES/1541 (XV). Por último, el acuerdo-marco señalaba que «estarán habilitados para votar en dicho referéndum los electores que hayan residido continuamente en el Sáhara Occidental durante el año anterior»²², lo cual era una legitimación de la *Segunda Marcha Verde*, por la que se producían migraciones marroquíes a territorios ocupados. El acuerdo-marco o *Plan Baker* sería rechazado por el CS en la S/RES/1429 (2002), de 30 de julio.

Tras una propuesta, rechazada por el SG, de Argelia de instaurar una administración del territorio por Naciones Unidas durante un periodo transitorio, tras el cual se celebraría el referéndum, y de tímidas propuestas de una partición del territorio, sugerida por el SG, en enero de 2003, James Baker propone el *Plan Baker II*, que sería «apoyado» por el CS. Este plan establecía exactamente las competencias que tendría la Autoridad del Sáhara Occidental (ASO), algo que no sucedía en el *Plan Baker*, además de restringir las competencias de Marruecos y establecer que en el Sáhara Occidental se deberían respetar los convenios internacionales en materia de derechos humanos. Además, el *Plan Baker II* tendría cierta connotación de Constitución, al ser la norma sobre la cual se deberían basar

²¹ C. Ruiz, «El largo camino...», *op. cit.*, p. 463.

²² C. Ruiz, «El largo camino...», *op. cit.*, pp. 465-466.

las leyes adoptadas por la ASO hasta que se celebre el referéndum tras un periodo transitorio. Sobre el referéndum, se admitirá a tres listas: «la de votantes reconocidos como saharauis por la ONU en diciembre de 1999, la de refugiados saharauis de ACNUR y la de todos aquellos que residan en el territorio de forma continuada desde antes de 1999»²³. El censo seguiría favoreciendo a Marruecos, puesto que permite introducir a colonos que residen en territorios ocupados desde antes de 1999, y además porque en la lista de refugiados de ACNUR habrá personas que también están en la lista de saharauis elaborada en 1999. Aun así, Marruecos se opuso al plan, tratando de atacar tres aspectos: «descentralización [los *Länder* que prometía Hassan II son obsesivamente convertidos en “autoridad local” [...]], democracia (sometiendo al Poder Judicial saharauí a la férula del Poder Judicial marroquí) y derechos humanos (expresando incluso reservas ante el alcance que pudieran tener las libertades ideológica y de expresión)»²⁴. En 2004 hubo un intento de impulsar un «acuerdo cuatripartito» en el que intervendrían España, Francia, Marruecos y Argelia, aislando al POLISARIO al considerarse que éste vendría representado por Argelia. El acuerdo habría sido secreto, pero «el intento de llegar a un acuerdo secreto se ha abortado, al hacer público su rechazo por el ministro argelino de Asuntos Exteriores»²⁵.

Desde entonces, ha habido varias rondas de negociaciones entre Marruecos y el POLISARIO, que no han dado lugar a un Plan de Paz. Anualmente, el CS sigue emitiendo resoluciones renovando las tareas de la MINURSO y haciendo llamamiento a las partes para avanzar en las negociaciones. En 2017, la crisis en Guerguerat, ciudad saharauí ocupada que hace frontera con Mauritania, desató una crisis diplomática al haber alterado los términos del alto el fuego. La situación parece haberse estabilizado con la retirada de Guerguerat de las tropas saharauis. Mientras tanto, entre 2015 y 2018 se han adoptado, desde el seno de la Unión Europea, resoluciones judiciales que han afectado a los acuerdos internacionales celebrados entre la UE y Marruecos, al haberse indicado, como analizaremos, que las aguas saharauis no forman parte del territorio soberano de Marruecos y, por tanto, deben quedar fuera de la aplicación de cualesquiera de los acuerdos pesqueros, de asociación y de liberalización en vigor.

²³ C. Ruiz, «El largo camino...», *op. cit.*, p. 475.

²⁴ C. Ruiz, «El largo camino...», *op. cit.*, p. 490.

²⁵ C. Ruiz, «El largo camino...», *op. cit.*, p. 494.

2. La libre determinación de los pueblos

En su dimensión política, la libre determinación de los pueblos tiene su origen en las tesis nacionalistas y las tesis marxistas-leninistas, responsables del concepto que posteriormente se integra en la CNU. Los postulados nacionalistas, derivados de los principios liberales de autodeterminación individual, traspasan dicha autodeterminación a una entidad colectiva, la nación, que decide sobre su futuro económico, social y político. Esto se tradujo en la aparición de Estados-nación europeos, algunos sobre la base territorial de Estados modernos preexistentes (Francia, España, Dinamarca, etc.) y otros a través de la conformación de un Estado-nación en el territorio de antiguos imperios (Alemania, Grecia, Hungría, etc.). Por su parte, del lado del marxismo, «Lenin fue el primero en insistir ante la comunidad internacional en que el derecho de libre determinación debía ser establecido como un criterio general para la liberación de los pueblos oprimidos, lo que conduciría al éxito de la revolución socialista; sus ideas [...] se convirtieron en directrices políticas que llevaron al conjunto de Estados socialistas a convertirse en paladines del principio de libre determinación de los pueblos en la esfera internacional y en NU en participar, al tiempo que pretendían explicar su estructura político-territorial interna sobre la base del mismo principio en cuanto que unión voluntaria de naciones»²⁶.

En cuanto a la dimensión jurídica, este principio fue reconocido por la CNU, además de tímidos intentos de la Sociedad de Naciones, pero no sería un reconocimiento delimitado, sino que el significado preciso de la libre determinación se acotaría con el desarrollo normativo y jurisprudencial posterior, jugando un importante papel la presión de las dos superpotencias de la guerra fría y los países no alineados. Sobre la libre determinación en la Sociedad de Naciones, esta fue incluida en los Catorce Puntos de Woodrow Wilson, aunque su concepción «se orientaba *prima facie* a garantizar la constitución de gobiernos fundados en el libre consentimiento de los gobernados»²⁷, lo que se conoce como un derecho a la libre determinación interna, mientras que «serían las circunstancias de la guerra y las especificidades del contexto europeo las que introducirán nuevos matices en la concepción wilsoniana para dotarla de un componente externo –la libre elección de Estado»²⁸.

²⁶ P. Andrés Sáenz de Santamaría, «La libre determinación de los pueblos en la nueva sociedad internacional», J. Cardona Llorens, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional, Volumen I*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 125.

²⁷ P. Andrés Sáenz de Santamaría, «La libre determinación...», *op. cit.*, p. 126.

²⁸ P. Andrés Sáenz de Santamaría, «La libre determinación...», *op. cit.*, p. 126.

Desde 1945 hasta la actualidad, con especial relevancia durante los 60, Naciones Unidas ha emitido resoluciones sobre la libre determinación, construyendo en torno a ellas una jurisprudencia que la reconoce como norma imperativa de Derecho Internacional general y que la ha ido asociando tanto con la independencia efectiva del territorio del pueblo colonial como con otras fórmulas de encaje territorial, siempre que permitan un efectivo ejercicio de la voluntad popular. Podemos citar como antecedentes la A/RES/9 (I) y A/RES/66 (I), de 9 de febrero y 14 de diciembre de 1946. Estas resoluciones son muy próximas a la adopción de la CNU e hicieron tímidas proclamas sobre la relevancia de la libre determinación y el deber, por parte de las potencias coloniales, de informar sobre la situación de sus territorios bajo dominio colonial, a fin de facilitar la constitución de un sistema de fideicomiso. Esto permitió la elaboración de una lista de territorios no autónomos, cuyo número de territorios ha ido disminuyendo a lo largo de la ola descolonizadora de la segunda mitad del siglo XX.

Sin embargo, el desarrollo más relevante en el seno de Naciones Unidas del principio de libre determinación se dará con dos resoluciones clave de 1960: la A/RES/1514 (XV), de 14 de diciembre de 1960, en la que se contiene la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*; y la A/RES/1541 (XV), de 15 de diciembre de 1960, de un contenido más modesto. La A/RES/1514 (XV) empleará un tono duro en la defensa de la libre determinación, asociándola con la consecución de la independencia de los pueblos. Concretamente, el párrafo 5 indica que «*en los territorios en fideicomiso y no autónomos y en todos los demás territorios que no han logrado aún su independencia deberán tomarse inmediatamente medidas para traspasar todos los poderes a los pueblos de esos territorios, sin condiciones ni reservas, en conformidad con su voluntad y sus deseos libremente expresados, y sin distinción de raza, credo ni color, para permitirles gozar de una libertad y una independencia absolutas*». Por otro lado, el párrafo 3 crítica los argumentos paternalistas esgrimidos por algunas potencias, al expresar que «*la falta de preparación en el orden político, económico, social o educativo no deberá servir nunca de pretexto para retrasar la independencia*».

La A/RES/1541 (XV) supuso realmente un paso atrás, ya que responde a una «maniobra auspiciada por ciertas potencias coloniales, tendía a alterar los términos de la anterior resolución al proponer una lectura mucho más conservadora del derecho de libre determinación de los pueblos coloniales, contemplando que en su ejercicio la población colonial optara entre la independencia o las alternativas de la libre asociación [...] o la

integración»²⁹. En su anexo, el principio VI establece que «*puede considerarse que un territorio no autónomo ha alcanzado la plenitud de gobierno propio: a) Cuando pasa a ser un Estado independiente y soberano; b) Cuando establece una libre asociación con un Estado independiente; o c) Cuando se integra a un Estado independiente*».

Como continuación, se aprueban la A/RES/1654 (XVI), de 27 de noviembre de 1961, y la A/RES/1810 (XVII), de 17 de diciembre de 1962, que supusieron la creación del Comité Especial de Descolonización, integrado primero por diecisiete estados, y luego por veinticuatro, que supervisaría la realización de los objetivos previstos en la Declaración sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales, invitando a la colaboración de las potencias administradoras, del Consejo de Administración Fiduciaria y de la Comisión para la Información sobre Territorios no Autónomos.

En 1970 se aprobará otra resolución relevante, la A/RES/2625 (XXV), de 24 de octubre, que supondrá definitivamente el reconocimiento de una pluralidad de vías para alcanzar la libre determinación. Refiriéndonos al caso del Sáhara Occidental, las últimas posturas de Marruecos han sido acordes a esta pluralidad de vías, al apostar por una amplia autonomía del pueblo saharauí dentro del reino alauita, todo esto sin embargo sin hacer referencia al mecanismo del referéndum. Sin embargo, esta resolución no ha sido óbice para que la mayor parte de procesos de descolonización siguiesen la fórmula de la independencia, reflejándose en el creciente número de Estados soberanos a partir de los 60. Esta resolución sería también relevante por mencionar que los territorios bajo dominación colonial no tienen la condición jurídica del Estado que los colonizó, sino «*una condición jurídica distinta y separada conforme a la Carta [de las Naciones Unidas]*».

El reconocimiento de la libre determinación de los pueblos ha dado lugar al reconocimiento de los pueblos sometidos a dominación colonial como sujeto del Derecho internacional público. La definición de estos pueblos incluye no sólo a la población autóctona, sino también «la población *sobrevenida* como consecuencia del hecho colonial mientras éste fue conforme con el DI en vigor»³⁰. Por tanto, incluye el caso de los *caldoches* de Nueva Caledonia o los bóeres en el África austral. Sin embargo, no se incluyen «los

²⁹ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, *op. cit.*, p. 486.

³⁰ A. Remiro Brotóns R. Riquelme Cortado, J. Díez-Hochleitner et. al., *Derecho internacional*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 173.

nuevos pobladores o colonos, asentados cuando el mantenimiento del hecho colonial se considera incompatible con dicho principio [de libre determinación], ya positivado»³¹.

2.1. La libre determinación de los pueblos como principio estructural del Derecho Internacional y como norma imperativa de Derecho Internacional general

El concepto jurídico de libre determinación ha venido sufriendo variaciones desde su adopción en 1945, y ha terminado por causar cambios en numerosas áreas del ordenamiento internacional, entre ellas, «la subjetividad internacional, la estructura normativa del ordenamiento internacional, la responsabilidad internacional, la dimensión internacional de los derechos humanos o el uso de la fuerza, junto con los respectivos principios estructurales que les atañen»³². A pesar de su inclusión en la CNU, «no era intención de la Carta el proclamar un derecho de los pueblos coloniales a la libre determinación y, en su caso, a la independencia, sino que la afirmación de este derecho en favor de los pueblos coloniales ha constituido el resultado de una lectura en términos progresivos de las tímidas disposiciones de la Carta, merced de la presión de los Estados no alineados, consolidándose a través de la actividad posterior de la organización»³³. Esta presión y esfuerzo de los Estados no alineados y de los movimientos de liberación nacional acabarían por suponer la afirmación, como principio estructural del Derecho internacional público, de la libre determinación de los pueblos asociada con la independencia, mientras que otras resoluciones, más conservadoras, se referirán a modelos alternativos de libre determinación. En un inicio, la libre determinación se incluyó en la CNU a la vez que la misma mantenía en su articulado (artículos 73 y 74, y los Capítulos XII y XIII) una serie de artículos que regulaban la situación de territorios sometidos a un régimen colonial, sometidos a un régimen de administración fiduciaria, que se da por extinguido con el acceso a la independencia de Palaos en 1994.

El carácter de la libre determinación como principio estructural del Derecho internacional quedó asentado con la A/RES/2625 (XXV), que la incluye como uno de los principios estructurales en tanto que «expresan los *valores jurídicos básicos* que inspiran el ordenamiento internacional en un determinado momento de su evolución histórica»³⁴. Concretamente, la resolución establece que «*todo Estado tiene el deber de promover,*

³¹ A. Remiro Brotóns, R. Riquelme Cortado, J. Díez-Hochleitner et. at., *Derecho internacional, op. cit.*, p. 174.

³² P. Andrés Sáenz de Santamaría, «La libre determinación...», *op. cit.*, pp. 159-160.

³³ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, *op. cit.*, pp. 485.

³⁴ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, *op. cit.*, pp. 27.

mediante acción conjunta o individual, la aplicación del principio de la igualdad soberana de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de conformidad con las disposiciones de la Carta, y de prestar asistencia a las Naciones Unidas en el cumplimiento de las obligaciones que se le encomiendan por la Carta respecto de la aplicación de dicho principio, a fin de: a) fomentar las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados; y b) poner fin rápidamente al colonialismo, teniendo debidamente en cuenta la voluntad libremente expresada de los pueblos de que se trate». Como formas de ejercicio del derecho a la libre determinación, la resolución enumera «*el establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o integración con un Estado independiente o la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo*». Esta pluralidad de vías aparecería ya en resoluciones como la A/RES/1541 (XV).

El carácter de principio estructural incide directamente en la consideración de la libre determinación como norma de *ius cogens* o norma imperativa de Derecho internacional general, pues expresa un valor compartido por la comunidad internacional. El carácter imperativo de esta norma supone que «no se admite su exclusión o modificación mediante pacto y cualquier acto contrario a su contenido se sanciona con la nulidad»³⁵. Aun así, es cierto que algunas violaciones de normas de *ius cogens* no han sido sancionadas, como es el caso que nos ocupa. No existe un listado de normas de *ius cogens*, de modo que la jurisprudencia de la Comisión de Derecho Internacional y de las resoluciones de Naciones Unidas son los instrumentos principales para ir distinguiendo normas de este carácter. Actualmente, sobre la libre determinación, la negación de dicho carácter es minoritaria en la jurisprudencia y doctrina. En este sentido, el Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados de 1996, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI), establece en el apartado 3 de su artículo 19 que constituye crimen internacional «una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial». El más reciente Proyecto de 2001 elimina el artículo 19 y cambia la denominación «crimen internacional» por la de «violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general», además de eliminar cualquier enumeración de dichas violaciones. Esta eliminación no impide que la doctrina internacional se haya inclinado por

³⁵ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, *op. cit.*, p. 31.

la consideración de la libre determinación como norma de *ius cogens*, lo cual se puede incidir de los anuarios de la Comisión de Derecho Internacional. Así, en relación al artículo 37 del Proyecto de artículos de 1963, sobre Derecho de los Tratados, antecesor del actual artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, que lleva como título *Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general* (*jus cogens*), la CDI comenta que «some members of the Commission felt that there might be advantage in specifying, by way of illustration, some of the most obvious and best settled rules of *jus cogens* in order to indicate by these examples the general nature and scope of the rule contained in the article [...] treaties violating human rights, the equality of States or the principle of self-determination were mentioned as other possible examples»³⁶.

Por su parte, el rango jurídico de la libre determinación de norma con eficacia *erga omnes* viene determinado de manera clara por la Sentencia de la CIJ, *Asunto de Timor Oriental* (Portugal c. Australia), que establece que «la afirmación de Portugal en el sentido de que el carácter *erga omnes* del derecho de los pueblos a la libre determinación se desprende tanto de la Carta como de la práctica de las Naciones Unidas, es irreprochable»³⁷. Al tratarse de un derecho de carácter *erga omnes*, es oponible frente a cualquier Estado y, por otro lado, «es posible una tutela jurídica por parte de cualquier Estado y no sólo por el Estado afectado frente al autor de un crimen internacional»³⁸.

2.2. El derecho de autodeterminación como parte de los derechos humanos

Otro de los aspectos de la libre determinación es su carácter, reconocido por la jurisprudencia y doctrina, de derecho humano. Como cita Sáenz de Santamaría, tal y como estableció Cassese, «external self-determination is a necessary precondition for the enjoyment of individual Rights. Individuals can enjoy civil and political rights only if the community of which they are members is not oppressed by a foreign power»³⁹. El carácter de derecho humano vendría recogido por primera vez en la A/RES/1514 (XV), que expresa que la dominación y explotación de un pueblo por parte de una potencia externa supone un ataque a los derechos humanos fundamentales. También aparecerá así indicado

³⁶ United Nations, *Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II*, United Nations, Nueva York, 1967, p. 248.

³⁷ Corte Internacional de Justicia, *Timor Oriental*, Portugal c. Australia, sentencia del 30 de junio de 1995, *I.C.J. Reports 1994-1995*, p. 7.

³⁸ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, *op. cit.*, p. 37.

³⁹ P. Andrés Sáenz de Santamaría, «La libre determinación...», *op. cit.*, p. 167.

en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos publicados en la A/RES/2200 (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Concretamente, será en el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que se establecerá que *«con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas [...] a no ser que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales»*. Así, ya el primer artículo de la Declaración establecerá el derecho de todos los pueblos a su libre determinación, por virtud del cual *«establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural»*.

La AG publica anualmente una resolución concerniente a la *«realización universal del derecho de los pueblos a la libre determinación»*, tras haber observado el informe anual de su Comisión sobre Asuntos Sociales, Humanitarios y Culturales. En cada una de estas resoluciones, la AG ha venido expresando la necesaria interconexión de la libre determinación de los pueblos y los derechos humanos. Así se recoge en las resoluciones más recientes sobre esta cuestión, la A/RES/72/159, de 19 de diciembre de 2017, la A/RES/71/183, de 19 de diciembre de 2016, o la A/RES/70/143, de 17 de diciembre de 2015. En el segundo punto de la A/RES/72/159, la AG recoge su *«firme oposición a los actos de intervención, agresión y ocupación militar extranjera que, en algunas partes del mundo, han conculcado el derecho de los pueblos a la libre determinación y otros derechos humanos»*, asunción bastante clara del carácter de derecho humano de la libre determinación.

2.3. El contenido económico de la libre determinación

No menos importante es el contenido económico de la libre determinación, estipulado por la A/RES/1514 (XV), la A/RES/1803 (XVII), de 14 de diciembre de 1962, y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966.

La A/RES/1514 (XV) establece que los pueblos pueden *«disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales sin perjuicio de las obligaciones resultantes de la cooperación económica internacional, basada en el principio del provecho mutuo, y del derecho internacional»*, a lo que siguió en 1962 lo dispuesto por la A/RES/1803 (XVII), que tiene como rúbrica *Soberanía permanente sobre los recursos naturales*. Dicha resolución reconoce en su párrafo primero que *«el derecho de los pueblos y de las naciones a la*

soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado», y en su párrafo segundo establece que la explotación y disposición sobre tales recursos se deberá conformar «a las reglas y condiciones que estos pueblos y naciones libremente consideren necesarios y deseables». La distinción entre pueblo y nación en este articulado se refiere a la distinción entre naciones, como pueblos que se determinan libremente a través de su propio Estado, y los pueblos como aquellos que se mantienen en situaciones de dominación por parte de una potencia extranjera.

Sin embargo, tal como se indicaría el Informe Corell, «si bien la naturaleza jurídica del principio básico de la “soberanía permanente sobre los recursos naturales”, como corolario del principio de la soberanía territorial o el derecho a la libre determinación, es sin duda parte del derecho consuetudinario internacional, su alcance y consecuencias jurídicos exactos están aún sujetos a debate»⁴⁰. Así, existen dos resoluciones de la CIJ sobre la soberanía permanente sobre los recursos naturales, relativas a los asuntos de Timor Oriental y Nauru, y en ninguna de ellas «se alegó que la explotación de los recursos minerales de esos Territorios fuera ilegal *per se*»⁴¹. Efectivamente, en ambos asuntos se determinaría que la ilegalidad vino bien de celebrar acuerdos con potencias ocupantes, no administradoras (Timor Oriental), bien de haberse provocado la extenuación física de un territorio por la sobreexplotación de sus recursos (Nauru). Como se indicará más adelante, existirá una dualidad entre resoluciones contrarias a la explotación de los recursos naturales de un pueblo bajo dominación colonial y resoluciones favorables a dicha explotación cuando ésta tenga en consideración los intereses de dicho pueblo.

En el asunto de *Timor Oriental (Portugal v. Australia)*, es interesante observar la opinión disidente del magistrado Weeramantry, que expresa que «the deepest significance of the right of a non-self-governing people to permanent sovereignty over natural resources lies in the fact that the international community is under an obligation to protect these assets for them»⁴². Esto incide en el carácter de norma de *ius cogens* del contenido económico de la libre determinación como parte integrante de esta. El problema de estas asunciones es que «el caso de Timor pone de manifiesto que ni algunos Estados

⁴⁰ S/2002/161, p. 4.

⁴¹ S/2002/161, p. 6.

⁴² International Court of Justice, *Case concerning East Timor (Portugal v. Australia)*, judgement of 30 June 1995, *I.C.J. Reports 1995*, p. 153.

comparten esa concepción ni el ordenamiento internacional prevé mecanismos para aplicarla»⁴³. En efecto, «los intereses económicos implícitos en el colonialismo están fuera de toda duda y, son la base del “neocolonialismo”. Probablemente en atención a esta aproximación se comprenda esta “reticencia” en dar un contenido claro a la dimensión económica de la autodeterminación y que se acompañase de una acción decidida para activarla y aplicarla»⁴⁴.

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recogen en su artículo 1 que «*todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales [...]. En ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia*». Posteriores resoluciones de la AG profundizan esto, como la A/RES/3281 (XXIX), de 12 de diciembre de 1974, que aprueba la *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*, en cuyo artículo 16 se establece la obligación de los Estados de poner fin a prácticas colonialistas, de *apartheid* y análogas, así como que «*los Estados que practican estas prácticas coercitivas son económicamente responsables ante los países, territorios y pueblos afectados, en lo que respecta a la restitución y la plena compensación por la explotación y el agotamiento de los recursos naturales y de toda otra índole de esos países, territorios y pueblos*».

También es reseñable la A/RES/2621 (XXV), de 12 de octubre de 1970, que señala la necesidad de tomar medidas para detener la actividad empresarial efectuada para sacar provecho de los recursos naturales de los territorios no autónomos. En este sentido, establece que los Estados deberán emprender «*una campaña enérgica y sostenida contra las actividades y prácticas de los intereses extranjeros –económicos, financieros y de otro tipo– que actúan en los territorios coloniales para beneficio y a nombre de Potencias coloniales y de sus aliados*», y que «*considerarán la adopción de medidas necesarias para lograr que sus nacionales y las compañías que estén bajo su jurisdicción pongan fin a tales actividades y prácticas*». Sin embargo, con la A/RES/50/33 se produce un cambio de criterio, ya que «*las vías de garantía para asegurar el patrimonio de los pueblos coloniales y el acceso a sus recursos se articula considerando que las inversiones extranjeras en el territorio son positivas para la búsqueda del desarrollo de la población y éste,*

⁴³ P. Andrés Sáenz de Santamaría, «La libre determinación...», *op. cit.*, p. 167.

⁴⁴ A.M. Badía Martí, «La cuestión del Sáhara Occidental a la luz de la dimensión económica principio de autodeterminación de los pueblos coloniales», F. Palacios Romero, *El derecho a la libre determinación del pueblo del Sáhara Occidental. Del ius cogens al ius abutendi*. 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 55.

el desarrollo económico, es el que debe informar la actividad»⁴⁵. Esto implica que la explotación de recursos naturales de un territorio no autónomo se permitiría si sus beneficios se revirtiesen sobre la población de dicho territorio, algo que se torna difícil de probar.

Actualmente se sigue afirmando el carácter económico de la libre determinación, recientemente, con la A/RES/72/92, de 7 de diciembre de 2017, *Actividades económicas y de otro tipo que afectan a los intereses de los pueblos de los Territorios No Autónomos*, que reitera «que los recursos naturales constituyen el patrimonio de los pueblos de los Territorios No Autónomos», e indicando «su derecho a disfrutar de sus recursos naturales y a disponer de esos recursos como más les convenga». Además, «invita a todos los Gobiernos y a las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas a que adopten todas las medidas posibles para garantizar que se respete y proteja plenamente la soberanía permanente de los pueblos de los Territorios No Autónomos sobre sus recursos naturales, de conformidad con las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas relativas a la descolonización»; y, en relación con las potencias administradoras, las insta a que tomen las medidas para poner fin a las acciones de expolio perpetradas por algunas potencias sobre dichos recursos.

2.4. Las resoluciones de Naciones Unidas sobre la libre determinación del Sáhara Occidental

Debido al enquistamiento del conflicto saharauí, Naciones Unidas ha emitido numerosas resoluciones sobre la libre determinación, a lo que se une la opinión consultiva de la CIJ.

Una de las primeras resoluciones, de carácter general, fue la A/RES/1541 (XV), puesto que fue adoptada «con objeto de dirimir la contradicción de opiniones entre la Organización Internacional y los gobiernos de España y Portugal sobre el estatus jurídico internacional de sus colonias»⁴⁶, tratadas como territorios de ultramar. Con anterioridad a la ocupación, Naciones Unidas emitió resoluciones favorables a la autodeterminación y tratando de conducir las discrepancias entre Marruecos, Mauritania y España por la vía de las conversaciones. Entre estas se encuentran la A/RES/1542 (XV), de 15 de diciembre de 1960, A/RES/2072 (XX), de 16 de diciembre de 1965, A/RES/2711 (XXV), de 14 de diciembre de 1970; A/RES/2983 (XXVII), de 14 de diciembre de 1972; y A/RES/3162

⁴⁵ A.M. Badia Martí, «La cuestión...», *op. cit.*, pp. 58-59.

⁴⁶ A.M. Badia Martí, «La cuestión...», *op. cit.*, p. 63.

(XXVIII), de 14 de diciembre de 1973. Más reseñables son la A/RES/2229 (XXI), que supone un tratamiento separado de la descolonización de Ifni y del Sáhara Español, y la A/RES/3292 (XXIX), impulsada por Marruecos, que paraliza el asunto en la Naciones Unidas para acudir a la CIJ.

La opinión consultiva de la CIJ es, con perspectiva histórica, quizás la causante de que el conflicto parezca irresoluble. La intención de Marruecos había sido someter la cuestión a la vía contenciosa, y dado el contenido de las resoluciones de la AG de aquella época, es difícilmente comprensible la reacción española de forzar la vía consultiva, puesto que el predecible fallo habría provocado que «por una parte, España hubiera quedado exenta de responsabilidad ante la Comunidad Internacional y, por otra, cabría esperar, en pura lógica, que el TIJ no habría podido ir en contra de la política descolonizadora establecida a lo largo de tantos años por la AG»⁴⁷. El error también vendría por parte de Argelia, afín al Frente POLISARIO, que creyó que una opinión consultiva bastaría para asegurar el cese por parte de Marruecos y Mauritania de toda pretensión colonial.

Con el inicio de la *Marcha Verde*, el CS emite su primera resolución sobre el asunto, la S/RES/377, de 22 de octubre de 1975, que insta al SG a celebrar consultas con las partes interesadas, incluida Argelia. De dichas consultas, el SG extrajo que «Marruecos entendía que la *Marcha Verde* no podía separarse de la cuestión de la descolonización del Sáhara Occidental, cuestión que vinculaba a su integridad territorial, y manifestaba su disconformidad con las conclusiones de la opinión consultiva del TIJ respecto a la inexistencia de vínculos de soberanía territorial [...]; Mauritania mantenía una postura “básicamente similar a la de Marruecos”; Argelia “rechazaba categóricamente la posición adoptada por Marruecos y Mauritania de que el Sahara Occidental les pertenecía por vínculos históricos” [...]; por su parte, España [...] no se comprometía a encontrar una salida negociada que pasara por acuerdos bilaterales o trilaterales»⁴⁸. Por otra parte, constata que todas las partes estimaban que Naciones Unidas podía ser un actor fundamental en la resolución del problema. El informe del SG, de 31 de octubre de 1975, daría lugar al *Plan Waldheim*, ignorado por Marruecos, que culmina la *Marcha Verde* y motiva la S/RES/380, el 6 de noviembre, que condena la ocupación del Sáhara Occidental después de que durante la 1853ª sesión el presidente del CS preguntase «al representante de Marruecos si “juzgaba normal” que el CS, “en tanto que órgano encargado de la

⁴⁷ J. Soroeta Liceras, *El conflicto...*, op. cit., p. 53.

⁴⁸ J. Soroeta Liceras, *El conflicto...*, op. cit., p. 131.

responsabilidad principal del mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, pueda sancionar la violación de una frontera”, a lo que Marruecos contestó que no cabe hablar de violación de fronteras “cuando se transita por el interior de un mismo territorio”⁴⁹. A pesar de esta crítica del CS, la AG será más ambigua en la adopción de las dos resoluciones simultáneas 3358 A y 3358 B, la primera coherente con la visión argelina sobre los Acuerdos de Madrid, y la segunda más próxima a los planteamientos de dichos Acuerdos, al instar a la administración tripartita a que tomase ella las medidas necesarias para el ejercicio de la libre determinación del pueblo saharauí. Esta resolución «supuso un preocupante cambio de postura en la actitud de la AG que, cediendo a las pretensiones marroquíes, abandonaba de esta forma la firmeza con la que hasta el momento había defendido los derechos de la población saharauí a su libre determinación»⁵⁰.

Tras los Acuerdos de Madrid el 14 de noviembre, hubo nueva ambigüedad con la A/RES/33/31 (A) y A/RES/33/31 (B) de 13 de diciembre de 1978. Sin embargo, tras la firma del tratado de paz entre Mauritania y el Frente POLISARIO, la AG recupera el tono duro atacando a la ocupación por parte de Marruecos del sur del Sáhara Occidental. Aquí señalamos dos resoluciones: la A/RES/34/37, de 21 de noviembre de 1979, que condena la ocupación; y la A/RES/35/19, de 11 de noviembre de 1980, que reconoce al Frente POLISARIO como «representante del pueblo del Sáhara Occidental».

En 1988, se aprueba por unanimidad la S/RES/621, que recoge el acuerdo de someter el conflicto a un referéndum de autodeterminación organizado por Naciones Unidas y la OUA, al que habían llegado el POLISARIO y Marruecos. A partir de este *Plan de Arreglo*, se aprueba la S/RES/690 (1991), que crea la MINURSO, y la A/RES/46/67, que hará eco del alto el fuego. La aplicación del *Plan de Arreglo* se tornará compleja y finalmente la acción de Marruecos impediría la aplicación del *Plan de Arreglo* y buscaría la aprobación del *Plan Baker*, rechazado por el CS en su S/RES/1429 (2002). Sin aprobarlo, sí *apoyaría* el *Plan Baker II* con la S/RES/1495 (2003), aunque la fórmula «apoyar» implica más compromiso político con las negociaciones que un acto jurídico en apoyo al plan, que efectivamente, no se ha aplicado.

La frustración de los planes de paz ha forzado tanto a la AG como al CS a continuar emitiendo resoluciones que inciden en el apoyo al derecho de libre determinación del pueblo saharauí, la condena a la ocupación por parte de Marruecos y la necesidad de que

⁴⁹ J. Soroeta Licerias, *El conflicto...*, *op. cit.*, p. 133.

⁵⁰ J. Soroeta Licerias, *El conflicto...*, *op. cit.*, p. 145.

Marruecos y el POLISARIO continúen las conversaciones y negociaciones para llegar a una solución aceptable para ambas partes, dada la presión que Marruecos ejerce a nivel internacional y que hace difícil una salida unilateral de este Estado del territorio. Además, también con carácter anual, la MINURSO sigue siendo renovada.

3. La competencia territorial del Estado

3.1. El territorio como uno de los elementos de hecho del Estado

Dado que la existencia de los Estados es una cuestión de hecho, dicha existencia debe ser verificada por haberse dado la presencia de tres elementos. El primero de estos es el territorio, junto con su población y la organización del poder político en un gobierno. El territorio «comprende los diversos espacios físicos que se hallan bajo soberanía estatal: el espacio terrestre, los espacios marítimos (el mar territorial, salvo en el caso de los Estados sin litoral) y el espacio aéreo suprayacente a uno u otro»⁵¹, y se caracteriza por «ser *estable*, vinculado íntimamente a la población que lo ocupa y con una nota de permanencia, de *ámbito limitado* por las fronteras y *continuo*, con independencia de las alteraciones que puedan darse en su geografía física»⁵². Su existencia no es sólo un elemento constitutivo del Estado, sino que determina el espacio físico de soberanía donde aquél ejercerá sus poderes de manera excluyente respecto al resto de Estados. Caso particular son los territorios sometidos a dominación colonial, al cual nos referiremos más adelante. En el resto de casos, «si es inherente al territorio estatal que en él se ejerzan funciones de Estado, la consecuencia es que no podrá reivindicarse frente a otro Estado un determinado espacio como parte de su territorio si en él no ejerce sus poderes»⁵³.

Sobre el territorio soberano, el Estado cuenta con una serie de competencias territoriales, que se concretan en «la facultad de legislar para la totalidad de su territorio, en la competencia jurisdiccional ejercida por sus tribunales de justicia y en el monopolio del poder coactivo dentro de ese ámbito»⁵⁴, es decir, el ejercicio de los tres poderes del Estado, independientemente de las limitaciones que pueda realizar este en favor, por ejemplo, de una organización como la UE. Esto es la esfera interna de la soberanía del Estado sobre su territorio, a la que se añade una dimensión externa, de respeto a la soberanía y competencias territoriales del resto de Estados, y también la existencia de una posibilidad

⁵¹ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, *op. cit.*, p. 63.

⁵² P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, *op. cit.*, p. 323.

⁵³ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, *op. cit.*, p. 63.

⁵⁴ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, *op. cit.*, p. 324.

de oponibilidad *erga omnes* de la competencia territorial, de manera que «el ejercicio de competencias territoriales por parte de un Estado, sin tener título jurídico suficiente sobre el territorio en cuestión, produce un doble efecto en este tipo de casos: sus actos no son oponibles a Estado alguno, pero en cambio son susceptibles de hacer incurrir en responsabilidad internacional»⁵⁵.

En la sociedad internacional previa a la Conferencia de Berlín, existían numerosos territorios sin dueño o *terra nullius*, y la doctrina diferenciaba modos de adquisición territorial originarios o derivativos, según si el territorio constituía *terra nullius* o no. Esta distinción puede considerarse superada, al no existir prácticamente territorios sin dueño (quedan casos puntuales en la frontera entre Croacia y Serbia y la frontera entre Sudán y Egipto). De lo que habla ahora la doctrina es de modos de adquisición del título jurídico sobre un territorio, dentro de los cuales se encuentran «modos derivados de una situación de hecho y modos derivados de un título jurídico. Entre los primeros suele mencionarse la ocupación, la contigüidad, la accesión, la conquista, etc., mientras que los segundos comprenderían la cesión, los actos internacionales, etc.»⁵⁶. Como veremos más adelante, Marruecos se ampara en la situación de hecho de la ocupación saharauí para defender su soberanía sobre el territorio.

3.2. El territorio marítimo

Los espacios marinos pueden ser divididos en «los espacios sometidos a la jurisdicción nacional de los Estados ribereños y los espacios marítimos situados más allá de la jurisdicción nacional de los Estados. En el primer apartado se incluyen las aguas interiores, el mar territorial, la Zona Económica Exclusiva (ZEE) y la plataforma continental. En el interior de este conjunto de espacios, los Estados ribereños ejercen [...] competencias que son más intensas en los espacios situados cerca de las costas y que disminuyen gradualmente respecto a los espacios más alejados»⁵⁷. En relación con la regulación del territorio marítimo, el texto más reseñable es Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de Mar, aprobada en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 (CNUDMAR). La CNUDMAR constituye la Convención de referencia para el Derecho del Mar, que «tiene por objeto la clasificación y delimitación de las distintas zonas de los mares y océanos, estableciendo los respectivos derechos y obligaciones de los Estados en lo

⁵⁵ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, *op. cit.*, pp. 327-328.

⁵⁶ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, *op. cit.*, p. 328.

⁵⁷ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, *op. cit.*, p. 358.

relativo a su utilización desde la perspectiva del Derecho internacional público»⁵⁸. Más concretamente, la CNUDMAR regula todo aquello relativo al «uso del mar [...] incluidos los usos consistentes en la investigación, exploración, explotación, extracción o aprovechamiento de todos los recursos, sean estos vivos o renovables (recursos biológicos) o no vivos ni renovables (recursos fósiles y minerales)»⁵⁹. También regula el régimen de paso y de navegación por las distintas zonas marítimas y oceánicas, estableciéndose una tipología de éstas.

A la regulación de la CDNUMAR, se debe añadir la concreción, por parte de la legislación nacional, de las áreas geográficas incluidas en los distintos espacios marítimos. Por otra parte, para aquellos Estados que no son parte de la CDNUMAR, se aplica la Convención de Ginebra sobre el Derecho del Mar, de 29 de abril de 1958. En el caso que nos ocupa nos atendremos a la CDNUMAR, pues tanto Marruecos como la UE han celebrado la Convención de 1982 –la última con la Decisión 98/392/CE del Consejo, lo cual la convierte en la única organización internacional miembro de la Convención.

Las distintas zonas o espacios de navegación tradicionales son las aguas interiores, el mar territorial, la zona continua y la alta mar. A estos se une la ZEE, de más reciente codificación, introduciéndose por primera vez con la CNUDMAR. Tanto las aguas interiores como el mar territorial forman parte del espacio soberano del Estado, en virtud del artículo 2, apartado 1, de la CNUDMAR, y por tanto el Estado tiene la potestad para explotar los recursos que en ellas se encuentran, además de poder poner límites a la navegación sobre dichas aguas, con la limitación del derecho de paso inocente. Sin embargo, en el caso saharauí, donde la ocupación marroquí se ha dado por toda la franja costera, la explotación de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, renovables como no renovables, se ha venido impidiendo, y por otro lado, esta ocupación ha supuesto que la navegación sobre el mar territorial saharauí no sea controlada por la RASD, sino por Marruecos.

Dado que la dimensión económica del territorio marítimo es la que nos ocupa en este trabajo, es pertinente dar una definición de la ZEE, dado que su reciente codificación ha permitido ampliar el espacio sobre el cual un Estado ejerce competencias territoriales en materia económica, esto es, en materia de explotación de los recursos vivos y no vivos en

⁵⁸ J.L. Gabaldón García, *Curso de Derecho marítimo internacional. Derecho marítimo internacional público y privado y contratos marítimos internacionales*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 77.

⁵⁹ J.L. Gabaldón García, *Curso de Derecho marítimo...*, *op. cit.*, p. 77.

un área determinada. No nos referiremos a la plataforma continental, concepto jurídico también con un importante contenido económico, debido a que la pesca no se realiza sobre el lecho y subsuelo de las aguas submarinas. Es importante señalar que la ZEE no forma parte del espacio sobre el cual se extiende la *soberanía* del Estado ribereño, sino que el artículo 55 CNUDMAR establece que, sobre ella, se proyectan los derechos y la *jurisdicción* del Estado ribereño, así como derechos y libertades de terceros estados. La distinción entre los términos *soberanía* y *jurisdicción* se hará relevante en el Acuerdo de Colaboración en materia pesquera entre la UE y Marruecos, pues, como veremos más adelante, el término *jurisdicción* permitiría no sólo hacer referencia a las aguas de la ZEE marroquí, sino también a las aguas saharauis, entendiéndose que la jurisdicción de un Estado se puede proyectar sobre aquellos territorios sobre los cuales goce de la situación jurídica de potencia administradora o de potencia ocupante. Así lo alegarían, en el *Asunto C-266/16, Western Sahara Campaign UK*, el Consejo y la Comisión Europea.

En todo caso, por ahora nos atendremos definir la ZEE como «el área situada más allá del mar territorial y adyacente a éste, que no se extenderá más allá de 200 millas a partir de las líneas de base utilizadas para medir el mar territorial. Claro es que la anchura citada no es sino una distancia máxima de legitimación internacional, correspondiendo a la legislación del ribereño fijar la extensión dentro de dichos límites»⁶⁰. Sobre las líneas de base, no explicaremos todos los pormenores de cómo se delimitan, pero sí diremos que existen dos métodos recogidos en la CDNUMAR: el método normal, usando las líneas de bajamar (con indicaciones especiales, por ejemplo, para cuando hubiese bahías, arrecifes o desembocaduras de ríos) y el método de las líneas rectas, para aquellos lugares «en que la costa tenga profundas aberturas y escotaduras o en los que haya una franja de islas a lo largo de la costa situada en su proximidad inmediata»⁶¹, uniéndose los puntos apropiados con líneas rectas. La CNUDMAR permite el uso de uno, otro o ambos métodos para la delimitación de las líneas de base, que como ya hemos indicado forman parte del punto de inicio de la ZEE.

A diferencia del mar territorial, que se define como «una zona de navegación establecida por el Estado ribereño frente a su litoral, inmediatamente a continuación de las aguas interiores, hacia el mar y con una extensión máxima de doce millas»⁶², la ZEE no supone

⁶⁰ J.L. Gabaldón García, *Curso de Derecho marítimo...*, op. cit., p. 93.

⁶¹ J.L. Gabaldón García, *Curso de Derecho marítimo...*, op. cit., p. 82.

⁶² J.L. Gabaldón García, *Curso de Derecho marítimo...*, op. cit., p. 87.

para el Estado ribereño derechos para limitar la navegación sobre sus aguas, a menos que estas sean las que se solapan con el mar territorial. De ese modo, las aguas de la ZEE que no formen parte también del mar territorial se regirán por las disposiciones que rigen para la alta mar.

El Reino de Marruecos cuenta con una ZEE, modificada por última vez en 1981. Esta ZEE tiene su frontera sur en Cabo Juby, de modo que no incluye las aguas ocupadas (en 1981, la ocupación del Sáhara Occidental estaba en proceso). Por su parte, la RASD anunció el 21 de enero de 2009 la proclamación de una ZEE de 200 millas marinas, aunque no fijaría sus límites exteriores hasta un comunicado del Frente POLISARIO de 5 de marzo de 2016. El problema de esta ZEE es que la falta de reconocimiento internacional de la RASD por parte de la mayoría de Estados soberanos, especialmente de los occidentales, impide que dicha ZEE sea reconocida. Por tanto, las aguas bajo explotación económica exclusiva de la RASD no son reconocidas como tal por la comunidad internacional. A esto se suma el hecho de que la RASD no controla la línea costera saharauí, ocupada por Marruecos hasta la frontera con Mauritania, de modo que la explotación efectiva de los recursos pesqueros del Sáhara Occidental ha venido siendo realizada por Marruecos. Éste ha sido el motivo por el que se acudió a los tribunales europeos, buscándose una anulación de los Acuerdos de Pesca entre Marruecos y la UE, como causa de su aplicación en las aguas saharauís, como veremos más adelante.

3.3. Libre determinación, territorio y recursos.

La ocupación del Sáhara Occidental por España no le atribuyó título alguno de soberanía, puesto que ello habría requerido que se tratase de *terra nullius*, y la propia Opinión Consultiva de la CIJ, *Caso relativo al Sáhara Occidental* de 1975 indicó que «los territorios habitados por tribus o pueblos que tenían una organización social y política no se consideraban *terra nullius*; en su caso, se consideraba en general que la soberanía no se adquiriría mediante la ocupación, sino mediante acuerdos concertados con los gobernantes locales»⁶³. Esto supone la inclusión del Sáhara Occidental dentro de los territorios sometidos a dominación colonial, caso particular en cuanto al estatus de su territorio, debido a que «el territorio de una colonia no forma parte del Estado que lo administra, sino que posee una naturaleza jurídica distinta y separada [...] porque dichos territorios están llamados a ser la base física de los nuevos Estados, una vez que su población haya ejercido

⁶³ Naciones Unidas, *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991*, Naciones Unidas, Nueva York, 1992, p. 138.

el derecho a la libre determinación; de ahí, que la “Potencia administradora” no pueda permitir la ocupación de un territorio no autónomo por terceros Estados ni cederles sus recursos naturales»⁶⁴. En este sentido se pronunció la A/RES/2625 (XXV). Tampoco valieron las pretensiones marroquíes, puesto que las relaciones que se producían entre el Reino de Marruecos y las tribus locales saharauis no constituían manifestaciones duraderas del ejercicio de poder soberano, es decir, una «actividad estatal efectiva y exclusiva»⁶⁵.

Como ya hemos indicado, la distinción entre la ocupación de la *terra nullius* y la adquisición de un territorio por vías derivativas está desfasada actualmente. Hoy, distinguimos la adquisición de los títulos jurídicos sobre un territorio según se basasen en elementos de hecho o en títulos jurídicos. El caso de la ocupación marroquí actual sería un caso de ocupación, es decir, uno de los casos de adquisición de un territorio por la vía de hecho. La ocupación sólo cristalizaría en un título jurídico válido si se da la condición de *terra nullius* y, posteriormente a la ocupación, «el Estado ocupante manifieste un *animus occupandi* sobre el territorio y, además, que la ocupación sea efectiva»⁶⁶. El hecho de que el Sáhara Occidental no constituyese *terra nullius* y que la ocupación de Marruecos no fuese efectiva en el momento en que la CIJ emite su opinión consultiva llevaron a la Corte a negar que Marruecos tuviese título jurídico alguno por el que ejercer soberanía sobre territorio saharauí.

El hecho de no reconocerse a Marruecos vínculos de soberanía con el Sáhara Occidental mantiene el carácter de este territorio como TNA, lo cual implica el reconocimiento al pueblo saharauí de su libre determinación, así como de la soberanía permanente sobre sus recursos naturales, al igual que con cualquier otro Estado o pueblo bajo dominación colonial. Un documento fundamental a la hora de entender el alcance de esta soberanía permanente es el Informe Corell, que trata la cuestión de la explotación de recursos del Sáhara Occidental, en este caso, recursos petroleros, por parte de Marruecos. Hans Corell hace una alusión clara a la falta de criterio unánime sobre las implicaciones exactas de la soberanía permanente de un pueblo bajo dominación colonial sobre sus recursos naturales, e indica lo siguiente: «la práctica reciente de los Estados es ilustrativa de una *opinio juris* tanto de las Potencias administradoras como de terceros Estados: cuando las

⁶⁴ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, *op. cit.*, p. 324.

⁶⁵ Naciones Unidas, *Resúmenes de los fallos...*, *op. cit.*, p. 139.

⁶⁶ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, *op. cit.*, p. 331.

actividades de explotación de recursos redundan en beneficio de los pueblos de los Territorios no autónomos y se realizan en su nombre o en consulta con sus representantes, se consideran compatibles con las obligaciones que incumben a la Potencia administradora en virtud de la Carta, así como conformes a las resoluciones de la Asamblea General y al principio consagrado de “soberanía permanente sobre los recursos naturales”»⁶⁷. Esta carta hacía referencia a recursos petroleros, pero posteriormente Corell matizará que «they must *all* be used in the interests of the peoples in such territories»⁶⁸.

4. Los acuerdos firmados entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos

Dada su posición de Estado vecino de la Unión Europea, Marruecos ha sido un socio fundamental en materia de comercio. Debido a ello, se han firmado un considerable número de acuerdos entre Marruecos y la UE, referentes a la explotación de los recursos pesqueros de las aguas bajo soberanía y jurisdicción marroquí, y cuya aplicación ha afectado, a pesar de contravenir el derecho a la libre determinación de los pueblos, a las aguas pertenecientes al Sáhara Occidental. Esta dinámica reflejaría una actitud vacilante o incluso una falta de acción, por parte de la UE para garantizar el respeto al ordenamiento internacional, pues los acuerdos permitieron que más del 90 % de los recursos pesqueros explotados por virtud de aquéllos se extrajesen de aguas no marroquíes, sino saharauis, según lo indicado por el Abogado General Wathelet en su Opinión de 10 de enero de 2018.

Estos acuerdos son los siguientes: a) el Acuerdo euromediterráneo por el que se establece una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra, firmado en Bruselas el 26 de febrero de 1996 (Acuerdo de Asociación), aprobado por la Decisión 2000/204/CE, CECA, del Consejo y de la Comisión, de 24 de enero de 2000, y que entrará en vigor el 1 de marzo de 2000; b) el Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos (Acuerdo de Colaboración), aprobado por el Reglamento (CE) N°

⁶⁷ S/2002/161, pp. 6-7.

⁶⁸ H. Corell, «The legality of exploring and exploiting natural resources in Western Sahara», discurso en una Conferencia en Pretoria en 2008, del Departamento de Asuntos Exteriores de Sudáfrica y la Universidad de Pretoria, p. 242. Disponible en: <http://www.havc.se/res/SelectedMaterial/20081205pretoria-westernsahara1.pdf>

764/2006, del Consejo, de 22 de mayo de 2006, que entrará en vigor el 29 de mayo de 2006; c) el Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos sobre medidas recíprocas de liberalización del comercio de productos agrícolas, productos agrícolas transformados, pescado y productos de la pesca, sustitución de los Protocolos n^{os} 1, 2 y 3 y los anexos de estos Protocolos, y modificación del Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra (Acuerdo de Liberalización), firmado en Bruselas el 13 de diciembre de 2010, aprobado por la Decisión 2012/497/UE, del Consejo, de 8 de marzo de 2012, y que entrará en vigor el 1 de octubre de 2012; y d) los protocolos de desarrollo del Acuerdo de Colaboración que se fueron aprobando desde 2006, destacando el Protocolo entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en el Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos (Protocolo de 2013), aprobado por la Decisión 2013/785/UE, del Consejo, de 16 de diciembre de 2013, que entrará en vigor el 15 de julio de 2014 y cuya expiración se produjo el 14 de julio de 2018. Este protocolo se veía complementado por el Reglamento (UE) N^o 1270/2013, del Consejo, de 15 de noviembre de 2013, relativo al reparto de las posibilidades de pesca en virtud del Protocolo entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de Colaboración en el sector pesquero entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos. A su vez, se aprobó la Decisión (UE) 2018/393, de la Comisión, de 12 de marzo de 2018, por la que se aprueba, en nombre de la Unión Europea, la modificación del Protocolo entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos. Esta decisión surge debido a una reducción de las posibilidades de pesca previstas en el Protocolo de 2013, a instancias de Marruecos.

Tras las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) relativas al Acuerdo de Asociación, Liberalización y Colaboración, la UE y Marruecos iniciaron en abril de 2018 un proceso de negociación de un nuevo Acuerdo de Colaboración y un protocolo, que parece haber concluido en julio. Dado que ni el acuerdo ni su protocolo de desarrollo han publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea, no tenemos conocimiento de cuál va a ser su contenido.

4.1. El Acuerdo de Asociación y el Acuerdo de Liberalización

En el marco de relaciones entre la UE y Marruecos, se pretendió impulsar el desarrollo económico del área sur del Mediterráneo mediante «la creación ordenada de un Área Económica Euro-mediterránea caracterizada por el establecimiento progresivo del libre cambio y una integración económica más estrecha, junto con políticas de acompañamiento para los ajustes económicos y sociales que este proceso comportaría»⁶⁹. Esto se concreta en la Conferencia Euromediterránea de Barcelona de 1995, en la cual se crea la Asociación Euromediterránea, que impulsará el acercamiento económico entre los europeos y sus vecinos mediterráneos, incluyendo medidas de liberalización económica que se aplicarían al intercambio de bienes. En el caso marroquí, se aprueba en 1996 el Acuerdo de Asociación, que preverá «la creación gradual de una zona de libre comercio, que debería hacerse efectiva a los 12 años de su entrada en vigor»⁷⁰. La liberalización de los intercambios comerciales y otros aspectos de cooperación económica, política y cultural se verían impulsados por la firma en 2005 del Plan de Acción, en el marco de la Política Europea de Vecindad. Por otro lado, se iniciaron negociaciones con Marruecos en octubre de 2005 para profundizar las medidas a las que obliga el artículo 16 del Acuerdo de Asociación, que expresa que «la Comunidad y Marruecos aplicarán progresivamente una mayor liberalización de sus intercambios recíprocos de productos agrícolas y pesqueros»⁷¹. Dichas negociaciones se materializan en la Decisión 2012/497/UE, del Consejo, por la que se aprueba el Acuerdo de Liberalización, que alteró el régimen de importación de, entre otros productos, la pesca y productos pesqueros, y redujo los derechos de aduana, entre otros, al pescado y productos pesqueros.

En los acuerdos de la Asociación Euromediterránea se introduce la cláusula democrática, que «declara que el respeto de los principios democráticos y de los derechos fundamentales “constituye un elemento esencial del presente Acuerdo”»⁷². El artículo 2 del Acuerdo de Asociación establece que «el respeto de los principios democráticos y de los Derechos Humanos fundamentales, tal como se enuncian en la Declaración Universal de

⁶⁹ P. Andrés Sáenz de Santamaría, «El marco global de la relación con la Unión Europea», A. Remiro Brotóns (Dir.) y C. Martínez Capdevila (Coord.), *Unión Europea-Marruecos: ¿Una vecindad privilegiada?*, 1ª ed., Academia Europea de Ciencias y Artes, Madrid, 2012, p. 136.

⁷⁰ C. Martínez Capdevila, «UE-Marruecos: un balance de 40 años de relación», A. Remiro Brotóns (Dir.) y C. Martínez Capdevila (Coord.), *Unión Europea-Marruecos: ¿Una vecindad privilegiada?*, 1ª ed., Academia Europea de Ciencias y Artes, Madrid, 2012, p. 204.

⁷¹ Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra. DOCE L 70, de 18.3.2000, p. 7.

⁷² C. Martínez Capdevila, «UE-Marruecos: un balance...», *op. cit.*, pp. 205-206.

los Derechos Humanos, inspira las políticas interiores y exteriores de la Comunidad y de Marruecos y constituye un elemento esencial del presente Acuerdo»⁷³. Sin embargo, no se ha aplicado para anular los acuerdos, aplicados de hecho al Sáhara Occidental.

El Acuerdo de Liberalización será objeto de recurso del Frente POLISARIO (asunto T-512/12), resolviéndose con la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2015, recurrida por el Consejo de la Unión Europea (asunto C-104/16 P). La controversia se resolverá con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016.

4.2. El Acuerdo de Colaboración y los Protocolos que lo desarrollan

El Acuerdo de Colaboración de 2006, vigente hasta 2018, se aprueba en sustitución del Acuerdo de cooperación en materia de pesca marítima entre la CE y el Reino de Marruecos de 13 de noviembre de 1995, que fue, a su vez, sustitución del Acuerdo sobre las relaciones en materia de pesca marítima entre la CEE y el Reino de Marruecos de 21 de diciembre de 1992. Su contenido se caracterizó por haber definido, en su artículo 2, la «zona de pesca marroquí» como las *«aguas bajo soberanía o jurisdicción del Reino de Marruecos»*. Su aplicación fáctica permitiría que las licencias de pesca dadas por Marruecos en virtud del acuerdo se usasen también en las aguas saharauis. Sobre este acuerdo, «el Jefe de la delegación negociadora de la Comisión Europea [...] justificó la inclusión de las aguas del Sahara Occidental [...] “no porque la Comisión considere que se trata de aguas marroquíes”, sino porque “están bajo administración marroquí”, lo que se derivaría, nada menos que del contenido de los acuerdos tripartitos de Madrid»⁷⁴, acuerdos que son contrarios al Derecho internacional por no haber respetado la libre determinación de un pueblo bajo dominación colonial y su soberanía permanente sobre sus recursos naturales, puesto que la adopción del mismo se produjo sin intervención del POLISARIO.

A la actitud de la Comisión se contrapone la del Parlamento Europeo (PE), defensor de la celebración de un referéndum y la retirada de Marruecos. Tanto es así que, el 10 de marzo de 1998, el PE recomendó al Consejo que «tome nota del interés del Parlamento Europeo por que la Unión Europea sostenga con determinación la plena aplicación del Plan de Paz, los acuerdos que lo han reactivado y la celebración del referéndum

⁷³ DOCE L 70, de 18.3.2000, p. 3.

⁷⁴ J. Soroeta Liceras, «La posición...», *op. cit.*, p. 835.

previsto»⁷⁵. El posterior estancamiento del conflicto llevaría al PE a mantener su defensa de la autodeterminación saharauí desde perspectivas más realistas. En efecto, a pesar de que «la Comisión negocia con quien no tiene título jurídico para ello la explotación de los recursos naturales del Sahara Occidental, el PE ha apoyado y sigue apoyando, con las limitaciones inherentes a sus competencias en la materia, el derecho de autodeterminación del pueblo saharauí»⁷⁶.

Cuando se estaba preparando la adopción del Acuerdo de Colaboración, «un dictamen del Servicio Jurídico, solicitado por conducto de la Comisión de Desarrollo, advirtió que, si bien los términos del Acuerdo no eran en sí mismos contrarios al Derecho Internacional, sería su aplicación –dejada a la *full discretion* de las autoridades marroquíes– la que efectivamente la determinaría a resultados del cumplimiento –o no– de los principios que se desprenden del derecho soberano del pueblo saharauí a los recursos naturales de su territorio»⁷⁷. A raíz de ello, el PE introdujo una enmienda a la propuesta de Reglamento, por la que se introduce: a) el considerando 2 bis, que indicaba que «la contrapartida financiera de la Comunidad Europea también debe utilizarse en favor del desarrollo de la población costera de Marruecos y del Sahara Occidental que vive de la pesca»; y b) el artículo 3, párrafo 1 ter, que indica que «en el caso de que haya pruebas de que en la aplicación del Acuerdo se contravienen las obligaciones internacionales, la Comisión adoptará sin demora medidas para la suspensión del Acuerdo, como prevé el artículo 15 del mismo»⁷⁸. La enmienda sería rechazada por el Consejo, aprobándose el Acuerdo de Colaboración con el Reglamento (CE) N° 764/2006, del Consejo, de 22 de mayo de 2006. En el PE, el representante de la Comisión justificó la ausencia de las enmiendas con «una interpretación tan torticera del Informe de Corell, que más tarde éste no podía dar crédito a su contenido, pues llegaba a afirmar que el informe había reconocido la competencia de Marruecos para firmar tales acuerdos y que, en consecuencia, este Estado era de hecho potencia administradora del territorio»⁷⁹. El informe indicaba que el acuerdo tripartito no había transferido la condición de potencia administradora, pues España no podía hacer tal

⁷⁵ Recomendación del PE al Consejo sobre el Sahara Occidental, de 10 de marzo de 1998. *DOCE*, C 104 de 6.4.1998, p. 29.

⁷⁶ J. Soroeta Licerias, «La posición...», *op. cit.*, p. 837.

⁷⁷ P. Andrés Sáenz de Santamaría y R. Riquelme Cortado, «El Sáhara Occidental en las relaciones UE-Marruecos», A- Remiro Brotóns (Dir.) y C. Martínez Capdevila (Coord.), *Unión Europea-Marruecos: ¿Una vecindad privilegiada?*, 1ª ed., Academia Europea de Ciencias y Artes, Madrid, 2012, p. 553.

⁷⁸ Informe sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la celebración del Acuerdo de asociación en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos (PE 369.842, de 04.05.2006).

⁷⁹ J. Soroeta Licerias, «La posición...», *op. cit.*, p. 846.

cosa de modo unilateral. Con todo, el desarrollo jurisprudencial del contenido económico de la libre determinación ha determinado que se podrían celebrar tratados sobre explotación de los recursos naturales de un TNA si esta repercutiese sobre la población del territorio. Cuando se aprueba el Acuerdo de Colaboración y la Comisión dijo ampararse en el Informe Corell, éste indicó lo siguiente: «I find incomprehensible that the Commission could find any such support in the legal opinion, unless, of course, it had established that the people of Western Sahara had been consulted, had accepted the agreement, and the manner in which the profits from the activity were to benefit them. However, an examination of the agreement leads to a different conclusion»⁸⁰.

El Acuerdo de Colaboración y su Protocolo terminarían por suponer que el reino alauita concediese la mayoría de licencias para la pesca en aguas saharauis. Posteriormente, «la proclamación por la RASD de la ZEE del Sáhara Occidental dio bríos al Parlamento Europeo para solicitar de nuevo la opinión del Servicio Jurídico acerca de sus consecuencias sobre el Acuerdo de Pesca concluido con Marruecos, así como sobre las condiciones en las que se venía desarrollando su aplicación en los caladeros saharauis»⁸¹. El Servicio Jurídico «insistió en la obligación de la Comunidad de respetar la legalidad internacional a fin de que las actividades económicas relacionadas con recursos del Sáhara Occidental sean realizadas en beneficio de la población del territorio y de acuerdo con sus deseos, cosa que –precisa el dictamen– no estaba ocurriendo en lo concerniente a la política pesquera sectorial»⁸².

Tras esto y ante la falta de información aportada por Marruecos, el PE rechaza la prórroga del protocolo en 2011, alegándose no sólo la aplicación del mismo en aguas saharauis, sino también la cuantía de la contraprestación económica a Marruecos. Esto llevaría a la negociación del Protocolo de 2013 y del Reglamento (UE) N° 1270/2013, del Consejo, de 15 de noviembre de 2013, que supone un reparto entre los Estados de la UE de las posibilidades de pesca acordadas.

El Acuerdo de Colaboración, el Protocolo de 2013 y el Reglamento (UE) N° 1270/2013 serán objeto de la primera cuestión prejudicial sobre validez de acuerdos internacionales celebrados por la UE, y dicha cuestión (asunto C-266/16) se resolverá con

⁸⁰ H. Corell, «The legality...», *op. cit.*, p. 242. Disponible en: <http://www.havc.se/res/SelectedMaterial/20081205pretoriawesternsahara1.pdf>

⁸¹ P. Andrés Sáenz de Santamaría y R. Riquelme Cortado, «El Sáhara Occidental...», *op. cit.*, pp. 557-558.

⁸² P. Andrés Sáenz de Santamaría y R. Riquelme Cortado, «El Sáhara Occidental...», *op. cit.*, p. 558.

la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de febrero de 2018. También será objeto de recurso de anulación el Protocolo de 2013 por el POLISARIO (asunto T-180/14), asunto cuya tramitación quedó suspendida hasta que el TJ se hubo pronunciado sobre la cuestión prejudicial y, antes, sobre el recurso resuelto con la STJUE de 21 de diciembre de 2016. La cuestión sería resuelta, finalmente, por auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de julio de 2018.

Sobre el Acuerdo de Colaboración, destacaremos dos artículos relevantes para el análisis de la sentencia del TJUE: «conforme al artículo 11 del Acuerdo de Colaboración, titulado “Zona de aplicación”, éste se aplica, por lo que se refiere al Reino de Marruecos, “en el territorio de Marruecos y en las aguas bajo jurisdicción marroquí”. Por otra parte, y con el título “Definiciones”, el artículo 2 del Acuerdo de Colaboración precisa en su letra a) que por el concepto de “zona de pesca marroquí” deben entenderse [...] “las aguas bajo soberanía o jurisdicción del Reino de Marruecos”»⁸³.

5. Las resoluciones de los tribunales de la Unión Europea

5.1. Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2015

Como ya hemos indicado, el Frente POLISARIO interpuso un recurso de anulación frente al Acuerdo de Liberalización ante al Tribunal General de la Unión Europea (TG), el 19 de diciembre de 2012. En su recurso, el Frente POLISARIO alega once motivos por los cuales pide al tribunal la anulación de la Decisión 2012/497/UE, amparándose tanto en la infracción de normas de Derecho internacional público como de Derecho de la Unión. Estos motivos estarían basados «el primero, en el incumplimiento de la obligación de motivación; el segundo, en la vulneración del “principio de consulta”; el tercero, en la vulneración de los derechos fundamentales; el cuarto, en la “vulneración de los valores en que se fundamenta la Unión y de los principios que rigen su acción exterior”; el sexto, en el “incumplimiento del objetivo de desarrollo sostenible”; el séptimo, en la vulneración de los “principios y objetivos de la acción exterior de la Unión en el ámbito de la cooperación y el desarrollo”; el octavo, en la vulneración del principio de protección de la confianza legítima; el noveno, en el hecho de que la Decisión controvertida es “contraria a diversos acuerdos celebrados por la Unión”; el décimo, en la vulneración del Derecho

⁸³ STJUE de 27 de febrero de 2018, *C-266/16, Western Sahara Campaign UK*, EU:C:2018:118, pág. 19.

internacional general; y el undécimo, en la vulneración del “Derecho de la responsabilidad internacional de la Unión”»⁸⁴. Como parte demandada, se encuentra el Consejo de la Unión Europea, que durante el proceso será apoyado por la Comisión Europea.

El recurso fue resuelto con la Sentencia del Tribunal General de 10 de diciembre de 2015, recibida con entusiasmo por parte de la doctrina, para la cual se había marcado «un antes y un después en las relaciones existentes hasta ahora entre la Unión Europea por un lado y Marruecos y el territorio del Sahara Occidental por otro»⁸⁵, a pesar de que fue objeto de recurso de casación por el Consejo de la Unión Europea, recurso que fue admitido y que daría lugar a una sentencia del Tribunal de Justicia (TJ) que anulará el fallo de la anterior. Sin embargo, la sentencia del TG tiene elementos relevantes que suponen la exteriorización, por parte de la justicia europea, de una opinión jurídica sobre el estatuto del Sáhara Occidental, de la presencia de Marruecos en su territorio y de la aplicación de los tratados internacionales celebrados entre el reino alauita y la UE en el territorio ocupado. Por tanto, es pertinente realizar un comentario sobre la sentencia, a pesar de en ella también se cometen errores, como afirmar que el Sáhara Occidental llegó a constituir una provincia española (puede haber sido considerada así por el ordenamiento español, pero a efectos de Derecho internacional esto no fue aceptado).

El primer aspecto relevante es la personalidad jurídica y la capacidad procesal frente a las instancias europeas del POLISARIO, puestas en entredicho por el Consejo y la Comisión. Cabe señalar que el POLISARIO interpuso el recurso de anulación de la Decisión 2012/497/UE amparándose en el artículo 263 TFUE, que establece que las personas físicas y jurídicas podrán interponer recurso contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución. El Consejo alega que «el reconocimiento del demandante por la ONU como representante del pueblo del Sáhara Occidental le otorga como mucho la capacidad de participar en las negociaciones relativas al estatuto del Sáhara Occidental llevadas a cabo por la ONU y de ser, con el Reino de Marruecos, su interlocutor a tal fin. En cambio, considera que dicho reconocimiento no le confiere *locus standi* ante los juzgados y tribunales que se encuentran fuera del marco de la

⁸⁴ Conclusiones del abogado general Sr. Melchior Wathelet, presentadas el 13 de septiembre de 2016, *C-104/16 P, Consejo de la Unión Europea contra Frente Popular para la Liberación de Saguía el Hamra y Río de Oro (Frente Polisario)*, EU:C:2016:677, pár. 22.

⁸⁵ J. Soroeta Licerias, «La sentencia de 10 de diciembre de 2015 del Tribunal General de la UE (T-512/12), primer reconocimiento en vía judicial europea del estatuto del Sahara Occidental y de la subjetividad internacional del Frente POLISARIO», *Revista General de Derecho Europeo* (38), 2016, p. 204.

ONU»⁸⁶. Por su parte, la Comisión cuestiona su personalidad jurídica, argumentando que ésta posee «como máximo una personalidad jurídica funcional y transitoria»⁸⁷. Estas afirmaciones vinieron motivadas por una respuesta dada por el Frente POLISARIO al Tribunal, que le había pedido que demostrase haberse constituido como persona jurídica según el Derecho de un Estado con reconocimiento internacional, en la que argumentó que no había hecho tal constitución de acuerdo con la norma de ningún Estado, puesto que era un sujeto de Derecho internacional público, al tratarse de un movimiento de liberación nacional. El Tribunal acaba haciendo una revisión de la jurisprudencia europea y determina que «en determinados casos particulares, una entidad que no tenga personalidad jurídica según el Derecho de un Estado miembro o de un tercer Estado puede, no obstante, ser considerada una “persona jurídica” en el sentido del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, y puede admitirse que interponga un recurso de anulación en base a esta disposición»⁸⁸. Así, y dado que el POLISARIO cuenta con una estructura interna que le ha permitido actuar en el plano internacional (v.g., el acuerdo de paz con Mauritania), y que las instituciones de la UE respetan el recorrido de Naciones Unidas en lo referido a la resolución del conflicto del Sáhara Occidental (recorrido que reconoce al POLISARIO como el interlocutor de Marruecos), el tribunal determina que «procede concluir que el Frente Polisario debe ser considerado una “persona jurídica” [...] y que puede interponer un recurso de anulación ante el juez de la Unión, aun cuando no disponga de personalidad jurídica según el Derecho de un Estado miembro o de un tercer Estado»⁸⁹.

Un segundo aspecto relevante se refiere al estatuto jurídico del territorio saharauí y a la aplicación del Acuerdo de Liberalización. Respecto al estatuto jurídico, el Consejo y la Comisión afirman que del texto del Acuerdo de Liberalización no se puede extraer que éste se aplique al Sáhara Occidental, y afirman la naturaleza jurídica distinta y separada de un TNA respecto de su potencia administradora. Sin embargo, «estas afirmaciones tienen una doble lectura: una, respetuosa con el Derecho internacional, en la medida en que constituyen una declaración expresa de las instituciones europeas de que el Sahara Occidental no forma parte de Marruecos [...]; otra, abiertamente contraria al Derecho internacional, ya que pretende que Marruecos es la Potencia administradora del territorio»⁹⁰. En otras palabras, ambas instituciones introducen una figura jurídica no existente,

⁸⁶ STG de 10 de diciembre de 2015, *T-512/12, Frente Polisario / Consejo*, EU:T:2015:953, p. 43.

⁸⁷ STG de 10 de diciembre de 2015..., *op. cit.*, p. 45.

⁸⁸ STG de 10 de diciembre de 2015..., *op. cit.*, p. 52.

⁸⁹ STG de 10 de diciembre de 2015..., *op. cit.*, p. 60.

⁹⁰ J. Soroeta Liceras, «La sentencia de 10 de diciembre...», *op. cit.*, p. 208.

la Potencia administradora de hecho, en sustitución de la realidad de la situación jurídica de Marruecos respecto del Sáhara, que es la de potencia ocupante. Sobre la aplicación del acuerdo en el territorio ocupado, a pesar de haber intentado refutar los argumentos esgrimidos por el POLISARIO que buscaban demostrar que el acuerdo se estaba aplicando en el TNA, «tanto el Consejo como la Comisión indicaron, en respuesta a una pregunta del Tribunal, que el acuerdo contemplado por la Decisión impugnada se aplicaba *de facto* al territorio del Sáhara Occidental»⁹¹.

Un tercer aspecto la interpretación que el Tribunal General establece que se ha de seguir para el Acuerdo de Liberalización. El tribunal indica que la interpretación se deberá hacer de conformidad con el Derecho internacional de los tratados, codificado en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969. El tribunal hace un paralelismo con el *asunto Brita*, en el que el Tribunal de Justicia había constatado que el Acuerdo euromediterráneo de Asociación celebrado con Israel se debía interpretar en el sentido de que no se aplicaría en Cisjordania, debido a tres motivos: en primer lugar, el principio de que un tratado ha de interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y a teniendo en cuenta su objeto y fin (artículo 31 de la Convención de Viena); en segundo lugar, el principio de efecto relativo de los tratados (artículo 34 de la Convención), que establece que un tratado no obligará a terceros que no hubieren dado su consentimiento –*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*–; y, en último lugar, el hecho de que la Unión había celebrado un acuerdo de asociación similar con la Organización para la Liberación de Palestina (OLP). El caso saharauí es diferente, principalmente, por no haberse celebrado un acuerdo de asociación con el POLISARIO. En el caso que nos ocupa, la interpretación del Acuerdo de Liberalización se basó en el artículo 31 de la Convención de Viena, y se concluyó que «la referencia al territorio del Reino de Marruecos podía ser entendida por las autoridades marroquíes en el sentido de que incluía al Sáhara Occidental [...]. A pesar de que las instituciones de la Unión eran, tal como se ha señalado, conscientes de esta tesis sostenida por el Reino de Marruecos, el Acuerdo de Asociación con Marruecos no incluye ninguna cláusula interpretativa y ninguna otra disposición que tenga como resultado la exclusión del territorio de Sáhara Occidental de su ámbito de aplicación»⁹² y el hecho de que el Acuerdo de Liberalización se hubiese celebrado 12 años después del de Asociación y que

⁹¹ STG de 10 de diciembre de 2015..., *op. cit.*, pág. 87.

⁹² STG de 10 de diciembre de 2015..., *op. cit.*, pág. 101.

las instituciones de la Unión no impulsasen la inclusión de dicha cláusula «demuestra que aceptan, al menos implícitamente, la interpretación del Acuerdo de Asociación con Marruecos y del acuerdo aprobado por la Decisión impugnada, según la cual dichos acuerdos se aplican también a la parte del Sáhara Occidental controlada por el Reino de Marruecos»⁹³. Se concluirá que «el acuerdo cuya celebración fue aprobada mediante la Decisión impugnada [...] se aplica igualmente al territorio del Sáhara Occidental o, más concretamente, a la mayor parte de este territorio, controlada por el Reino de Marruecos»⁹⁴. Sobre el efecto relativo de los tratados, volveremos a él más adelante.

Un cuarto aspecto, finalmente, es el hecho de considerar que el Frente POLISARIO está afecto de manera directa y personal por la Decisión 2012/497/UE, de manera que queda perfectamente legitimado para interponer el recurso de anulación de acuerdo con el artículo 263 TFUE. El Tribunal considera que el POLISARIO está directa e individualmente afectado: directamente, porque se dan los requisitos de que el Acuerdo «surta efectos directamente en la situación jurídica de la persona afectada y, en segundo lugar, que no deje ninguna facultad de apreciación a los destinatarios encargados de su aplicación, por tener ésta carácter meramente automático»⁹⁵. Esto es así, en el primer requisito, porque al afectar a la situación jurídica del Sáhara Occidental, también se influye en la situación jurídica del POLISARIO, dado que la situación del territorio saharauí está todavía irresuelta y debe ser resuelta, bajo el auspicio de Naciones Unidas, entre Marruecos y el POLISARIO; y en el segundo requisito, porque numerosas disposiciones del Acuerdo de Liberalización son directamente aplicables, por ejemplo, la ya citada reducción de las aduanas sobre el pescado y los productos pesqueros. Por otro lado, el POLISARIO está individual o personalmente afecto porque, dado que el estatuto del POLISARIO está íntimamente ligado al del territorio sobre el que reclama la soberanía, el Acuerdo de Liberalización afecta al POLISARIO por su propia razón de existir, que es la de representar a un pueblo bajo dominación colonial que no ha ejercido su libre determinación.

Sobre el fondo del asunto, el TG se pronunció por los once esgrimidos por el POLISARIO y desestimó todos y cada uno de ellos. Cuando el POLISARIO hacía una referencia directa o implícita a la ilegalidad de celebrar un acuerdo con una potencia ocupante que versase o que se aplicase sobre el territorio ocupado, la justicia europea contestó que

⁹³ STG de 10 de diciembre de 2015..., *op. cit.*, pág. 102.

⁹⁴ STG de 10 de diciembre de 2015..., *op. cit.*, pág. 103.

⁹⁵ STG de 10 de diciembre de 2015..., *op. cit.*, pág. 105.

no existe, ni en Derecho internacional ni en Derecho de la Unión Europea, ninguna norma que prohíba de forma absoluta la celebración de dichos tratados. Esto tiene conexión con algo que se ha mencionado a lo largo de este trabajo, y es el hecho de que no existe un criterio jurisprudencial claro sobre cuál es, exactamente, el alcance de la dimensión económica de la libre determinación y, por tanto, hasta qué punto opera la soberanía permanente sobre los recursos naturales cuando el titular de dicha soberanía es un pueblo bajo dominación colonial. La idea central del tribunal es afirmar que «la *aparente contradicción* que supone no reconocer la soberanía de Marruecos sobre el territorio e indirectamente apoyar su ocupación, concluyendo acuerdos que incluyen en su ámbito de aplicación el Sahara Occidental, no es más que la expresión de la *neutralidad* de la Unión Europea ante la solución final del conflicto, en el que “no desea tomar partido [...] apoyando los esfuerzos de la ONU en la búsqueda de una solución justa y duradera de este conflicto por medio de negociaciones»⁹⁶.

En el desarrollo de esta posición por parte del Tribunal, es destacable la interpretación del Informe Corell, realizada en términos contrarios al contenido del propio informe y al recorrido de Naciones Unidas y de la Corte Internacional de Justicia, por haber mantenido que Marruecos es una Potencia administradora *de facto*. El informe hacía referencia a un doble requisito para considerar que los acuerdos cuya aplicación se fuese a dar sobre un TNA fuesen válidos a la luz del Derecho internacional: que sus resultados repercutieran en beneficio de su población, y que el acuerdo se celebrase en su nombre o en consulta con sus representantes. Uno de los motivos esgrimidos por el POLISARIO para motivar el recurso fue la ausencia de consulta al mismo, que habría venido motivada tanto por el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales (CEDH) (que, sobre el derecho a una buena administración, indica en la letra a) de su apartado 2 el «*derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente*»), como por una «obligación de consulta de origen internacional» al POLISARIO como representante legítimo del pueblo saharauí. La respuesta del Tribunal a este motivo fue negar, en primer lugar, la necesidad de consulta previa a la Decisión al POLISARIO por tratarse esta Decisión de una medida legislativa y que, por tanto, «de alcance general que impliquen una decisión de política económica y se apliquen a la generalidad de los operadores afectados»⁹⁷; y, en segundo lugar, de defender

⁹⁶ J. Soroeta Licerias, «La sentencia de 10 de diciembre...», *op. cit.*, p. 220.

⁹⁷ STG de 10 de diciembre de 2015..., *op. cit.*, p. 133.

que «tampoco del Derecho internacional se deriva ninguna obligación de consultar al Frente Polisario antes de la adopción de la Decisión impugnada [...] el demandante no ha aportado ninguna aclaración sobre el origen y el alcance de la “obligación de consulta de origen internacional”»⁹⁸. Esto a pesar del contenido del Informe Corell, citado posteriormente por el Tribunal para defender que es posible la celebración de acuerdos cuya aplicación se fuese a dar sobre un territorio no autónomo. Quizá esta interpretación del Informe Corell derive de la expresión en él recogida de celebrarse los acuerdos *en nombre o en consulta con los representantes* del TNA, entendiéndose que el acuerdo se hubo celebrado *en nombre* del Sáhara Occidental, pero sin haberse consultado al Frente POLISARIO por ser Marruecos quien «*administra de facto*» dos tercios del territorio.

Sin entrar a analizar los pormenores de todos los motivos, la posición del Tribunal se basó en defender la posibilidad de celebrar el Acuerdo de Liberalización y de que éste se aplique en el territorio del Sáhara Occidental, pues en el acuerdo no se introduce cláusula alguna en este sentido y, por tanto, «no equivale a un reconocimiento de la soberanía marroquí sobre dicho territorio»⁹⁹. Sin embargo, es al menos reseñable que el Tribunal llega a afirmar que el acuerdo no viola el efecto relativo de los tratados, pues «no implica ningún compromiso por [parte del POLISARIO], por cuanto que dicho acuerdo se aplica sólo a la parte del Sáhara Occidental bajo control marroquí y durante el tiempo en que persista dicho control»¹⁰⁰. El criterio seguido por el Tribunal parece ser el de la falta de control efectivo sobre el territorio por parte del POLISARIO, a diferencia de lo que sucede con la OLP.

A pesar de haber rechazado los motivos esgrimidos en el recurso, el fallo de la sentencia decide la anulación del Acuerdo de Liberalización, puesto que, a pesar del razonamiento del Tribunal sobre la posibilidad de celebrar el mismo, «no es menos cierto que la protección de los derechos fundamentales de la población de tal territorio reviste una importancia particular y constituye, por consiguiente, una cuestión que el Consejo debe examinar antes de la aprobación de semejante acuerdo»¹⁰¹, especialmente en relación a una serie de derechos fundamentales recogidos en la CEDH, entre ellos, el derecho a la dignidad humana, a la vida y a la integridad de las personas, la libertad profesional y de empresa el derecho a las condiciones de trabajo justas y equitativas. Más aun teniendo en

⁹⁸ STG de 10 de diciembre de 2015..., *op. cit.*, pág. 138.

⁹⁹ STG de 10 de diciembre de 2015..., *op. cit.*, pág. 154.

¹⁰⁰ STG de 10 de diciembre de 2015..., *op. cit.*, pág. 203.

¹⁰¹ STG de 10 de diciembre de 2015..., *op. cit.*, pág. 227.

consideración la particular situación del territorio saharauí y el hecho de que Marruecos «no transmite a la ONU información relativa a dicho territorio prevista en el artículo 73, letra e), de la Carta de las Naciones Unidas»¹⁰². La no observancia del respeto a estos derechos fundamentales podría estar ignorando una situación perjudicial para los habitantes del Sáhara Occidental y ésta podría, a su vez, haber sido fomentada por el Acuerdo de Liberalización. La postura del Consejo fue afirmar que dicha observancia competía únicamente al Reino de Marruecos y el Tribunal asienta que, dada la falta de reconocimiento europeo e internacional de la soberanía marroquí sobre el territorio, el Consejo «debía asegurarse directamente de que no existieran indicios de una explotación de los recursos naturales del territorio del Sáhara Occidental bajo control marroquí que pudiera realizarse en detrimento de sus habitantes y menoscabar sus derechos fundamentales»¹⁰³. Indicando que el POLISARIO había aportado elementos de prueba de lo que califica como un expolio económico, y también que no se desprende de las intervenciones del Consejo que éste hubiese realizado el examen pertinente, «se deduce que el Consejo ha incumplido su obligación de examinar, antes de la adopción de la Decisión impugnada, todos los elementos del presente asunto. Por consiguiente, procede estimar el recurso y anular la Decisión impugnada en la medida en que ésta aprueba la aplicación del acuerdo contemplado por ésta al Sáhara Occidental»¹⁰⁴.

5.2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016

La sentencia del Tribunal General fue objeto de un recurso de casación del Consejo, que tiene como fin la anulación de la sentencia y la desestimación del recurso del Frente POLISARIO. El argumento del Consejo fue que el TG habría incurrido en error de Derecho, debido a que, en primer lugar, el Consejo considera, igual que la Comisión, que no se podía interpretar el Acuerdo de Liberalización en el sentido de que éste se aplicaba en el Sáhara Occidental; y, en segundo lugar, que al no resultar de aplicación en dicho territorio, el TG se habría pronunciado «acerca de la legalidad de los derechos o de las obligaciones resultantes para la otra parte de este Acuerdo [Marruecos], al que consintió libre y soberanamente en obligarse»¹⁰⁵. El error del tribunal habría sido el uso del apartado 1 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 para afirmar que el artículo 94 del

¹⁰² STG de 10 de diciembre de 2015..., *op. cit.*, p. 233.

¹⁰³ STG de 10 de diciembre de 2015..., *op. cit.*, p. 241.

¹⁰⁴ STG de 10 de diciembre de 2015..., *op. cit.*, p. 247.

¹⁰⁵ STJUE de 21 de diciembre de 2016, *C-104/16 P, Consejo / Frente Polisario*, EU:C:2016:973, p. 82.

Acuerdo de Asociación (que establece el ámbito de aplicación del Acuerdo, al cual está subordinado el de Liberalización) se debía interpretar en el sentido de que la expresión «territorio del Reino de Marruecos» incluía el Sáhara Occidental, y así hacer una interpretación del Acuerdo de Liberalización en conflicto el derecho de autodeterminación, el artículo 29 de la Convención de Viena de 1969, que dispone que «*un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo*»; el principio de efecto relativo de los tratados del artículo 34 de la Convención de Viena; y el apartado 3, letra c), del artículo 31 de la misma Convención, que establece que habrá de tenerse en cuenta, para la interpretación de los tratados, «*toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*».

Sobre el derecho de autodeterminación, el TJ recuerda su carácter de principio estructural del Derecho internacional, su carácter *erga omnes* y su desarrollo en la A/RES/2625 (XXV), que estableció que el territorio de una colonia u otro territorio no autónomo tiene una condición jurídica distinta y separada. Dicha afirmación pone en entredicho la interpretación del Acuerdo de Liberalización a partir del artículo 31, apartado 1, de la Convención de Viena, que llevó al Tribunal General a interpretar que la expresión «territorio del Reino de Marruecos» en el Acuerdo de Asociación debía interpretarse en un contexto en el que Marruecos afirmaba que el territorio del Sáhara Occidental formaba parte de su territorio soberano, y por tanto implicaba una aplicación del acuerdo a este territorio no autónomo. A ojos del TJ, esta interpretación contradiría el principio de libre determinación y por ello «la expresión “territorio del Reino de Marruecos”, que figura en el artículo 94 del Acuerdo de Asociación, no puede, como sostiene la Comisión [...] interpretarse de modo que el Sáhara Occidental esté incluido en el ámbito de aplicación de dicho Acuerdo. [...] [el Tribunal General] no extrajo las consecuencias del estatuto de que goza por ello el Sáhara Occidental, en virtud del Derecho internacional, en cuanto a la inaplicabilidad del Acuerdo de Asociación a este territorio»¹⁰⁶.

Seguidamente, el Tribunal argumenta que se ha ignorado el artículo 29 del Convenio de Viena, por el que «un tratado vincula, por regla general, a un Estado, siguiendo el sentido ordinario que ha de darse al término “territorio”, combinado con el adjetivo posesivo “su” que le precede, respecto del espacio geográfico en el que dicho Estado ejerce

¹⁰⁶ STJUE de 21 de diciembre de 2016..., *op. cit.*, párs. 92-93.

la plenitud de sus competencias reconocidas a las entidades soberanas por el Derecho internacional, con exclusión de cualquier otro territorio»¹⁰⁷, requiriéndose para cualquier otro territorio la inclusión expresa en el acuerdo de su aplicación en el mismo. En este sentido, el Tribunal cita el principio de efecto relativo de los tratados del artículo 34 de la Convención de Viena para constatar que el Sáhara Occidental, como tercero, no había dado consentimiento al Acuerdo y, por tanto, no se podía entender que éste se aplicaría en el territorio de aquél. Para considerar al Sáhara Occidental como tercero, el TJ se ampara en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, que determinó que el Sáhara Occidental ni constituía *terra nullius* ni mantenía vínculos de soberanía con Marruecos en el momento de la colonización española, por un lado, y en la A/RES/34/37, que considera al POLISARIO como legítimo representante del pueblo del Sáhara Occidental y lo invita a participar en la búsqueda de una solución definitiva a la cuestión del Sáhara Occidental, por el otro. Al no haber dado su consentimiento a la aplicación del Acuerdo en su territorio, la interpretación del TG de que este territorio está incluido en el ámbito de aplicación del Acuerdo de Liberalización contraviene el efecto relativo de los tratados y «el Tribunal General incurrió en error de Derecho al considerar, en los apartados 101 y 103 de la sentencia recurrida, que debía considerarse que la Unión y el Reino de Marruecos se habían puesto tácitamente de acuerdo para interpretar la expresión “territorio del Reino de Marruecos”, que figura en el artículo 94 del Acuerdo de Asociación, en el sentido de que incluía el territorio del Sáhara Occidental»¹⁰⁸.

Como consecuencia, teniendo en cuenta que el Acuerdo de Liberalización se entiende como una modificación del Acuerdo de Asociación y, por tanto, en virtud del artículo 30, apartado 2, del Convenio de Viena («cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último»), se debe entender que, al no haber modificado el artículo 94 del Acuerdo de Asociación, el ámbito de aplicación del Acuerdo de Liberalización se deberá interpretar del mismo modo que el de aquél. Por consiguiente, la argumentación del TG de que la Comisión y el Consejo deberían haber impulsado una cláusula que excluyese el Sáhara Occidental del ámbito de aplicación y que la no inclusión de dicha cláusula implica una aceptación tácita de que el Sáhara Occidental formase parte del ámbito de aplicación del Acuerdo es errónea, puesto que, como indicó el TJ, el

¹⁰⁷ STJUE de 21 de diciembre de 2016..., *op. cit.*, pág. 95.

¹⁰⁸ STJUE de 21 de diciembre de 2016..., *op. cit.*, pág. 108.

artículo 94 del Acuerdo de Asociación no se podía interpretar en el sentido de que se incluía el territorio saharauí en la expresión «territorio del Reino de Marruecos».

El tribunal analiza también las observaciones llevadas a cabo por el TG en las que observa «que el Consejo y la Comisión eran conscientes, al celebrar el Acuerdo de Liberalización, del hecho de que las autoridades marroquíes aplicaban las disposiciones del Acuerdo de Asociación al Sáhara Occidental desde muchos años antes, a continuación, que ninguna de estas instituciones se opuso nunca a esta aplicación y la Comisión cooperó con ellas en cierta medida, y, por último, que el régimen de preferencias arancelarias establecido por el Acuerdo de Asociación y modificado por el Acuerdo de Liberalización se aplica *de facto* en algunas circunstancias a los productos originarios del Sáhara Occidental tras la celebración del segundo de estos acuerdos»¹⁰⁹. Estas afirmaciones llevan al TG a interpretar que el Sáhara Occidental estaba incluido en el ámbito de aplicación de los Acuerdos, lo cual es un error de Derecho según el TJ, pues la aplicación de estos acuerdos al territorio saharauí era una situación fáctica, y, por tanto, no implicaba que éstos «se aplicaban *legalmente* al territorio del Sáhara Occidental»¹¹⁰. De haber existido unos acuerdos posteriores entre las instituciones europeas y el Reino de Marruecos para incluir a este territorio en el ámbito de aplicación, se podría haber llegado a la conclusión del TG amparándose en el artículo 31, apartado 3, letra b) de la Convención de Viena (habrá de tenerse en cuenta, para la interpretación de los tratados, «toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado»), pero, en primer lugar, éstos no existieron, y, en segundo lugar, su existencia «habría implicado necesariamente admitir que la Unión deseaba ejecutar esos acuerdos de manera incompatible con los principios de autodeterminación y de efecto relativo de los tratados, siendo así que ésta recordaba de manera reiterada la necesidad de respetar estos principios»¹¹¹.

Por todos estos motivos, el TJ entiende que el Sáhara Occidental no está incluido en el ámbito de aplicación del Acuerdo de Asociación y del Acuerdo de Liberalización. Dicha inclusión había sido el motivo por el que el TG entendió que el POLISARIO estaba legitimado para interponer el recurso de anulación a la Decisión 2012/497/UE. Quedando anulada la sentencia, el TJ pasa a analizar la petición del Consejo de desestimar el recurso

¹⁰⁹ STJUE de 21 de diciembre de 2016..., *op. cit.*, pág. 118.

¹¹⁰ STJUE de 21 de diciembre de 2016..., *op. cit.*, pág. 125.

¹¹¹ STJUE de 21 de diciembre de 2016..., *op. cit.*, pág. 123.

de anulación del POLISARIO. El TJ entiende que, dado lo anteriormente analizado, el Frente POLISARIO ya no podía entenderse legitimado, en virtud del artículo 263 TFUE, para interponer recurrir la Decisión 2012/497/UE, puesto que no se podía entender que el Acuerdo aprobado por dicha Decisión se aplicase al Sáhara Occidental. Por tanto, decide declarar la inadmisibilidad del recurso en el apartado 134 de su sentencia.

5.3. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de febrero de 2018

Sentado el precedente de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, analizaremos ahora la STJUE de 27 de febrero de 2018, relativa en este caso al Acuerdo de Colaboración y a su Protocolo de desarrollo de 2013. Esta sentencia se dicta para resolver, como ya hemos indicado, la primera cuestión prejudicial planteada en el seno de la Unión Europea sobre la validez de un tratado internacional celebrado por ésta. La cuestión prejudicial se plantea en el contexto de dos procedimientos principales que estaban teniendo lugar ante la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), ambos iniciados por Western Sahara Campaign UK (WSC), una organización que vela por el reconocimiento del derecho a la libre determinación del pueblo saharauí, y en los que las partes demandadas fueron la Administración Fiscal y Aduanera de Reino Unido y el Ministerio de Medio Ambiente, Alimentación y Asuntos Rurales del Reino Unido. Sobre el contenido, el primero de los procedimientos versaba sobre si la Administración Fiscal y Aduanera británica podía aceptar la importación de productos saharauís, como si se tratase de productos marroquíes, bajo las condiciones del Acuerdo de Asociación firmado con Marruecos. El segundo se refería a la política pesquera del citado ministerio, que, según WSC, permitía la inclusión de las aguas saharauís en el ámbito de aplicación de las normas de Derecho interno que supusieron la aplicación de los acuerdos internacionales en materia pesquera, celebrados entre la UE y Marruecos, en el ordenamiento británico. La posición mantenida por WSC fue que todos estos acuerdos son de aplicación al territorio saharauí y, por tanto, infringen el artículo 3 TUE, que en su apartado 5 establece el compromiso de la Unión Europea con el Derecho internacional y los principios de la CNU, entre los cuales figura la libre determinación. Otras normas de Derecho internacional infringidas serían la libre determinación, los deberes impuestos a las potencias administradoras de TNA en el artículo CNU, o la CNUDMAR. Además, WSC «arguye que el Acuerdo de Asociación, el Acuerdo de Colaboración y el Protocolo de 2013 no se celebraron en nombre del pueblo del Sáhara Occidental ni en consulta con

sus representantes. Por último, aduce que no existe prueba alguna de que de esos tres acuerdos internacionales resulte un beneficio para dicho pueblo»¹¹².

El tribunal británico decidió suspender los procedimientos y presentar al Tribunal de Justicia cuatro cuestiones prejudiciales, las dos primeras en relación con el Acuerdo de Asociación y las dos últimas, con el Acuerdo de Colaboración y los actos jurídicos que lo desarrollan. Las cuestiones llegaron al TJ el 13 de mayo de 2016, meses antes de la adopción de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, que supuso una respuesta a las dos primeras preguntas. Dichas cuestiones versaban, en primer lugar, sobre cómo interpretar la expresión «territorio del Reino de Marruecos» del artículo 94 del Acuerdo de Asociación y, en segundo lugar, en caso de que ésta se debiese interpretar en el sentido de que incluye al Sáhara Occidental, sobre la compatibilidad entre el Acuerdo de Asociación y el artículo 3 TUE, apartado 5. Una vez se emite la STJUE de 21 de diciembre de 2016, la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) decide mantener las otras dos cuestiones prejudiciales, redactándolas del siguiente modo: «1) ¿Es válido el [Acuerdo de Colaboración], aprobado y desarrollado mediante el Reglamento n.º 764/2006, la Decisión 2013/785 y el Reglamento n.º 1270/2013, a la luz de la exigencia prevista [para la Unión] en el artículo 3 TUE, apartado 5, de contribuir al respeto de cualquier principio pertinente de Derecho internacional y al respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, y habida cuenta de la medida en que [dicho Acuerdo] se celebró en interés del pueblo saharauí, en su nombre, conforme a sus deseos y/o consultando a sus representantes autorizados? 2) ¿Esta legitimada la parte demandante en los asuntos principales para impugnar la validez de actos de la Unión sobre la base de una supuesta violación del Derecho internacional por la Unión, habida cuenta, en particular, de: a) el hecho de que, si bien está legitimada conforme al Derecho nacional para impugnar la validez de los actos de la Unión mencionados, no invoca ningún derecho al amparo del Derecho de la Unión, y/o b) el principio formulado en el Caso del oro amonedado, según el cual la Corte Internacional de Justicia no puede dictar sentencias que censuren una conducta o afecten a los derechos de un Estado que no es parte ante dicha Corte y que no ha dado su consentimiento para quedar vinculado por las decisiones de dicha Corte?»¹¹³.

¹¹² STJUE de 27 de febrero de 2018..., *op. cit.*, pág. 32.

¹¹³ STJUE de 27 de febrero de 2018..., *op. cit.*, pág. 41.

Tal y como indica el tribunal, la primera cuestión prejudicial parte en sí de la hipótesis de que el Acuerdo de Colaboración y el Protocolo de 2013 permiten la explotación de los recursos pesqueros de las aguas saharauis, lo cual es, a su vez, debido a la hipótesis de que estos acuerdos incluyen al Sáhara Occidental en su ámbito de aplicación. Por tanto, para resolver la cuestión de la High Court of Justice, el TJUE considera necesario comprobar primero si la hipótesis expuesta es cierta. Para ello, en primer lugar, se pronuncia sobre el ámbito de aplicación del Acuerdo de Colaboración, y, en segundo lugar, sobre el del Protocolo de 2013.

En lo que se refiere al Acuerdo de Colaboración, el TJUE analiza el contenido de sus artículos 11 y 2, letra a). El artículo 11 expresa que el acuerdo se aplicará, en el caso de Marruecos, «en el territorio de Marruecos y en las aguas bajo jurisdicción marroquí». Por su parte, el artículo 2 expresa en su letra a) que se entenderá por la expresión «zona de pesca marroquí», a la que aluden determinados artículos del acuerdo, las «aguas bajo soberanía o jurisdicción del Reino de Marruecos».

En el caso del artículo 11, es claramente indispensable considerar la ya analizada STJUE de 21 de diciembre de 2016, que determinó que la expresión «territorio del Reino de Marruecos» del artículo 94 del Acuerdo de Asociación debía interpretarse en el sentido de que no incluía el territorio saharauí. El Acuerdo de Colaboración, así como el Protocolo de 2013, conforme el artículo 1 de éste, «se inscriben en el marco del Acuerdo de Asociación y contribuyen a la realización de los objetivos del mismo»¹¹⁴. Es por ello que la expresión «territorio de Marruecos» del Acuerdo de Colaboración se debe entender en el mismo sentido que la del artículo 94 del Acuerdo de Asociación, y por tanto el tribunal descarta que se pueda interpretar en otro sentido lo indicado por el artículo 11 del Acuerdo de Colaboración, pues lo contrario supondría una infracción de normas de Derecho internacional general, ya citadas por la anterior sentencia.

Sobre la expresión «zona de pesca marroquí», del artículo 2, letra a), que no aparece en el Acuerdo de Asociación, el TJUE se remite a una interpretación de los artículos 2, apartado 1, 55, 56 y al artículo 31, apartado 4 de la CNUDMAR. Los tres primeros artículos se encargan de delimitar el espacio geográfico sobre el cual el Estado ribereño ejerce su soberanía o jurisdicción, limitándolo a las aguas de su mar territorial y su zona económica exclusiva. Dado que el Sáhara Occidental no forma parte del Reino de

¹¹⁴ STJUE de 27 de febrero de 2018..., *op. cit.*, pág. 60.

Marruecos, las aguas adyacentes a su costa no pertenecen al espacio de soberanía o jurisdicción de Marruecos, y por tanto deben entenderse excluidas de la expresión «zona de pesca marroquí».

El artículo 31, apartado 4, expresaría por su parte la posibilidad de que las partes de un tratado internacional otorguen a alguno de sus términos un significado especial. Este significado especial podría implicar la inclusión de las aguas del Sáhara Occidental en la expresión «aguas bajo soberanía o jurisdicción». En lo que se refiere a las aguas bajo soberanía de Marruecos, el TJUE es claro a la hora de indicar que sería contrario al Derecho internacional general la inclusión del Sáhara Occidental en esta expresión por los mismos motivos por los que sería contrario a este Derecho su inclusión en la expresión «territorio de Marruecos». Sobre las aguas bajo jurisdicción, el TJUE hace referencia a apreciaciones del Consejo y de la Comisión que implicarían, como ya habíamos indicado con anterioridad, que la distinción entre *soberanía* y *jurisdicción*, que aparece originalmente en la CNUDMAR para referirse a las aguas del mar territorial y a las de la ZEE, también se podría utilizar para justificar una inclusión de las aguas saharauis en el ámbito de aplicación del acuerdo. Tal es así que «el Consejo y la Comisión han contemplado entre otras posibilidades que pueda considerarse que el Reino de Marruecos es “potencia administradora *de facto*” o potencia ocupante del territorio del Sáhara Occidental y que esa calificación resulte relevante a la hora de fijar el ámbito de aplicación del Acuerdo de Colaboración»¹¹⁵. Sobre esto, el TJUE se abstiene de hacer una apreciación sobre la validez de un posible acuerdo entre las instituciones europeas y el Reino de Marruecos en este sentido, limitándose a negar que se haya dado el acuerdo, por el hecho de que Marruecos no se considera ni potencia administradora ni potencia ocupante del Sáhara Occidental, sino que lo incluye como parte de su territorio soberano, reincorporado por retrocesión de España.

De todo lo anterior, el tribunal concluye que ni la expresión «territorio de Marruecos» ni la de «zona de pesca marroquí» incluyen, en ningún caso, las aguas adyacentes a la costa del Sáhara Occidental en el ámbito de aplicación del Acuerdo de Colaboración.

En cuanto al ámbito de aplicación del Protocolo de 2013, el TJUE indica que, a pesar de no introducirse en él ninguna disposición sobre el ámbito de aplicación, la expresión «zona de pesca marroquí» aparece en varias disposiciones, y que esta se deberá entender

¹¹⁵ STJUE de 27 de febrero de 2018..., *op. cit.*, p. 72.

en el mismo sentido que en el Acuerdo de Colaboración. Por otro lado, tal y como indicaba el Protocolo en el capítulo III del Anexo, y en su cuarto apéndice, Marruecos debía comunicar a la Comisión Europea la localización de la línea de base marroquí y de las zonas de pesca. Dicha comunicación se produce un día después de la entrada en vigor del Protocolo, por lo que «dichas coordenadas no forman parte del texto que acordaron las partes»¹¹⁶. Por otro lado, el TJUE considera que, incluso habiéndose comunicado las coordenadas de las zonas de pesca con anterioridad a la entrada en vigor del Protocolo, estas no podrían haber contradicho la interpretación pertinente de la expresión «zona de pesca marroquí».

Así las cosas, ni el Protocolo de 2013 ni el Acuerdo de Colaboración incluyen en su ámbito de aplicación las aguas del Sáhara Occidental, y, por tanto, el TJUE responde que la hipótesis de partida del tribunal remitente es incorrecta, y que, por ello, «ha de responderse a la primera cuestión prejudicial que [...] el análisis de dicha cuestión no ha revelado ningún elemento que, a la luz del artículo 3 TUE, apartado 5, pueda afectar a la validez del Reglamento n.º 764/2006, de la Decisión 2013/785 ni del Reglamento n.º 1270/2013. Dada la respuesta de esta primera cuestión prejudicial, el tribunal no considera procedente responder a la segunda cuestión.

5.4. Auto del Tribunal General de la Unión Europea de 19 de julio de 2018

Resuelto el asunto C-266/16, el Tribunal General resuelve mediante auto de 19 de julio de 2018 el asunto T-180/14, que se inicia con un recurso de anulación de 14 de marzo de 2014, interpuesto por el Frente POLISARIO, con el Consejo como parte demandada, que insta a la anulación de la Decisión 2013/785/UE, por la que se aprueba el Protocolo de 2013. El asunto había sido suspendido a la espera, primero, de resolverse el asunto C-104/16 P (decisión del tribunal de 22 de marzo de 2016), y después, de resolverse el asunto C-266/16 (decisión del tribunal de 2 de marzo de 2017). Una vez se adoptan las resoluciones, el Tribunal convocó a las partes para que, de ambas sentencias pronunciadas, observasen las consecuencias pertinentes. El POLISARIO en ese momento pide actualizar su recurso para poder tener en cuenta la adopción de la Decisión (UE) 2018/393, recientemente adoptada por la Comisión. Finalmente, solicita la admisibilidad del recurso y la anulación de ambas decisiones.

¹¹⁶ STJUE de 27 de febrero de 2018..., *op. cit.*, pág. 81.

Por su parte, el Consejo, apoyado por la Comisión, solicita que se desestime el recurso por una excepción de inadmisibilidad y, en su defecto, por no fundado, solicitud que fue unida al examen de fondo por el tribunal por auto de 27 de octubre de 2014. El motivo de la inadmisibilidad sería que el POLISARIO no está ni directa ni individualmente afectado por la Decisión 2013/785. Por otra parte, cuando el POLISARIO solicita incluir en su recurso la solicitud de anulación de la Decisión de la Comisión, argumenta que es pertinente incluirla en el mismo proceso pues, a pesar de que no fue adoptada por la misma institución europea, «le Conseil ayant délégué à la Commission, en vertu de l'article 3 de la décision 2013/785, le pouvoir d'adopter la décision 2018/393, cette dernière lui est imputable de sorte que le recours litigieux peut valablement être dirigé contre lui au regard de cet acte également»¹¹⁷. Es decir, dado que el Consejo delega en la Comisión la facultad de aprobar las modificaciones que se hubiesen realizado sobre el Protocolo de 2013, le es imputable al Consejo la decisión de la Comisión. Por su parte, el Consejo y la Comisión observan que «la décision 2018/393 n'a pas le même objet que la décision 2013/785, condition pourtant nécessaire en vertu de l'article 86 du règlement de procédure [du Tribunal Général], et qu'une adaptation ne peut avoir pour effet de modifier les parties au litige. Enfin, la Commission conteste la recevabilité de l'adaptation en question au motif que le recours est irrecevable dans son intégralité et que le requérant n'a pas d'intérêt à contester la validité de la décision 2018/393»¹¹⁸.

El tribunal repite los argumentos dados por el TJUE en su sentencia de 21 de diciembre, recordando que el POLISARIO considera estar legitimado para interponer el recurso de anulación que nos ocupa, nuevamente, por el hecho de que las decisiones recurridas se aplican en el territorio del Sáhara Occidental, por tanto, afecta al territorio sobre el cual el POLISARIO se constituye como movimiento de liberación nacional. El tribunal, sin embargo, repite los argumentos de la citada sentencia y de la sentencia de 27 de febrero de 2018: que el término «territorio de Marruecos» del Acuerdo de Colaboración, del cual las decisiones recurridas suponen un desarrollo ulterior, se deberá interpretar en el mismo sentido que la expresión «territorio del Reino de Marruecos» del artículo 94 del Acuerdo de Asociación, que, como se indicó en 2016, se debía interpretar en el sentido de que no incluía el territorio del Sáhara Occidental. La interpretación opuesta supondría, como ya había indicado el tribunal, una infracción de normas de Derecho internacional general,

¹¹⁷ Ordonnance du Tribunal, de 19 juillet 2018, *T-180/14, Front POLISARIO / Conseil*, EU:T:2018:496, par. 32.

¹¹⁸ Ordonnance du Tribunal de 19 juillet 2018..., *op. cit.*, par. 33.

particularmente la libre determinación y el principio de efecto relativo de los tratados. Por otro lado, el tribunal también repite el razonamiento de la sentencia de 27 de febrero de 2018 acerca de la interpretación que se debía hacer de las expresiones «aguas bajo soberanía o jurisdicción del Reino de Marruecos» y «zona de pesca marroquí», incluyendo en estas al mar territorial y la ZEE marroquíes.

También se repite el argumento sostenido en la sentencia de 21 de diciembre de 2016, según el cual no se podía entender que el Protocolo de 2013 se aplicase al Sáhara Occidental, al haberse usado la contrapartida financiera para el desarrollo de infraestructuras marroquíes en territorio ocupado, con el conocimiento de la Comisión. Esta postura es rechazada por los mismos motivos que en 2016: la existencia de tal aplicación de facto podría defenderse bajo el amparo del artículo 31, párrafo 3, letra b), que indica que para la interpretación de los tratados es necesario observar toda práctica posterior a su celebración. Sin embargo, tal práctica debe ser resultado de un acuerdo entre las partes, y en este caso no se puede entender que exista dicho acuerdo, porque ello habría supuesto una infracción de la libre determinación, del efecto relativo de los tratados y del principio de ejecución de los tratados de buena fe. La aplicación del protocolo era, por tanto, fáctica, no jurídica. Excluido el Sáhara del ámbito de aplicación jurídico del protocolo, el POLISARIO pierde su legitimación directa e individual, de modo que no estaría legitimado para interponer un recurso de anulación frente a dichas decisiones, ex artículo 263 TFUE. En el mismo sentido se excluye su legitimación para recurrir la Decisión 2018/393.

5.5. Las consecuencias de las resoluciones europeas

Las sentencias analizadas, suponen el primer pronunciamiento de las instituciones judiciales europeas sobre la cuestión de la explotación de los recursos pesqueros del Sáhara Occidental. El TJUE ha creado una jurisprudencia en la materia que nos ocupa, apreciándose varios aspectos:

1. En primer lugar, la UE no reconoce al Sáhara Occidental como parte del territorio soberano de Marruecos. Así, la UE acepta el contenido de las resoluciones de Naciones Unidas en materia de libre determinación, notablemente la A/RES/2625 (XXV) de 1970, y de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 16 de octubre de 1975. Esto supone reconocer que el Sáhara Occidental tiene una naturaleza jurídica distinta y separada y, por otro lado, no tenía con el Marruecos vínculos de soberanía antes de la colonización.

2. En segundo lugar, la UE vacila para calificar la presencia de Marruecos en el Sáhara Occidental como ocupación. La mayoría de menciones en este sentido se refieren al *control* de Marruecos sobre el Sáhara Occidental. Los únicos momentos en los que el término *potencia ocupante* aparece son aquellos en los que se habla de la posibilidad de que la UE y Marruecos hubiesen llegado a un acuerdo para reconocer a las aguas saharauis como «aguas bajo jurisdicción marroquí», debido a la situación de Marruecos como potencia ocupante. Por otro lado, el término «potencia administradora *de facto*» aparece en numerosas ocasiones, tanto en las alegaciones del Consejo y de la Comisión como en párrafos relativos al fondo del asunto. Esta categoría jurídica no existe, pues la condición de potencia administradora deviene del acto jurídico de incluir un territorio en la lista de territorios no autónomos de Naciones Unidas, lo que supone la inclusión del Estado colonizador como potencia administradora.
3. Sobre la explotación de los recursos saharauis, las sentencias concluyen que el Acuerdo de Asociación, el Acuerdo de Liberalización, el Acuerdo de Colaboración y los protocolos de desarrollo de este no deben ser interpretados en el sentido de que incluyen territorio terrestre o marítimo del Sáhara Occidental. La inclusión del TNA en estos acuerdos supondría la infracción del Derecho internacional general y la argumentación de que su aplicación en el Sáhara Occidental se podría demostrar por la vía fáctica contravendría el principio de interpretación de los tratados de acuerdo con la buena fe. Por tanto, la validez jurídica de estos acuerdos internacionales se mantiene a pesar de que, fácticamente, se apliquen en el territorio ocupado.

Esto último suscita un dilema en cuanto a cómo asegurar que Marruecos respeta la naturaleza jurídica separada y distinta del territorio ocupado, y cómo garantizar pues la libre determinación del pueblo saharauí y su soberanía permanente sobre sus recursos naturales. Para esta cuestión, debemos regresar al Derecho internacional público, donde encontramos el desarrollo jurídico de las consecuencias del incumplimiento de las normas internacionales y el régimen sancionador que responde a este.

6. El régimen sancionador en Derecho Internacional Público

Uno de los obstáculos para la aplicación del Derecho internacional ha sido su carácter relativo en cuanto a los derechos y obligaciones que establece. Esto tiene su razón de ser

en el principio de soberanía de los Estados, lo cual implica que, para que un derecho u obligación tenga efectos sobre un Estado, se requerirá este «haya participado en su creación o la haya reconocido [...] ya se exprese por dos o más Estados mediante un acuerdo, bien dando lugar a una costumbre, a través de un acto de una OI o, en última instancia, por obra del consentimiento individual frente a un hecho o situación concreta»¹¹⁹. Con todo, no todas las normas internacionales cuentan con carácter relativo, pues existen normas imperativas de Derecho internacional general, o de *ius cogens*, frente a las que no cabe disposición contraria, pues «sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter»¹²⁰. A pesar de que no existe un catálogo de normas de *ius cogens*, conviene recordar que entre ellas se incluye el principio de libre determinación de los pueblos, de acuerdo con el desarrollo de la jurisprudencia internacional. En este sentido jugó un papel fundamental la A/RES/2625 (XXV), que indicó los principios estructurales del ordenamiento internacional.

En todo caso, la violación de normas internacionales constituye un hecho internacionalmente ilícito. El principio de soberanía de los Estados ha dificultado la regulación de una responsabilidad internacional de los Estados, cuya codificación ha tenido un largo proceso, todavía inacabado. El último avance significativo se produce en el año 2001, con la elaboración, por parte de la Comisión de Derecho Internacional, del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En este proyecto, el artículo 2 define el hecho internacionalmente ilícito como «una acción u omisión», que cuenta con dos elementos constitutivos: «en primer lugar, un *elemento subjetivo*, consistente en que la acción u omisión “es atribuible al Estado según el derecho internacional”. En segundo término, un *elemento objetivo* que radica en que el comportamiento “constituye una violación de una obligación internacional del Estado”»¹²¹. En cuanto al término *hecho*, el artículo 4 lo define como «el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado».

Sobre los hechos internacionalmente ilícitos que constituyen violaciones de normas de *ius cogens*, existió antes del proyecto de 2001 la noción de crimen internacional,

¹¹⁹ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, op. cit., p. 40.

¹²⁰ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, op. cit., p. 46.

¹²¹ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, op. cit., p. 267.

«particularizándolo en los siguientes supuestos: a) una violación de grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión; b) una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial»¹²². Las connotaciones del crimen internacional eran demasiado fuertes para una serie de Estados, motivo por el cual el texto del Proyecto de 2001 sustituye el crimen internacional por «“violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general”, de forma que el art. 40 establece ciertas consecuencias de determinados tipos específicos de violaciones del derecho internacional, identificados por referencia a dos criterios: en primer lugar, se incluyen violaciones de obligaciones derivadas de normas imperativas de derecho internacional general; en segundo lugar, las violaciones contempladas han de ser graves»¹²³, entendiéndose por grave la violación flagrante y sistemática. El artículo 41 del Proyecto establece obligaciones para el resto de Estados cuando se produce una violación de tal calibre, unidas a las generales de cesar la violación y reparar el daño. El artículo establece que los Estados deberán cooperar para terminar con la violación, y que no podrán reconocer una situación creada por esta, ni colaborar para mantenerla. Asimismo, establece que las consecuencias de esta violación según el Proyecto no excluirán las que emanen de otras normas de Derecho internacional.

Es evidente que la ocupación de un territorio durante ya más de 40 años por parte de un Estado, con la presencia de tropas militares, la violación sistemática de los derechos humanos y el impedimento del ejercicio de la libre determinación o la soberanía permanente sobre los recursos saharauis constituye una violación flagrante y sistemática de una norma de *ius cogens*. Por tanto, poca duda cabe de que Marruecos ha incurrido en responsabilidad internacional, y además en la forma más gravosa. Es por ello pertinente que hablemos del régimen sancionador que existe de dicha violación, para lo cual nos hemos remitido al Capítulo VII de la CNU.

Primeramente, el Capítulo VII de la CNU incluye una serie de sanciones internacionales, aunque este es el término informal, pues la CNU habla de «medidas coercitivas». El término *sanción* se reserva para estas medidas «frente a vulneraciones de obligaciones

¹²² P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, op. cit., p. 271.

¹²³ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, op. cit., p. 272.

que protegen intereses esenciales para la comunidad internacional en su conjunto»¹²⁴. Por otra parte, solo pueden ser aplicadas por organizaciones internacionales que tengan competencia en la manutención de la paz y seguridad internacionales. En Naciones Unidas, es el CS el que tiene la capacidad para aprobar estas sanciones, mientras que la AG tiene competencias más reducidas, destacándose que, en virtud del artículo 11 CNU, apartado 2, la Asamblea puede «*discutir toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que presente a su consideración cualquier Miembro de las Naciones Unidas o el Consejo de Seguridad, o que un Estado que no es miembro de Naciones Unidas presente de conformidad [con lo dispuesto en la Carta] y [...] podrá hacer recomendaciones acerca de tales cuestiones al Estado o Estados interesados o al Consejo de Seguridad*», con el límite impuesto por el artículo 12 de que «*mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna esta Carta con respecto a una controversia o situación, la Asamblea General no hará recomendación alguna [...] a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad*». La capacidad de adoptar sanciones existe en otras organizaciones, aunque el artículo 53 CNU expresa que «*no se aplicarán medidas coercitivas en virtud de acuerdos regionales o por organismos regionales sin autorización del Consejo de Seguridad*».

El procedimiento para adoptar las sanciones corresponde a «una doble competencia del Consejo. De un lado, para determinar, tras un examen de los hechos, “la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión”. De otra parte, si el Consejo aprecia que se ha producido una situación de estas características, “hará *recomendaciones o decidirá* qué medidas serán tomadas con los arts. 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales”»¹²⁵. Hay diferentes sanciones: medidas que no requieren el uso de fuerzas aéreas, navales o terrestres (artículo 41), como pueden ser la interrupción de las relaciones económicas, el fin de las comunicaciones marítimas, ferroviarias, postales, etc., o la ruptura de relaciones diplomáticas; y el uso de aquellas fuerzas (artículo 42) para el establecimiento de bloqueos, demostraciones u otro tipo de operaciones de carácter militar.

En todo caso, el establecimiento de sanciones no sería eficiente hasta el final de la Guerra Fría. Hasta 1991, la existencia de dos bloques dificultaba, por cuestiones políticas, la sanción a determinados regímenes afines a una superpotencia. Tras la desaparición del

¹²⁴ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, op. cit., p. 313.

¹²⁵ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, op. cit., p. 606.

bloque socialista, las sanciones del CS aumentan, y un año antes «la invasión de Kuwait por Irak en agosto de 1990 constituyó el primer hito en la evolución de la práctica internacional en materia de sanciones internacionales, ofreciendo nuevas perspectivas en cuanto a la respuesta de las NN UU frente al quebrantamiento de la paz. La S/RES/661 (1990) estableció sanciones económicas globales destinadas a aislar a este Estado»¹²⁶.

Con el tiempo, se ha ido modificando la manera en que las sanciones afectan al Estado sancionado. Tal es así que el ejemplo de Irak fue el de sanciones globales, con medidas que pretendían daños generales a la estabilidad del país, para forzarlo a retirarse de Kuwait. Por otra parte, la S/RES/687 (1991) «impuso a Irak férreas condiciones de paz [...] pues en ella –entre otros aspectos– no sólo se establece un régimen de reparaciones y la obligación de destruir las armas de destrucción masiva, manteniendo al mismo tiempo las sanciones económicas, sino que incluso se demarca la frontera entre Irak y Kuwait»¹²⁷. La práctica posterior dio lugar a lo que se denomina «*sanciones selectivas* o “inteligentes”, caracterizadas por circunscribir con precisión los ámbitos subjetivo, objetivo y temporal de las sanciones y ampliar las exenciones a su aplicación, evitando de esta forma las consecuencias indeseadas sobre la población civil inocente»¹²⁸. Este es el caso, por ejemplo, de las sanciones que se han ido aplicando a la República Popular Democrática de Corea.

Algo que se debe destacar es que «las actuaciones han sido selectivas, mientras que en otros casos similares no se ha actuado o se ha hecho tardíamente, siendo innegable la existencia de un doble rasero»¹²⁹. La ocupación del Sáhara Occidental por parte de Marruecos no ha sido sancionada, al igual que los asentamientos israelíes en Cisjordania, mientras que sí se sancionó la invasión de Kuwait. En el caso saharauí, para entender esta pasividad es imprescindible tener en cuenta la posición de Francia, como miembro permanente del CS, que ha obstaculizado la aplicación del Capítulo VII a la ocupación del Sáhara Occidental. Las explicaciones a esta actitud por parte de Francia son de corte geopolítico, por lo que no nos analizarlas; bastará con indicar que las relaciones que Francia mantiene con el Reino de Marruecos han sido, por lo general, positivas, funcionando Francia como un apoyo de Marruecos en el CS, de forma análoga a la posición que Estados Unidos en relación con Israel. Por otra parte, Argelia, principal apoyo del Frente

¹²⁶ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, op. cit., pp. 314-315.

¹²⁷ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, op. cit., p. 609.

¹²⁸ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, op. cit., p. 317.

¹²⁹ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, op. cit., p. 316.

POLISARIO, mantiene peores relaciones con su antigua metrópolis desde la guerra de independencia que tuvo lugar durante los años 50 y 60.

Una posible vía para que se ejerza presión desde Naciones Unidas posibilitada por la A/RES/377 (V), *Unión pro Paz*, «en la que se establece que “si el Consejo de Seguridad por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes deja de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y seguridad internacionales en todo caso que resulte haber una amenaza a la paz o un acto de agresión, la AG examinará inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas”»¹³⁰. La AG no podría decidir sobre la aplicación de medidas, pero podría recomendar la adopción de sanciones contra Marruecos, para forzarlo a cesar en tal ocupación. Sin embargo, esto dependerá, en la práctica, de la voluntad política de los Estados, entrando de nuevo en cuestiones que se escapan de los aspectos jurídicos.

7. Conclusiones

El presente trabajo ha tenido como objetivo ilustrar, en primer lugar, cuál ha sido el desarrollo histórico del Sáhara Occidental desde el inicio de la colonización española, a finales del siglo XIX, hasta la fecha de hoy. A lo largo del siglo XX, el Sáhara Occidental vive etapas caracterizadas, primero, por la situación colonial, y después, por una descolonización inacabada a la que se sumó una guerra con Marruecos y Mauritania, que supuso la ocupación de dos terceras partes del territorio por parte del primero. Desde entonces, el Frente POLISARIO, reconocido como representante del pueblo saharauí por Naciones Unidas, ha mantenido el control de la franja este del territorio, ha proclamado el Estado de la República Árabe Saharaui Democrática, y ha operado sobre una parte del territorio de Argelia, donde, después de 40 años, siguen viviendo centenares de miles de refugiados. En los territorios ocupados, Marruecos ha asentado un control deplorado por Naciones Unidas, ha infringido normas de Derecho internacional general, ha puesto en riesgo los derechos humanos y ha aprovechado los recursos naturales de los territorios ocupados, aplicándoles, de facto, los acuerdos internacionales celebrados con otros sujetos de Derecho internacional, notablemente, como hemos señalado, los acuerdos celebrados con la Unión Europea. Ningún Estado ha reconocido la soberanía de Marruecos sobre

¹³⁰ P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Sistema...*, op. cit., p. 314.

el Sáhara Occidental, tampoco Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia, la doctrina internacional y, más recientemente, los tribunales europeos.

Seguidamente, se han dedicado apartados al desarrollo conceptual del derecho de libre determinación de los pueblos como norma de *ius cogens*, de eficacia *erga omnes*, y de la cual emana un importante contenido económico, referido a la soberanía de estos, de manera permanente, sobre sus recursos. También se ha dedicado un apartado a hablar sobre los elementos de hecho del Estado, entre los cuales figura su territorio marítimo, aéreo y terrestre, sobre los cuales el Estado ejerce, en condiciones de exclusividad, las competencias territoriales. Para hacer una introducción a las sentencias europeas, nos hemos detenido en el territorio marítimo, mencionando la regulación más destacable para la materia de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.

El cuerpo del trabajo ha versado sobre la postura europea sobre la ocupación del Sáhara Occidental y su afectación o no a los acuerdos internacionales de asociación, liberalización y colaboración en el sector pesquero con Marruecos. Habida cuenta de los fallos del Tribunal General y del Tribunal de Justicia de la Unión, Marruecos no podrá aprovechar su control sobre los territorios ocupados para aplicar a los recursos naturales de este el mismo régimen de importación y explotación que el de sus propios recursos soberanos. Sin embargo, las sentencias también han supuesto un golpe al Frente POLISARIO, pues a pesar de ser reconocido como representante del pueblo saharauí, no está legitimado para interponer recursos de anulación frente a las decisiones europeas por las que se aprueban los citados acuerdos internacionales, al entenderse que, a pesar de la afectación fáctica del Sáhara Occidental, los acuerdos no suponían una aplicación jurídica de su contenido en el territorio saharauí, y por tanto la legitimación del artículo 273 TFUE no puede ser usada por el POLISARIO.

Finalmente, hemos hecho una mención a las posibilidades de obligar a Marruecos a respetar las resoluciones de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia y el contenido de la Carta de las Naciones Unidas y otras normas de Derecho internacional público, como la CNUDMAR. El Capítulo VII de la Carta prevé la posibilidad, por parte del Consejo de Seguridad, de recomendar o decidir sobre la aplicación de medidas coercitivas al Reino de Marruecos para forzarlo a retirarse del territorio. Sin embargo, hemos visto que el Consejo de Seguridad se ha mostrado pasivo a la hora de aplicar estas sanciones a Marruecos, y que el desarrollo en el seno de Naciones Unidas ha optado más por la propuesta de planes de paz,

boicoteados por Marruecos y que, hasta ahora, no se han traducido en la celebración de un referéndum de autodeterminación. Por tanto, la cuestión saharauí permanece como uno de los conflictos internacionales de larga duración, que parece haberse enquistado y cuya solución necesitará ya no solo del apoyo de la legalidad internacional, sino también un importante compromiso político de los Estados de la comunidad internacional, notablemente el de aquellos que cuentan con un asiento permanente en el Consejo de Seguridad. Mientras tanto, el panorama futuro sigue siendo el de una difícil resolución del conflicto.

8. BIBLIOGRAFÍA Y OTRAS FUENTES

8.1. Monografías y artículos de revista

- Andrés Sáenz de Santa María, P. (1997): «La libre determinación de los pueblos en la nueva sociedad internacional», Cardona Llorens, J. (Dir.): *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional, Volumen I*, Pamplona, Aranzadi Editorial, pp. 113-204.
- Andrés Sáenz de Santamaría, P. (2012): «El marco global de la relación con la Unión Europea», Remiro Brotóns, A. (Dir.) y Martínez Capdevila, C. (Coord.), *Unión Europea-Marruecos: ¿Una vecindad privilegiada?*, Madrid, Academia Europea de Ciencias y Artes, pp. 133-183.
- Andrés Sáenz de Santamaría, P., y Riquelme Cortado, R. (2012): «El Sáhara Occidental en las relaciones UE-Marruecos», Remiro Brotóns, A. (Dir.), y Martínez Capdevila, C. (Coord.), *Unión Europea-Marruecos: ¿Una vecindad privilegiada?*, Madrid, Academia Europea de Ciencias y Artes, pp. 533-576.
- Andrés Sáenz de Santa María, P. (2018): *Sistema de Derecho Internacional Público*, Pamplona, Aranzadi.
- Badia Martí, A.M. (2013): «La cuestión del Sáhara Occidental a la luz de la dimensión económica del principio de autodeterminación de los pueblos coloniales», Palacios Romeo, F. (coord.), *El derecho a la libre determinación del pueblo del Sáhara Occidental. Del ius cogens al ius abutendi*. Pamplona. Aranzadi.
- Boukhari, A. (2004): «Las dimensiones internacionales del conflicto del Sáhara Occidental y sus repercusiones para una alternativa marroquí», *Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos. Área: Mediterráneo y Mundo Árabe – DT N° 16/2004*.
- Criado, R. (1977): *Sahara: Pasión y muerte de un sueño colonial*. París. Ruedo Ibérico.
- Gabaldón García, J.L. (2012): *Curso de Derecho marítimo internacional. Derecho marítimo internacional público y privado y contratos marítimos internacionales*. Madrid. Marcial Pons.
- Martínez Capdevila, C. (2012): «UE-Marruecos: un balance de 40 años de relación», Remiro Brotóns, A. (Dir.) y Martínez Capdevila, C. (Coord.), *Unión*

Europea-Marruecos: ¿Una vecindad privilegiada?, Madrid, Academia Europea de Ciencias y Artes, pp. 185-241.

- Naciones Unidas (1992): *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas, y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*. Nueva York. Naciones Unidas.
- Remiro Brotóns, A, Riquelme Cortado, R., Díez-Hochleitner, J. et. al. (2007): *Derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Ruiz, C. (2005): «El largo camino jurídico y político hacia el Plan Baker II. ¿Estación de término?», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. V, 2005, pp. 445-498.
- Soroeta Licerias, J. (2001): *El conflicto del Sáhara Occidental, reflejo de las contradicciones y carencias del Derecho Internacional*. Bilbao. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua.
- Soroeta Licerias, J. (2009): «La posición de la Unión Europea en el conflicto del Sahara Occidental, una muestra palpable (más) de la primacía de sus intereses económicos y políticos sobre la promoción de la democracia y de los derechos humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 34, 2009, pp. 823-864.
- Soroeta Licerias, J. (2016): «La sentencia de 10 de diciembre de 2015 del Tribunal General de la UE (T-512/12), primer reconocimiento en vía judicial europea del estatuto del Sahara Occidental y de la subjetividad internacional del Frente POLISARIO», *Revista General de Derecho Europeo* (38), 2016, pp. 202-238.
- United Nations (1967): *Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II*, New York, United Nations.

8.2. Resoluciones y jurisprudencia

- Corte Internacional de Justicia, *Timor Oriental, Portugal c. Australia*, sentencia del 30 de junio de 1995, *I.C.J. Reports 1995*.
- International Court of Justice, *Case concerning East Timor (Portugal v. Australia)*, judgement of 30 June 1995, *I.C.J. Reports 1995*.
- Ordonnance du Tribunal, de 19 juillet 2018, *T-180/14, Front Polisario / Conseil*, EU:T:2018:496.

- STG de 10 de diciembre de 2015, *T-512/12, Frente Polisario / Consejo*, EU:T:2015:953.
- STJUE de 21 de diciembre de 2016, *C-104/16 P, Consejo / Frente Polisario*, EU:C:2016:973.
- STJUE de 27 de febrero de 2018, *C-266/16, Western Sahara Campaign UK*, EU:C:2018:118.

8.3. Otros

- Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra. *DOCE L 70*, de 18.3.2000.
- Carta de fecha 29 de enero de 2002 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico (S/2002/161).
- Conclusiones del abogado general Sr. Melchior Wathelet, presentadas el 13 de septiembre de 2016, *C-104/16 P, Consejo de la Unión Europea contra Frente Popular para la Liberación de Saguía el Hamra y Río de Oro (Frente Polisario)*, EU:C:2016:677.
- Corell, H., «The legality of exploiting natural resources in Western Sahara», discurso en una Conferencia en Pretoria en 2008, del Departamento de Asuntos Exteriores de Sudáfrica y la Universidad de Pretoria. Disponible en: <http://www.havc.se/res/SelectedMaterial/20081205pretoriawesternsahara1.pdf>
- Informe sobre la propuesta del Reglamento del Consejo relativo a la celebración del Acuerdo de asociación en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos (PE 369.842, de 04.05.2006).
- Recomendación del PE al Consejo sobre el Sahara Occidental, de 10 de marzo de 1998. *DOCE, C 104* de 6.4.1998.

9. ANEXOS

9.1. Anexo 1. Mapa del Sáhara Occidental



9.2. Anexo 2. Zona Económica Exclusiva de la RASD

