



JAVIER A. GONZÁLEZ VEGA*

**EL PODER TAUMATÚRGICO DE LA INTERPRETACIÓN:
EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE Y LA “SORPRENDENTE” NO APLICACIÓN DE
LOS ACUERDOS PESQUEROS UE-MARRUECOS A LAS AGUAS DEL SAHARA OCCIDENTAL
(COMENTARIO A LA SENTENCIA TJUE DE 27 DE FEBRERO DE 2018,
WESTERN SAHARA CAMPAIGN UK, ASUNTO C-266/16)**

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La peripecia saharauí en Luxemburgo: los procedimientos judiciales relativos a la cuestión del Sáhara Occidental. – 3. El contexto de la presente decisión: las “codiciadas aguas” del Sáhara Occidental. – 3.1. La regulación de los espacios marítimos del Sáhara. – 3.2. El ejercicio de las competencias sobre los espacios marinos: los acuerdos de pesca (1975-2013). – 4. La postura del Abogado General: la aplicabilidad de los acuerdos pesqueros al Sáhara Occidental y su consiguiente nulidad. 5. – Las posiciones de las instituciones (Consejo y Comisión) y de los Estados miembros: la aplicabilidad de los Acuerdos pesqueros a un territorio administrado *de facto* por Marruecos y su consiguiente validez. – 6. El planteamiento del Tribunal: el poder taumatúrgico de la interpretación y la imposible aplicación de los acuerdos al Sáhara Occidental. – 6.1. La competencia del tribunal para controlar la validez de un acuerdo internacional en vía prejudicial. – 6.2. El mágico efecto de la interpretación: un singular control judicial del respeto del Derecho internacional por parte de la UE. – 6.3. Un nuevo toque de prestidigitación: la inexistente intención común de las partes y la imposible aplicación de los acuerdos pesqueros al Sáhara Occidental. – 7. El Tribunal, la UE y el Sáhara Occidental en el inmediato futuro.

1. Introducción

El pasado febrero comentábamos en otro lugar las Conclusiones del Abogado General M. Whatelet en el asunto C-266/16 cuya resolución por el TJUE abordaremos ahora¹. Destacábamos entonces las dificultades que se cernían de cara a un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la UE (en lo sucesivo, TJUE) sobre el fondo del asunto dadas las sensibles cuestiones que en torno a la invocabilidad de las disposiciones de un tratado se plantean cuando son los particulares los que pretenden prevalerse de ellas como acontecía en el caso promovido por la ONG británica *Western Sahara Campaign UK* que se sitúa en el origen de la decisión. Minimizábamos, en cambio, las

* Catedrático de Derecho internacional público y Relaciones internacionales de la Universidad de Oviedo. Presidente del Observatorio Asturiano de Derechos Humanos para el Sáhara Occidental.

¹ Véase *El Sahara Occidental, de nuevo, en Luxemburgo: Las implicaciones de una Unión de Derecho, también internacional*, en *La Ley Unión Europea*, núm. 56, febrero 2018, pp. 1-12.

cuestiones tácticas que podían aconsejar una resolución por la “puerta de atrás” del contencioso sobre la aplicabilidad de los acuerdos UE-Marruecos en materia pesquera - el Acuerdo de 2006 y el Protocolo de 2013 – y que parecen hallarse en la resolución de la cuestión prejudicial que se encuentra en el origen de la presente sentencia. Y es que, con su decisión, el Tribunal desprovee de objeto al pendiente asunto relativo a la impugnación de dichos acuerdos promovido por el Frente Polisario en 2014 y evita incidir en la cenagosa cuestión relativa a la legitimación de un Movimiento de Liberación Nacional ante las instancias jurisdiccionales europeas.

En todo caso, dos afirmaciones realizadas entonces se mantienen en pie: una, relativa a las implicaciones de la concepción de la UE como una Unión de Derecho conforme también a las exigencias inherentes al respeto del Derecho internacional por parte de aquella, puesto que como veremos el Tribunal rechaza las supuestas limitaciones para un control judicial que ha de tener presente – incluso en sede prejudicial- aquellas premisas. La otra, relativa a los “tiempos interesantes” que abre la nueva decisión del Tribunal de Justicia y sobre los incidiremos brevemente tras su análisis.

Nuestro propósito es abordar críticamente la decisión dictada por el Tribunal, para lo cual hemos de situarla en el contexto que plantean los diferentes procedimientos que han venido desarrollándose ante los órganos jurisdiccionales de la UE en relación con la cuestión del Sáhara Occidental. Tras ello, examinaremos el contexto más complejo de las relaciones pesqueras entre la UE y Marruecos a propósito de las “codiciadas” aguas del Sáhara Occidental en las que se sitúa el núcleo de la controversia – pese a su sorprendente soslayamiento por el TJUE. Luego, será el momento de abordar, sucintamente, las posiciones expresadas por los intervinientes en el procedimiento – incluido el Abogado General² – enfrentando luego la aproximación realizada por el Tribunal, cuya singularidad merece ser destacada, toda vez que en ella la aplicación de las normas de la UE y las del Derecho internacional reclamadas por éstas permite a la curia de Luxemburgo – en lo que bien cabría calificar como un ejercicio de prestidigitación a través del proceso interpretativo – plantear la imposible aplicación de los acuerdos a las aguas del Sáhara Occidental. Finalmente, realizaremos unas consideraciones *pro futuro* a la luz de la situación derivada de la Sentencia.

2. La peripecia saharauí en Luxemburgo: los procedimientos judiciales relativos a la cuestión del Sáhara Occidental

Como destacáramos en nuestro anterior trabajo, la cuestión del Sáhara Occidental irrumpía en el foro de Luxemburgo a raíz de la interposición de un recurso por parte del Frente Polisario en 2013 que tenía por objeto la anulación de la Decisión 2012/497/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2012, relativa a la celebración del 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, en la medida en que dicha Decisión aprobaba la aplicación del Acuerdo al Sáhara Occidental³. Comenzaba así un periodo en el que las cuestiones

² Conclusiones de 10 de enero de 2018, ECLI:EU:C:2018:1. A ellas, no obstante, ya hemos dedicado nuestra precedente contribución “El Sahara Occidental, de nuevo, en Luxemburgo...”, *cit.*, a la que remitimos, sin perjuicio de que volvamos sobre ellas a lo largo del presente comentario.

³ Aunque el Abogado General mencionaba el Auto TPI de 30 de abril de 1999, *Pescados Congelados Jogamar/Comisión*, asunto T-311/97, EU:T:1999:89, apdo. 6; cit. en Conclusiones..., pto. 72, n. 43) en el que se

relativas a los recursos del territorio se habrían de convertir en el centro de atención del debate judicial dadas las relaciones privilegiadas que en el orden económico la UE mantiene con Marruecos, susceptibles de incidir en los recursos naturales existentes en el Sáhara. Detrás de esta estrategia latía el afán del Movimiento de Liberación Nacional saharauí por afianzar su papel en la escena internacional recurriendo a los resortes jurídicos de toda índole que permitieran visibilizar el olvidado conflicto que mantiene irresuelto el proceso de libre determinación del territorio tras más de cuarenta años de ocupación marroquí⁴. En todo caso, es indudable que el acceso a la jurisdicción europea pretendía extraer las consecuencias derivadas de la jurisprudencia *Brita* – acogida por el TJUE a propósito de la cuestión palestina⁵ – para obtener un pronunciamiento semejante *mutatis mutandis* – así se esperaba – en relación con los acuerdos UE-Marruecos “supuestamente aplicables” al Sáhara Occidental.

Como es conocido, la demanda del Frente Polisario dará pie a una primera decisión del Tribunal General, la Sentencia de 10 de diciembre de 2015⁶, en la cual ésta instancia realizaba dos interesantes apreciaciones, una relativa a la legitimación procesal del Frente Polisario para interponer un recurso de anulación – arrumbando las conocidas tesis restrictivas sobre el particular- ofreciendo una lectura que, aunque criticable en cuanto a su fundamentación, conducía a su segunda conclusión, la posibilidad de ejercer un control sobre los actos de las instituciones relativos a la conclusión del acuerdo que juzgaba inaplicables – y por ende el mismo acuerdo – a los productos procedentes del Sáhara Occidental. La previsible reacción de las instituciones – Consejo y Comisión – y de los Estados miembros especialmente afectados –presionados además enérgicamente por el Reino de Marruecos – no se hizo esperar, procediendo casi inmediatamente a la interposición de un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia que posibilitaba una nueva decisión, la Sentencia de 21 de diciembre de 2016⁷, en la cual la suprema instancia jurisdiccional de la UE, anulaba la previa decisión del Tribunal General, pero – contra lo esperado – aunque afirmaba la plena validez del acuerdo en liza, estimaba que éste no resultaba aplicable al territorio del Sáhara Occidental⁸.

suscitaba la aplicación del entonces vigente Acuerdo CE-Marruecos de 1995 en materia de pesca, es evidente que no dejaba de ser una anécdota frente a los procedimientos desarrollados en la actualidad.

⁴ De hecho, las iniciativas judiciales del Frente Polisario se despliegan también en otras latitudes, como ha puesto de relieve la reciente decisión del Tribunal Supremo de la provincia del Cabo Oriental (Sudáfrica), de 23 de febrero de 2018, que ha reconocido la propiedad saharauí sobre un cargamento de fosfatos con destino a Nueva Zelanda, previa retención en un puerto sudafricano del buque marroquí que los transportaba (*Cfr.* “Sudáfrica falla a favor del Sáhara en pleito por cargamento de fosfato”, diario *La Vanguardia*, 23 de febrero de 2018, accesible en <http://www.lavanguardia.com/politica/20180223/441008377915/sudafrica-falla-a-favor-del-sahara-en-pleito-por-cargamento-de-fosfato.html>).

⁵ Sentencia TJUE de 25 de febrero de 2010, *Firma Brita GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, asunto C-386/08, EU:C:2010:91. De entre la copiosa literatura sobre este asunto destaquemos las contribuciones de J.M. CORTÉS MARÍN, Nota en *RDCE*, núm. 36, 2010, pp. 626-631; E. Díez PERALTA, *¿Made in Israel? Reflexiones en torno al etiquetado de mercancías fabricadas en los territorios palestinos ocupados: a propósito de la sentencia Brita del TJUE, de 25 de febrero de 2010*, en *RGDE (Iustel)*, núm. 21, 2010; N. GORDON, S. PARDO *The European Union and Israel's Occupation: Using Technical Customs Rules as Instruments of Foreign Policy*, in *Middle East Journal*, vol. 69, 2015, pp. 74-90, así como G. GUARINO, *Il Territorio della Palestina alla luce della Sentenza della CGUE Brita GmbH*, in *Studi in memoria di Luigi Sico*, Nápoles, 2012, pp. 691-717.

⁶ STG de 10 de diciembre de 2015, *Frente Polisario/Consejo*, asunto T-512/12, ECLI: EU:T:2015:953.

⁷ STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Consejo/Frente Polisario*, asunto C-104/16 P, ECLI:EU:C:2016:973.

⁸ Sobre estas decisiones, véanse en nuestra literatura las contribuciones de J.F. DELILE, *Les effets de la coutume internationale dans l'ordre juridique de l'Union Européenne*, en *Cahiers de Droit Européen*, vol. 53, 2017, pp. 178-183; E. Díez PERALTA, *El Sáhara Occidental: una piedra en el camino de la asociación privilegiada entre la Unión Europea y Marruecos*, en *La Ley Unión Europea*, 46, 2017; F. DUBUISSON, G. POISSONIER, *La Cour de Justice de l'Union Européenne et la question du Sahara Occidental: Cachez cette pratique (illégal) que je ne saurais voir*, en *Revue Belge de Droit International*, vol. 48, 2016, pp. 599-634; EL A. OUALI, *L'Union Européenne et la question du Sahara: entre la*

Sin embargo, la saga judicial del Sáhara Occidental en Luxemburgo habría de proseguir dado que tanto el Frente Polisario -de nuevo interponiendo en 2014 un recurso de anulación ante el Tribunal General – como una organización de la sociedad civil -la británica *Western Sahara Campaign UK*- a través del desarrollo de un proceso ante un órgano jurisdiccional del Reino Unido pretendían cuestionar la validez del Acuerdo y el Protocolo UE-Marruecos en materia de pesca – respectivamente de 2006 y 2013 – so pretexto de su supuesta aplicación a las aguas adyacentes al Sáhara Occidental. Dado que, en el marco de sus competencias de ordenación judicial, el TJUE ordenaba paralizar el procedimiento *sub iudice* ante el TG entretanto se resolvía el presente asunto⁹, ha sido la segunda iniciativa la que ha dado lugar a la Sentencia que comentamos.

Se trataba en el caso de un reenvío prejudicial promovido por el Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales. En concreto, en su decisión de 20 de octubre de 2015, el Juez Blake -expresando la opinión del Tribunal – había advertido:

“un manifiesto error por parte de la Comisión a la hora de apreciar y aplicar el derecho internacional pertinente respecto a estos acuerdos.”¹⁰

Lo que llevaba al órgano jurisdiccional británico a plantear una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, sometidas a comienzos del año 2016. Será en respuesta a una de ellas, que el Tribunal de Luxemburgo, fundado en gran medida en los argumentos previamente expuestos en su previa decisión del mismo año, sostendrá la vigencia de los Acuerdos cuestionados, aunque de nuevo va a excluir de su aplicación el territorio del Sáhara Occidental – más concretamente sus espacios marinos contiguos – pese a que en

reconnaissance de la souveraineté du Maroc et les errements de la justice européenne, en *European Papers*, vol. 2 (3), 2017, pp. 923-951; J. FERRER LLORET, *El conflicto del Sáhara Occidental ante los Tribunales de la Unión Europea*, en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 42, 2017, pp. 15-64; FLEURY GRAFF, Th., *Accords de libre échange et territoires occupés. À propos de l'arrêt TPIUE, 10 décembre 2015, Front Polisario c. Conseil*, en *Revue Générale de Droit International Public*, t. 120, 2016, pp. 263-291; R. GOSALBO BONO, *El Frente Polisario, las normas del Derecho internacional y el derecho de la Unión Europea*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 53, 2016, pp. 21-77; P. HILPOLD, *Self-determination at the European Courts: The Front Polisario Case or 'The Unintended Awakening of a Giant'*, in *European Papers*, vol. 2 (3), pp. 907-921; S. HUMMELBRUNNER, A.C. PRICKARTZ, *It's Not the Fish that Stinks! EU Trade Relations with Morocco Under the Scrutiny of the General Court of the European Union*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 32, 2016, pp. 19-40 (accessible en <https://www.utrechtjournal.org/articles/10.5334/ujiel.322/>); KASSOTI, E., *The Front Polisario v. Council Case: The General Court, Völkerrechtsfreundlichkeit and the External Aspect of European Integration (First Part)*, in *European Papers*, vol. 2 (1), 2017, pp. 339-356; ID., *The Council v. Front Polisario Case: The Court of Justice's Selective Reliance on International Rules on Treaty Interpretation (Second Part)*, in *European Papers*, vol. 2 (1), 2017, pp. 23-42; J. ODERMATT, *Council of the European Union v. Front Populaire pour la Libération de la Saguia-El-Hamra et Du Rio de Oro (Front Polisario)*, in *American Journal of International Law*, vol. 111, 2017, pp. 731-738; O. PEIFERT, *La recevabilité d'un recours en annulation devant les juridictions européennes au prisme des règles coutumières d'interprétation des traités (Observations sous l'arrêt CJUE, 21 décembre 2016, Conseil c. Front Polisario, C-104/16 P, ECLI:EU:C:2016:973*, en *Revue Générale de Droit International Public*, t. 121, 2017, pp. 1031-1048; A. RASI, *Front Polisario: A Step Forward in Judicial Review of International Agreements by the Court of Justice?*, in *European Papers*, vol. 2 (3), 2017, pp. 967-975; D. SIMON, A. RIGAUX, *Le tribunal et le droit international des traités: un arrêt déconcertant*, en *Europe*, vol. 26 (2), 2016, pp. 5-11; ID., *Le Front Polisario devant la Cour de justice: une résolution logique, mais des questions remanentes*, en *Europe*, vol. 27 (2), 2017, pp. 5-9; J. SOROETA LICERAS, *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*, en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 38, 2016; id., *La cuestión de la legalidad de la explotación de los recursos naturales del Sáhara Occidental ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, en C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, E.J. MARTÍNEZ PÉREZ, (eds.), *Retos para la acción exterior de la Unión Europea, Tirant lo Blanch*, Valencia, 2017, pp. 73-93.

⁹ Asunto T-180/14.

¹⁰ Fragmento extraído del *blog* wsaharaorg.uk; accesible en <http://www.smalgangen.org/a146x1121> consultado el 20 de mayo de 2018. Traducción propia.

ellos vienen desarrollándose tradicionalmente -y con supuesta base en los mismos- las actividades de explotación pesquera más significativas¹¹.

3. *El contexto de la presente decisión: las “codiciadas aguas” del Sáhara occidental*

Como hemos señalado la cuestión suscitada ante el Tribunal de Justicia arranca de la prolongada explotación de los recursos pesqueros del Sahara Occidental a través del marco establecido desde 1986 entre la, entonces, Comunidad Económica Europea y el Reino de Marruecos a través de los sucesivos – y casi ininterrumpidos – acuerdos de pesca; un marco normativo cuya difícil compatibilidad con las reglas del Derecho internacional no había pasado desapercibido a casi ningún observador avisado, excepción hecha obviamente de aquellos que suscribían *tout court* los endebles argumentos del Reino alauita.

Y es que el Derecho internacional, en consonancia con el principio de libre determinación, asigna un conjunto de derechos de contenido económico a los pueblos sometidos a dominación colonial entre los que se encuentra aún hoy en día el Sáhara Occidental. Esos derechos se vinculan con la soberanía permanente sobre los recursos naturales reconocida tanto a los Estados como a los pueblos y se proyectan, lógicamente, sobre los espacios marinos aledaños al territorio no autónomo. Corolario de lo anterior, el nuevo Derecho del Mar que veía la luz en el periodo coetáneo también se orientaba a afirmar estos derechos en la regulación de los nuevos espacios marinos. En tal sentido, ya en el curso final de los trabajos de la III Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, la Resolución III relativa a la relación de la Convención con el art. 73 de la Carta – atinente al régimen de los territorios no autónomos – adoptada por la misma el 30 de abril de 1982 y anexa al Acta Final de la Conferencia, afirmaba:

“a) En el caso de que un territorio cuyo pueblo no haya alcanzado la plena independencia u otro régimen de autonomía reconocido por las Naciones Unidas, o de un territorio bajo dominación colonial, las disposiciones concernientes a derechos e intereses con arreglo a la Convención se aplicarán en beneficio del pueblo del territorio con miras a proveer a su bienestar y desarrollo;

b) en el caso de una controversia entre Estados relativa a la soberanía sobre un territorio al que sea aplicable la presente resolución y respecto de la cual las Naciones Unidas hayan recomendado medios de solución, las partes en esa controversia celebrarán consultas acerca del ejercicio de los derechos a que se hace referencia en el apartado a) En esas consultas, los intereses del pueblo del territorio de que se trate constituirán una consideración fundamental. Esos derechos se ejercerán teniendo en cuenta las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas y sin perjuicio de la posición de ninguna de las partes en la controversia. Los Estados interesados harán todo lo posible por concertar arreglos provisionales de carácter práctico y no pondrán en peligro ni dificultarán el logro de una solución definitiva de la controversia.”¹²

¹¹ Un profuso examen de los antecedentes históricos del caso puede consultarse en I. GONZÁLEZ GARCÍA, *Los acuerdos comunitarios de pesca con Marruecos y el problema de las aguas del Sáhara Occidental*, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 36, 2010, pp. 521-563, así como en nuestras contribuciones *A Bridge over Troubled Waters (and Sands)? A Critical Sight on Spain's Role in Western Sahara Issue 40 years Later*, in *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 20, 2016, pp. 255-277 y *La Guerra de los Mundos: Realidad vs. Formalismo jurídico o el poder de la interpretación (A propósito de la Sentencia TJUE de 27 de febrero de 2018, Western Sahara Campaign UK, C-266/16)*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 60, 2018, pp. 515-561.

¹² Acta Final de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, Anexos, p. 223; accesible en < http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/acta_final_esp.pdf>.

En el caso del Sáhara Occidental, ya durante el periodo colonial, la Organización de las Naciones Unidas había insistido en la necesidad de respetar sus Resoluciones sobre el particular¹³. En tal sentido, la Resolución AG 3292 (XXIX), de 13 de diciembre de 1974 reiteraba su invitación:

“a todos los Estados a que observen las resoluciones de la Asamblea General relativas a las actividades de los intereses económicos y financieros extranjeros en el Territorio, y a que se abstengan de contribuir con sus inversiones o su política de inmigración al mantenimiento de la situación colonial en el Territorio”

De hecho, en línea con este planteamiento, incluso España – como potencia administradora del territorio – se planteó adoptar medidas en relación con esta exigencia. Así, el *non nato* Estatuto del territorio del Sahara, aprobado el 4 de julio de 1974 por la Asamblea General (*Yemaa*), tras garantizar “el libre ejercicio de derecho de autodeterminación del territorio” (art. 2), establecía que:

“España garantiza al pueblo saharauí la exclusiva propiedad de sus riquezas y recursos naturales y el disfrute de sus beneficios”¹⁴

Desde entonces y pese a tantos avatares los derechos del pueblo del Sáhara Occidental se mantienen incólumes, tal como afirmara en 2002 el controvertido informe Corell sobre el que volveremos más adelante¹⁵.

3.1. La regulación de los espacios marítimos del Sáhara

Durante el periodo de la colonización española no se adoptaron medidas específicas en relación con los espacios marítimos de la colonia, por lo que ha de entenderse que la regulación vigente era la dictada con carácter general para nuestro país. Consecuentemente, la regulación se concretaba inicialmente en las “venerables” disposiciones de la Real Cédula de diecisiete de diciembre de mil setecientos sesenta y demás Leyes y disposiciones sobre extensión de las aguas jurisdiccionales españolas, dictadas al socaire de las contingencias internas y externas. Esta situación, como es sabido fue modificada por la Ley 20/1967, de 8 de abril, sobre extensión de las aguas jurisdiccionales españolas a doce millas, a efectos de pesca¹⁶, merced a la cual se fijaba como criterio de delimitación a estos efectos la línea de bajamar escorada a lo largo de “todas las costas de soberanía española” (art. 2). Es cierto, no obstante que la “condición jurídica distinta” del territorio no autónomo del Sahara Occidental podría llevar a sostener una interpretación distinta, pero no existen elementos que induzcan a pensar que este planteamiento estuvo presente en la redacción de la Ley española.

En todo caso, las previsiones de la Ley contemplaban, de un lado, la posibilidad de arbitrar, por parte del Gobierno, un procedimiento de delimitación distinto en aquellos lugares que se juzgare oportuno, aunque tales previsiones no se ejercitaron sino una vez

¹³ Así, las Resoluciones 2929 (XXI), de 20 de diciembre de 1966; 2354 (XXII), de 19 de diciembre de 1967; 2428 (XXIII), de 18 de diciembre de 1968; 2591 (XXIV), de 16 de diciembre de 1969; 2711 (XXV), de 14 de diciembre de 1970; 2983 (XXVII), de 14 de diciembre de 1972; 3162 (XXVIII), de 14 de diciembre de 1973.

¹⁴ Art. 3. El texto del proyecto – que no llegaría a convertirse en Ley – puede consultarse en A. CARRO MARTÍNEZ, *La descolonización del Sáhara*, en *Revista de Política Internacional*, núm. 144, marzo-abril 1976, pp. 32-38. Este autor, Ministro de la Presidencia a la sazón, aborda tanto su elaboración como las supuestas causas que habrían impedido su promulgación (*Ibid.*, pp. 16-19).

¹⁵ *Vid. infra*, 5.C).

¹⁶ BOE, núm. 86, 11 de abril de 1967. Dichas previsiones se complementaban con el Decreto de 26 de diciembre de 1968 (BOE, núm. 17, 20 de enero de 1969) sobre extensión a 12 millas en materia fiscal de las aguas jurisdiccionales españolas.

que nuestro Estado resignó sus responsabilidades sobre el territorio¹⁷; de otro, se establecía el cierre de las bahías conforme a la regla las 24 millas y la consiguiente condición de aguas interiores de las inscritas por la línea de cierre. Este supuesto tendría por consiguiente incidencia en el caso de la barra de Villa Cisneros -actual Dajla-. Esta era pues la situación en el momento del abandono del territorio por parte de España.

Por lo que respecta al periodo que se inicia en 1975 conviene advertir que aunque como es conocido, Marruecos venía planteando sus reivindicaciones sobre el territorio del Sáhara, no adoptó medida ninguna en relación con dicho espacio con anterioridad a su ocupación ilegal del mismo¹⁸. De hecho, tales medidas se adoptarán tras los denominados “Acuerdos de Madrid” que contemplaban un reparto del territorio entre Marruecos y Mauritania, implicando la cesión de Saguia el Hamra al primero y Río de Oro al segundo. Sin embargo, como también es sabido, en el caso mauritano, la ocupación del territorio -sostenida a duras penas en el curso del conflicto armado con el Frente Polisario- concluyó en 1979 con la firma del acuerdo de paz de 5 de agosto de 1979 y la cesión del territorio a este último¹⁹. También es notorio que la iniciativa fue pronto neutralizada por Marruecos que extendía su ocupación al territorio cedido por Mauritania, proclamando formalmente su anexión el 14 de agosto de 1979.

En el ínterin, no obstante, Marruecos y Mauritania formalizaron en el plano bilateral su anexión del territorio a través del Convenio relativo al trazado de la frontera de Estado establecida entre la República Islámica de Mauritania y el Reino de Marruecos, hecho en Rabat el 14 *rebia* II 1396 (14 de abril de 1976), conforme al cual tomaban como referencia el paralelo 24 norte, tanto para la delimitación de la frontera terrestre como de la plataforma continental²⁰. Sin embargo, ha de advertirse que la delimitación así acordada se vio desprovista de efectos con la “incorporación” del territorio de Río de Oro en 1979, subsiguiente a la retirada mauritana, sin que desde entonces estos Estados hayan convenido una nueva. Asimismo, la ocupación del territorio del Sáhara en 1976 también movió a Marruecos y Mauritania a abordar la cooperación en materia de explotación de los recursos pesqueros del banco sahariano, concluyendo al efecto un Acuerdo de cooperación económica, también de 14 de abril de 1976²¹.

¹⁷ Cfr. en tal sentido, el fugaz Decreto 627/1976, de 5 de marzo, sobre trazado de líneas de base rectas en desarrollo de la Ley 20/1967, de 8 de abril, sobre extensión de las aguas jurisdiccionales españolas a doce millas, a efectos de pesca, *BOE*, núm. 77, de 30 de agosto, con idéntico objeto (Cfr. *BOE*, núm. 234, de 30 de septiembre de 1977).

¹⁸ De hecho, el Dahir de 21 de julio de 1975 se limita en exclusiva al territorio del Reino, si bien, como es sabido, adopta medidas de delimitación que incluyen los espacios bajo soberanía española en el norte de África, motivando en su momento la formalización de una protesta por parte de nuestro Estado (Cfr. Carta dirigida a la Embajada de Marruecos en Madrid con fecha 7 de febrero de 1976; reprod. en D. DAHAK, *Les États arabes et le Droit de la Mer*, t. I, Niza, 1984, p. 233).

¹⁹ Ello no había impedido, sin embargo, que ya el 15 de marzo de 1976, el gobierno mauritano adoptara un Decreto por el que reestructuraba su organización administrativa para integrar en su seno el territorio del antiguo Río de Oro (Cfr. R. WEEXSTEEN, *La question du Sahara Occidental*, en *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1976, p. 270).

²⁰ Dahir portant ratification et publication de la convention relative au tracé de la frontière d'Etat établie entre la république islamique de Mauritanie et le Royaume du Maroc, signée à Rabat, le 14 avril 1976. *BORM* (3311 bis), 16/4/76; reprod. en *Annuaire de l'Afrique du Nord*, vol. 15, 1976, p. 849 (accesible asimismo en *United Nations Treaty Series*, vol. 1035, I, n° 15406). Cfr. T. ATMANE, *España y Marruecos frente al Derecho del Mar*, Netbiblo, Oleiros, 2007, p. 81.

²¹ Dahir portant ratification et publication de l'accord de coopération économique entre la république islamique de Mauritanie et le Royaume du Maroc pour la mise en valeur du territoire saharien récupéré, signée à Rabat, le 14 avril 1976. *BORM* (3311 bis), 16/4/76; reprod. en *Annuaire de l'Afrique du Nord*, vol. 15, 1976, p. 850. En desarrollo del Acuerdo el 2 de marzo de 1978 ambos estados firmaban un Protocolo de aplicación de los acuerdos en materia de pesca (cit. en *Annuaire de l'Afrique du Nord*, vol. 17, 1978, p. 692).

Por su parte, Marruecos, adoptaba en su ordenamiento jurídico las medidas para integrar el territorio en su estructura administrativa, incorporando las provincias de *Layounne* (El Aaiún) y *Es-Semara* (Asmara)²². Este texto sería a su vez objeto de modificación el 14 de agosto de 1979 para incorporar el territorio abandonado por Mauritania. Sin embargo, un dato que merece particular atención es el hecho de que, pese a la caracterización que de sí mismo ofrece Marruecos como soberano territorial del Sáhara Occidental, la definición de sus espacios marítimos no ha estado presente ni en los actos unilaterales ni en los actos concertados con otros Estados u organizaciones, con la salvedad de los prematuros acuerdos mauritano-marroquíes. Así, en su ámbito interno Marruecos no ha adoptado disposiciones tendentes a acomodar el Dahir de 1975 a los espacios marítimos del Sáhara, observando en este punto las disposiciones heredadas del periodo de colonización española²³.

No obstante, en 1981 la legislación marroquí estableció tanto una zona contigua como una zona económica exclusiva²⁴. Por otra parte, Marruecos dispone de una regulación específica en materia de plataforma continental – que data de 1958 – y que ha sido objeto de ulteriores modificaciones y desarrollos, tanto por disposiciones de Derecho interno como sobre la base de acuerdos de delimitación con otros Estados. En el primer caso se sitúan las ya mencionadas disposiciones de la Ley sobre la ZEE de 1981 así como la Legislación en materia de explotación de hidrocarburos²⁵; al segundo responde el ya citado acuerdo con Mauritania, habiéndose iniciado en 2003 negociaciones con España para abordar la delimitación en el entorno de las islas Canarias, aunque sin reportar resultados hasta la fecha.

Esta última cuestión merece una consideración especial toda vez que – pese al fracaso apuntado – el inicio de las negociaciones con nuestro país habría supuesto en la práctica un abandono de las posiciones previamente sustentadas por nuestro Estado en relación con la cuestión. En este orden, debe recordarse que ya en 1988, en respuesta a una pregunta parlamentaria planteada en el Congreso de los Diputados en relación con la delimitación de los espacios marinos del archipiélago canario, el Gobierno español había advertido que:

“La delimitación de las aguas españolas a partir de la costa canaria afecta también al territorio del Sáhara Occidental, por lo que no parece posible proceder a una delimitación estable y efectiva en tanto no se haya solucionado el conflicto que asola a esa zona y quede

²² Dahir portant loi n° 1-76-468 du 9 chaabane 1396 (6 août 1976) modifiant le dahir n° 1-59-351 du 1er jourmada II 1379 (2 décembre 1959) relatif à la division administrative du Royaume, *BORM* (3328) 11/8/76; reprod. en *Annuaire de l'Afrique du Nord*, vol. 15, 1976, p. 851.

²³ Cfr. S. IHRAÏ, *Les lignes de base marocaines*, en *ADMor*, t. XIII, 2008, p. , si bien el autor se refiere al periodo del “Protectorado” español. En lo que se refiere a la posición marroquí frente al Derecho de la pesca, *vid.* A. LAHLOU, *Le Maroc et le droit des pêches maritimes*, Paris, 1983.

²⁴ Cfr. Dahir núm. 1-81-179, de 8 de abril, portant promulgation de la loi 1-81 instituant une zone économique exclusive de 200 milles marines au large des côtes marocaines, *BORM* núm. 3575, 6 de mayo de 1981. Esta normativa – que declara subsistente la extensión del mar territorial en 12 millas – tuvo por efecto abrogar en lo demás la zona exclusiva de pesca – de 70 millas – establecida por el Dahir de 2 de marzo de 1973, *BORM* núm. 3149, de 7 de marzo de 1973.

²⁵ Dahir núm. 1-91-118, de 1 de abril de 1992, portant promulgation de la Loi n° 21-90 relative à la recherche et exploitation des gisements d'hydrocarbures, *BORM*, 15 de abril de 1992. Dicho texto fue modificado ulteriormente por el Dahir núm. 1-99-340, de 15 de febrero de 2000 portant promulgation de la Loi n° 27-99 modifiant et completant la Loi 21-90 relative à la recherche et exploitation des gisements d'hydrocarbures, *BORM*, 16 de marzo de 2000. Referencias extraídas de ATMANE, *España y Marruecos...*, *cit.*, p. 80.

claro, una vez el pueblo saharauí haya ejercido su derecho a la autodeterminación, cuál es el status jurídico internacional del Sáhara Occidental”²⁶

De hecho, este planteamiento ha sido mantenido ininterrumpidamente por nuestro Estado y ha sido reiterado ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental con miras a preservar “los derechos de terceros que puedan ser reclamados en su día”, en una clara alusión al Sáhara Occidental²⁷.

Finalmente, conviene destacar que, pese a su singular situación²⁸, los representantes legítimos del pueblo del Sáhara Occidental también han adoptado medidas respecto a los espacios marinos del territorio. En concreto, la República Árabe Saharaui Democrática (RASD) adoptaba en 2009 una Ley, en la que reivindicaba sus derechos sobre el conjunto de los espacios marinos aledaños de conformidad con las normas internacionales²⁹, y cuyo texto fue comunicado a las representaciones de los Estados miembros en las Naciones Unidas junto con una nota de 22 de enero de 2009 en la que se advertía que el Gobierno de la República Árabe Saharaui Democrática:

“... considers illegal any activities related to the exploration or exploitation of the natural resources of the SADR territorial sea, exclusive economic zone or continental shelf conducted without its express authorization...,”

The Government of the SADR reserves the right to pursue legal action in respect of any such unauthorized activities, and is considering options for seeking a judicial advisory opinion on the legality of international arrangements and transactions purporting to deal with the natural resources of the SADR, including those concluded between the Kingdom of Morocco and any third parties.”³⁰

²⁶ BOCC, CD, III Legislatura, Serie D, núm. 315, pp. 14830-14831; cit. en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, (dir.), *Práctica española de Derecho internacional público*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLI, 1989, núm. 2, p. 545.

²⁷ Vid. *inter alia*, nota verbal de la Misión Permanente de España ante las Naciones Unidas, núm. 064 MPbcm, 7 de abril de 2015. Al respecto vid. J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “Plataforma continental ampliada al oeste de las Islas Canarias: presentación española ante la comisión de límites de la plataforma continental”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, núm. 1, 2016, pp. 219-226, así como nuestra contribución “*A Bridge over Troubled Waters...*”, *cit.*, p. 270 y n. 65.

²⁸ Hemos apuntado antes la incidencia que el caso palestino – a través del asunto *Brita* – ha tenido en el desarrollo de la nueva estrategia jurídica del Frente Polisario. Aunque también existen significativas diferencias, dado que la OLP – bien que bajo el reducido estatuto de observador – participó en los trabajos de la III Conferencia sobre Derecho del Mar, llegando incluso a firmar su Acta Final (R. GOY, *La Palestina et la Mer*, *ADMer*, t. X, 2005, p. 195); además, una vez alcanzada la condición de Estado no reconocido por parte de Naciones Unidas, Palestina podría acceder a la condición de Parte en la Convención de 1982 y desarrollos conexos, en consonancia con la línea de acción que ha emprendido desde principios del año 2014 (L. TRIGEAUD, *L'influence des reconnaissances d'État sur la formation des engagements conventionnels*, *RGDIP*, 2015, pp. 571-604). Al margen de lo anterior, el ejercicio de competencias sobre los espacios marinos por parte de entidades no estatales se ha visto confirmado en el caso de Niue – territorio asociado a Nueva Zelanda – que en 1996 adoptaba una Ley sobre mar territorial y ZEE (*Territorial Sea and Exclusive Zone Act n° 220*) y concertaba un tratado de delimitación de la frontera marítima con EEUU (Islas Samoa) en Wellington el 13 de mayo de 1997 (Cfr. H. ASCENSIO, *Délimitation. Chronique du Plateau continental et des délimitations*, en *Espaces et Ressources Maritimes*, núm. 12, 1998, pp. 162-163).

²⁹ Law no. 03/2009, of 21 January establishing the Maritime Zones of Saharawi Arab Democratic Republic; texto accesible en <<https://archive.org/details/327943-documents-268462-sahrawi-arab-democratic>> consultado el 2 de mayo de 2018. Vid. un análisis de la misma en R. RIQUELME CORTADO, *La soberanía permanente del pueblo saharauí sobre sus recursos naturales*, en *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 2011*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 385-489.

³⁰ Nota de 22 de enero de 2009; texto accesible en <<https://archive.org/details/327943-documents-268462-sahrawi-arab-democratic>> consultado el 2 de mayo de 2018. Fue transmitida por conducto de *Independent Diplomat*. Además, el delegado del FP en Bruselas, M. Sidati, hacía llegar su texto y antecedentes a alguna de las representaciones permanentes ante la UE. Nos consta, al menos, un fax remitido a la REPER de Estonia.

3.2. El ejercicio de competencias sobre los espacios marinos: los acuerdos de pesca

El ejercicio del derecho a la libre determinación económica respecto a los espacios marinos del territorio no autónomo encuentra también expresión en el ejercicio del *ius ad tractatum* en relación con la gestión de los recursos –particularmente los renovables– existentes en dichos espacios. Este derecho sin embargo se ve afectado en el caso de los acuerdos concertados por terceros Estados sin la participación del pueblo titular del mismo. En el caso conviene mencionar los desarrollos convencionales mantenidos entre España y Marruecos, luego sustituidos –a partir de 1986– por los acuerdos concertados por la UE.

En el caso de nuestro país, éste venía manteniendo estrechas relaciones pesqueras con Marruecos, primero desarrolladas en el marco de las relaciones de vecindad y ajustadas a criterios de reciprocidad, con posterioridad saldadas con sucesivos acuerdos concluidos en 1969 y 1973³¹; ninguno de ellos sin embargo se refería obviamente a las aguas del Sáhara Occidental –a la sazón bajo administración española– por cuanto era el acceso de los buques españoles a los caladeros marroquíes la razón de ser de estos acuerdos. La situación, no obstante, se modificó a raíz de los Acuerdos de Madrid de 14 de noviembre de 1975, en los que ante el inminente abandono del territorio no autónomo por parte de España se acordaron disposiciones relativas al mantenimiento de las actividades pesqueras por buques españoles en el banco sahariano³². Empero, el Protocolo provisional de pesca con Marruecos de 29 de julio de 1979 dejaba sin efecto aquellas previsiones, asimilando en lo sucesivo las aguas del Sahara bajo ocupación marroquí a las aguas marroquíes, bajo la común referencia a las “aguas bajo jurisdicción marroquí”³³.

Si bien estos compromisos suponían ya un reconocimiento de la jurisdicción marroquí sobre los espacios marinos del Sáhara por parte de nuestro país, ha de advertirse

³¹ Se trata respectivamente del Convenio sobre pesca marítima entre España y Marruecos de 4 de enero de 1969 (BOE, núm. 134, 5 de junio de 1969) y de las Actas de Rabat de 12 de mayo de 1973 y Casablanca de 23 de noviembre de 1973. En este último, España evitaba reconocer la zona de pesca de 70 millas proclamada por Marruecos ese mismo año, pero no veía preservados sus derechos históricos en materia pesquera (J.M. SOBRINO HEREDIA, *Les relations de pêche entre l'Union Européenne et le Maroc: La recherche d'un nouveau modèle d'accord de pêche*, Espaces et Ressources Maritimes, núm. 13, 1999-2000, p. 239). La razón obedecía a que el precedente Acuerdo, concluido en paralelo al Tratado sobre retrocesión de Ifni a Marruecos, de la misma fecha, confería a nuestro país más ventajas (Cfr. M.M. HOLLADO MOLINA, M.S. OSTOS REY, *Los acuerdos de pesca marítima entre España y Marruecos: evolución histórica y perspectivas*, en *Estudios Agrosociales y Pesqueros*, n.º 194, 2002, p. 193).

³² Conviene advertir que la denominada Declaración de principios entre España, Marruecos y Mauritania sobre el Sáhara Occidental de 14 de noviembre de 1975, firmada por C. Arias Navarro, A. Osman y H. Mouknass – no publicada en el BOE, pero sí en las *United Nations Treaty Series*, vol. 988, I, n.º 14450, a instancias de Marruecos – no contenía ninguna referencia al tema, aunque otros compromisos conexos abordarían la cuestión garantizando la pesca a la flota española de forma gratuita durante 5 años y con un trato equivalente al de Nación más favorecida en los 15 años siguientes (SOBRINO HEREDIA, *Les relations de pêche entre l'Union Européenne et le Maroc...*, cit., p. 238, n. 14. Sobre la Declaración vid. CARRO MARTÍNEZ, *La descolonización del Sáhara*, cit., pp. 29-31).

³³ Protocolo de acuerdo transitorio en materia de pesca marítima entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino de Marruecos, hecho en Rabat el 29 de junio de 1979 (BOE, núm. 253, de 22 de octubre de 1979); de hecho, la única distinción derivaba de las distintas modalidades de pesca y TACs contemplados al norte y sur del Cabo Noun. Según SOBRINO HEREDIA ulteriores acuerdos “transitorios y formales” reiterarían esta solución (*loc. cit.*). Conviene destacar que este protocolo venía a colmar la laguna producida por la inaplicación del acuerdo de 1974 y el fallido Acuerdo de cooperación en materia de pesca marítima de 17 de febrero de 1977, que no había llegado a entrar en vigor – a pesar de su ratificación por parte de España – por la oposición de Marruecos ante la renuente actitud española respecto al Sahara Occidental (E.M. NAIMA, *Análisis de los acuerdos hispano-marroquíes y sus efectos en las relaciones económicas y comerciales entre Marruecos y España* (1956-2003), tesis doctoral, Facultad de CC. Económicas, UAM, Madrid, 2006, p. 34; accesible en <file:///C:/Users/Powerot/Downloads/6472_nayma_elmostafa.pdf>).

la honda polémica que rodeará la conclusión del Acuerdo de cooperación sobre pesca marítima entre España y Marruecos, firmado el 1 de agosto de 1983, al estimarse por algunos entonces que conllevaba “el reconocimiento implícito por España de la soberanía marroquí sobre todo el Sáhara Occidental...a cambio, entre otras cosas de la explotación de los caladeros saharauis por los pesqueros españoles”³⁴; en tal sentido, se destacaba el tenor de los arts. 1, 4, 5 y 7, así como el Anejo II, B, del referido Acuerdo³⁵. Por otra parte, la cuestión rebrotó nuevamente, con ocasión del Protocolo provisional de pesca de 23 de diciembre de 2002 – concluido con ocasión de la crisis del *Prestige* – y en virtud del cual se autorizaba temporalmente a un total de 64 buques españoles a faenar en aguas marroquíes, subsumiendo en ellas las aguas del Sáhara Occidental³⁶. Ulteriormente, el tema volverá a aflorar en el curso de diferentes procedimientos de control parlamentario, aunque referida ya a las implicaciones derivadas de la aplicación de los Acuerdos concluidos por la CE/UE.

En cuanto a la UE, tampoco la conclusión de los sucesivos Acuerdos de pesca con Marruecos y su aplicación al Sáhara Occidental parece haberle planteado dificultades³⁷, pese a las indudables implicaciones jurídicas que se derivan de ello: eventual reconocimiento tácito de la anexión – en abierta violación de una obligación derivada de una norma imperativa de derecho internacional – y vulneración de los derechos del pueblo saharauí a su soberanía sobre los recursos naturales; aspecto éste que también la situaría en abierta oposición a la obligación *erga omnes* sobre el particular, identificada por la CIJ en su decisión en el asunto *Timor Oriental*³⁸.

De hecho, el primer Acuerdo CEE-Marruecos fue firmado en Rabat el 26 de mayo de 1987, siendo aplicado provisionalmente desde el 1 de marzo de 1988 y siendo aprobado en nombre de la Comunidad el 23 de junio de 1988³⁹. No obstante, como se ha destacado, su aplicación – conforme a lo dispuesto en el Protocolo núm. 1 – planteó en su momento ciertos problemas en relación a las aguas adyacentes al Sahara Occidental pues su texto no mencionaba el Cabo Noun, sino que señalaba tonelajes autorizados al norte y al sur del

³⁴ Cfr. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, (dir.), *Práctica española de Derecho internacional público*, en REDI, vol. XLI, 1989, núm. 2, p. 569. Resta la duda de si los espacios marinos aledaños al área del Sáhara bajo ocupación mauritana entre 1976 y 1979, no habrían sido ya objeto de un reconocimiento anterior -aunque posterior al Protocolo provisional de 1979- en alguno de los acuerdos mencionados anteriormente.

³⁵ Cfr. BOE, 11 de octubre de 1983.

³⁶ E.M. GARCÍA RICO, *Las preguntas formuladas al Gobierno por J. A., Labordeta sobre la autorización a barcos gallegos para pescar en aguas ‘del antiguo Sáhara español’, comentarios a una respuesta incompleta*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV, 2003, núm. 1, pp. 511-515. Conviene destacar la excepcionalidad de este Acuerdo – no existiendo relación convencional vigente a la sazón entre la UE y Marruecos en materia de pesca tras la extinción del precedente en 1999 y el fracaso de las negociaciones de cara a un nuevo acuerdo (Al respecto vid. S. IHRAÏ, *Le Non-renouvellement en 2001 de l'accord de pêche Maroc/Union Européenne*, en *ADMé*, t. VI, 2003, pp. 135-150) – y fruto del dadivoso ofrecimiento del monarca Mohamed VI a la flota gallega ante la catástrofe marítima.

³⁷ De creer al Ministro de AAEE, Sr. Solana Madariaga, la razón se hallaría en la falta de “sensibilidad europea” hacia el tema (Respuesta al Diputado Sr. Mardones Sevilla (CC), 15 de junio de 1995, *BOCG*, V Legislatura, Comisiones Mixtas, núm. 80, p. 1620). Más matizadamente, se ha hablado de diferentes momentos en su aproximación al tema vid. C. RUIZ MIGUEL, *La Unión Europea y el Sáhara Occidental: (verdaderos) principios y (falsos) intereses*, en *El derecho a la libre determinación del pueblo del Sáhara Occidental. Del ius cogens al ius abutendi*, (F. PALACIOS ROMEO, coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 164-176.

³⁸ Sentencia de la CIJ de 30 de junio de 1995, asunto relativo a *Timor Oriental (Portugal c. Australia)*, *ICJ Reports 1995*, párr. 29.

³⁹ Reglamento (CEE) núm.2054/88, en virtud del cual quedó aprobado en nombre de la Comunidad dicho Acuerdo, *DO* nº L 181, 12.7.1988, p. 1. Ya sobre el mismo se alertaba que el tratamiento de la cuestión del Sáhara Occidental respondía a la “variante pesquera del síndrome del avestruz” (Cfr. J. JUSTE RUIZ, *El acuerdo pesquero CEE-Reino de Marruecos de 25 de febrero de 1988*, en *Revista de Instituciones Europeas*, 1988, pp.741-764). El acuerdo sucedía al Acuerdo hispano-marroquí de 1983, extinto en julio de 1987, aunque prorrogado hasta diciembre de ese mismo año.

paralelo 30°40', sin especificar su límite meridional, interpretándose que éste se hallaba en el límite existente *de facto* con Mauritania⁴⁰. Con todo, el Acuerdo resultaba “mucho menos explícito sobre su ámbito de aplicación” que el precedente Acuerdo con España, al recurrir ambiguamente a las expresiones “aguas sometidas a la soberanía o a la jurisdicción del Reino de Marruecos”, denominadas en lo sucesivo “zonas de pesca de Marruecos”, distinguiendo dos grandes zonas de pesca situadas respectivamente al norte y al sur del paralelo 30° 40' N, permitiendo en la última de ellas las actividades pesqueras en una distancia superior a las 12 millas⁴¹.

El segundo Acuerdo sobre las relaciones en materia de pesca marítima entre la CEE y el Reino de Marruecos fue rubricado el 15 de mayo de 1992 y aprobado en nombre de la CEE el 19 de diciembre de 1992⁴². En él, como en el precedente, el Protocolo al Acuerdo determinaba las posibilidades de ciertas modalidades de pesca (cerco, artesanal, cefalópodos, etc.) en la denominada zona sur – situada al sur del paralelo 28°, 44' N – donde comienza precisamente el territorio del Sahara – incluyendo por consiguiente toda su franja costera hasta el límite con Mauritania. Aspecto que confirmaban sus previsiones en materia de inspección de los buques por parte del Estado ribereño, dado que se le brindaba la posibilidad de someterse a éstas en el puerto de *Dakhla* (antigua Villa Cisneros)⁴³.

De nuevo, la Comunidad y el Reino de Marruecos firmaron el 13 de noviembre de 1995 un nuevo Acuerdo de cooperación en materia de pesca marítima, aprobado por la Comunidad el 12 de diciembre de 1996⁴⁴. En este Acuerdo, como en los precedentes convenios se fijan las posibilidades de pesca de la flota comunitaria en las aguas que depende de la soberanía o de la jurisdicción de Marruecos⁴⁵, así como la correspondiente contrapartida por parte de la Comunidad que comprende, entre otras, una ayuda financiera destinada a desarrollar el sector pesquero de Marruecos.

Tras el apuntado fracaso de las negociaciones para sustituir al Acuerdo de 1995, el 28 de julio de 2005 se rubricaría en Bruselas un nuevo Acuerdo de pesca – el cuarto – que entraría en vigor el 1 de marzo de 2006, tras su aprobación por el PE y el Consejo⁴⁶.

Vaya por delante el artificio a la hora de identificar el espacio al que se aplica el Acuerdo, resultado de la confrontación de las previsiones establecidas en el art.11 y el Capítulo III del Apéndice al Anexo del Protocolo, de lo que se deriva su plena aplicabilidad a las aguas del Sáhara Occidental, si bien para ello de nuevo entra en juego la conocida fórmula dicotómica de “las aguas sometidas a soberanía o a jurisdicción del Reino de

⁴⁰ J.M. SOBRINO HEREDIA, *Las relaciones pesqueras entre la Unión Europea y Marruecos: la búsqueda de un nuevo modelo de acuerdo de pesca*, en *Annuario da Faculdade de Direito* (A Coruña), año 2000, pp. 513-534, en p. 521; A. OLESTI RAYO, *El Acuerdo de cooperación en materia de pesca marítima entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos de 13 de noviembre de 1995*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1995, vol. XLVII, núm 2, p. 455.

⁴¹ Cfr. Art. 1 del Protocolo núm. 1 y apartado G) del Anexo I, DO núm. L 99, 16 de abril de 1988; cit. en GONZÁLEZ CAMPOS, *loc. cit.*, p. 569. Remitimos al análisis jurídico que allí se acompaña respecto de la inviabilidad de las pretensiones marroquíes.

⁴² Reglamento (CEE) n° 3954/92 del Consejo de 19 de diciembre de 1992, relativo a la celebración del Acuerdo sobre las relaciones en materia de pesca marítima entre la CEE y el Reino de Marruecos, y por el que se adoptan disposiciones para su aplicación, DO n° L 407,31.12.1992, p. 1.

⁴³ OLESTI RAYO, *El Acuerdo de cooperación en materia de pesca marítima entre la Comunidad Europea...*, cit., p. 455.

⁴⁴ Reglamento (CE) núm. 150/97 del Consejo de 12 de diciembre de 1996 relativo a la celebración del Acuerdo de cooperación en materia de pesca marítima entre la CE y el Reino de Marruecos y por el que se adoptan disposiciones para su aplicación, DO, n° L 30, 31.1.1997, p. 1. Sobre éste vid. OLESTI RAYO, *El Acuerdo de cooperación...*, cit., pp. 453-462.

⁴⁵ Art. 2. Por otra parte, su Protocolo reitera idéntica previsión que el precedente acuerdo de 1992 respecto a la pesca en la zona atlántica meridional al sur del paralelo 28° 44' N.

⁴⁶ DO núm. L 141, 29 de mayo de 2006. Para un estudio global del acuerdo vid. *per omnia* I. GONZÁLEZ GARCÍA, *Los acuerdos comunitarios de pesca con Marruecos...*, cit., pp. 521-563.

Marruecos, denominadas en lo sucesivo zona de pesca de Marruecos”. De esta manera, las instituciones europeas consideraban compatible su celebración al afirmar que ello no entrañaba un reconocimiento de las reivindicaciones de soberanía marroquí sobre el territorio⁴⁷. Por su parte, abundando en la misma idea, el dictamen del Servicio jurídico del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2006 sostenía que no se podía afirmar *a priori* que Marruecos no respetaría la obligación – derivada de la regla jurídica consuetudinaria sobre la libre determinación – de transferir las ventajas y, particularmente, los beneficios financieros derivados del Acuerdo concluido con la Comunidad a la población del Sáhara Occidental en tanto que titular del derecho exclusivo a la explotación de los recursos marinos vivos de las aguas saharauis.

Semejante planteamiento, sin embargo, ha sido cuestionado dado que el Acuerdo asume la condición de Marruecos como administrador de un territorio – cuando su total ausencia de título jurídico le relega a la naturaleza de mero ocupante del mismo – y prescinde de la necesaria consulta a la población acerca de la oportunidad misma de conclusión del acuerdo; tachas a las que se suma la de no prever en ningún caso mecanismos efectivos para asegurar el cumplimiento del Acuerdo en beneficio de la población – sólo una comisión mixta de aplicación (art. 10) se prevé – y no contemplar procedimiento alguno de suspensión o terminación en caso de incumplimiento grave⁴⁸.

Frente a esta posición, es cierto que el Parlamento Europeo se ha mostrado más sensible en defensa de los derechos e intereses del pueblo saharauí⁴⁹, siendo expresivo de ello su negativa a autorizar el Protocolo de Pesca de 2011 sobre la base del previo Informe Haglund⁵⁰. No es menos cierto, sin embargo, que la institución parlamentaria “volvió al redil” con ocasión de la aprobación del ulterior Protocolo de 2013 sobre la base del previo Informe Robles Fraga, que se sitúa en el centro del asunto que nos ocupa.

Obviamente, la actitud del Frente Polisario contraría abiertamente los desarrollos precedentes. Limitémonos a consignar que el representante legítimo del pueblo saharauí ha denunciado constantemente los sucesivos acuerdos y que incluso durante un periodo de tiempo (1977-1987) – en los momentos más álgidos de su enfrentamiento militar con

⁴⁷ Los diversos planteamientos esgrimidos por las partes a la hora de interpretar la fórmula eran, de un lado, la diversa condición – soberanía y jurisdicción, respectivamente – del Mar Territorial y la ZEE (Marruecos); de otro, la soberanía reconocida a Marruecos sobre sus espacios marítimos frente a la mera jurisdicción – como administrador *de facto* – de las aguas adyacentes al Sáhara Occidental, respecto a las cuales el negociador jefe – en nombre de la UE – reconocería el *ius ad tractatum* en manos de Marruecos (Cfr. T. ATMANE, *El Acuerdo pesquero entre la UE y Marruecos de 28 de julio de 2005*, en J.M. SOBRINO HEREDIA (coord.) *Mares y Océanos en un mundo en cambio: Tendencias jurídicas, actores y factores (XXI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, A Coruña, 22-24 de septiembre de 2005)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 138).

⁴⁸ Cfr. G. ANDREONE, *La nouvelle génération des Accords de pêche conclus par la Communauté Européenne avec les pays tiers*, en *ADMer*, t. XII, 2007, p. 346; J. SOROETA LICERAS, *La posición de la Unión Europea en el conflicto del Sáhara 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*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 34, 2009, pp. 823-864.

⁴⁹ J.D. TORREJÓN RODRÍGUEZ, *La Unión Europea y la cuestión del Sáhara occidental. La posición del Parlamento Europeo*, Reus, Madrid, 2014; A.M. BADIA MARTÍ, *La cuestión del Sáhara Occidental a la luz de la dimensión económica del principio de Autodeterminación de los pueblos coloniales*, en *El derecho a la libre determinación del pueblo del Sáhara Occidental. Del ius cogens...*, *cit.*, p. 78.

⁵⁰ Al respecto *vid.* J.M. SOBRINO, *Les relations euro-marocaines concernant la pêche*, en A. VALLE (dir.), *Inmigración, Seguridad y fronteras problemáticas de España, Marruecos y la Unión Europea en el área del estrecho*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 235-261; J.D. TORREJÓN RODRÍGUEZ, *El Parlamento Europeo, el Sáhara Occidental y el Acuerdo de pesca de 2006 entre la Unión Europea y Marruecos*, en *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, vol. 12, 2013, pp. 127-141. Aunque como hemos recordado en otro lugar, en la posición negativa del PE confluían asimismo entonces preocupaciones ecológicas de algunos grupos políticos e indiferencia ante un acuerdo de muy limitada importancia para el conjunto de los Estados miembros (“*A Bridge over Troubled Waters...*”, *cit.*, p. 270).

Marruecos – aún carente de legislación al efecto, adoptó medidas de carácter coercitivo con miras a afirmar su competencia exclusiva sobre los espacios marinos; nos referimos a lo que cabría tildar de “diplomacia de la zodiac”, concretada en numerosos incidentes – muchos de incierta autoría – que afectaron en aquel periodo a buques pesqueros que faenaban en las aguas saharianas⁵¹. En todo caso, con la adopción de la ya mencionada Ley de 2009 la RASD afirma su competencia para regular las actividades en aquellos y autorizar – eventualmente mediante los consiguientes tratados – el acceso a los mismos.

4. La postura del Abogado General: la aplicabilidad de los Acuerdos pesqueros al Sáhara Occidental y su consiguiente nulidad

Como ya hemos destacado, para cualquier atento observador parecían indudables las razones que asistían al Abogado General M. Whatelet cuando en sus Conclusiones del pasado enero asumía la plena aplicabilidad del Protocolo de pesca de 2013 a las aguas del Sáhara Occidental⁵². Advertía allí el Sr. Whatelet que:

“una interpretación del Acuerdo de pesca y del Protocolo de 2013 conforme con las normas de interpretación de los tratados enunciadas en el artículo 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados lleva a la conclusión de que sí son aplicables al territorio del Sáhara Occidental y a las aguas adyacentes a dicho territorio”⁵³.

Con objeto de fortalecer su posición, el Abogado General destacaba que, aunque los límites precisos de las zonas de pesca contempladas tanto en el Acuerdo de 2006 como en el Protocolo de 2013 no aparecían precisados en ellos, los mapas aportados por la Comisión revelaban que las actividades pesqueras previstas abarcaban “hasta la frontera marítima entre la República Islámica de Mauritania y el Sáhara Occidental, cubriendo así las

⁵¹ Sobre el particular *vid.* J. SOROETA LICERAS, *El conflicto del Sáhara Occidental, reflejo de las contradicciones y carencias del Derecho internacional*, Bilbao, 2001, pp. 231 y ss., así como nuestra contribución “*A Bridge over troubled Waters...*”, *cit.*, p. 268. Aunque se trataba del desarrollo de operaciones militares en la considerada como “zona de guerra” (Cfr. J.P. FRANCOU, *Les zones de guerre maritime aux plans stratégique et juridique. Une question ancienne toujours actuelle*, en *Espaces et Ressources Maritimes*, núm. 10, 1996, pp. 18-32) no resultaba difícil ver en ellos concomitancias con los numerosos y coetáneos incidentes relacionados con el ejercicio de la “policía pesquera” por parte de otros Estados costeros (Al respecto *vid.* P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Incidentes pesqueros y recurso a la fuerza. Estudio del apresamiento de buques pesqueros como medida de ejecución en el régimen internacional de pesquerías*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLI, 1989, núm. 1, pp. 7-41). En todo caso, algunas de aquéllas aún resuenan. En tal sentido, la Asociación Canaria de Víctimas del Terrorismo (ACAVITE) reclama el reconocimiento como tales de algunas de aquéllas por parte del Gobierno de España (*cf.* <<http://www.laopinion.es/canarias/2010/05/23/cruz-mar-asalto-nadie-reivindico/287092.html>>). La cuestión es compleja pues pese alguna medida anterior (v. gra. RD 249/2011, en aplicación de la Ley 32/1999, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, BOE, núm. 45, 22 de febrero de 2011), la condición de Movimiento de Liberación Nacional de aquel y la caracterización como “zona de guerra” del territorio del Sáhara Occidental excluyen *a priori* tal posibilidad (Cfr. F. PALACIOS ROMEO, *El Frente Polisario bajo el estatuto de Movimiento de Liberación Nacional. En torno a la vulneración de derechos fundamentales, estrategia de criminalización y banalización del hecho terrorista*, en *El derecho a la libre determinación del pueblo del Sáhara Occidental. Del ius cogens...*, *cit.*, pp. 111-160).

⁵² Atento observador o no tanto. Baste señalar que la publicidad de algunos distribuidores describe sin empacho la procedencia de Dajla – antigua Villa Cisneros – del “pulpo marroquí” comercializado en España. Un origen que también advierte el interesante programa de *Equipo de Investigación* difundido por el canal de TV, La Sexta; accesible en <http://www.lasexta.com/programas/equipo-investigacion/avances/es-siempre-pulpo-lo-que-nos-sirven-en-bares-el-adn-del-pulpo-el-viernes-en-equipo-de-investigacion_201802285a96971a0cf2daf69121b741.html>.

⁵³ Conclusiones de 10 de enero de 2018, ECLI:EU:C:2018:1, pto. 62.

aguas adyacentes a este último”⁵⁴. Añadía a todo ello que las informaciones facilitadas por la Comisión revelaban que el 91,5% del total de capturas al amparo de los acuerdos se realizaban en las aguas saharauis, lo que demostraría

“con claridad que desde un primer momento lo que las partes precisamente contemplaban es la aplicación a las aguas adyacentes al Sáhara Occidental tanto del Acuerdo de pesca como del Protocolo de 2013”⁵⁵.

Además, insistía, tanto de los precedentes acuerdos – incluidos los concluidos por España con anterioridad a su adhesión a la CEE – como de los actos realizados por Marruecos, así como de diferentes declaraciones realizadas por los Estados con ocasión de la conclusión del Protocolo de 2013 se desprendía claramente su aplicabilidad a las aguas adyacentes al Sáhara Occidental, por lo que instaba al Tribunal a determinar si tal circunstancia afectaba a “la legalidad” de los acuerdos, “a la luz del artículo 3 TUE, apartado 5, y de las normas del Derecho internacional”⁵⁶.

Finalmente, con miras a concretar las normas de Derecho internacional infringidas el AG se libraba a un pormenorizado examen en el que destacaba, de un lado, la obligación de la UE de respetar el derecho a la libre determinación de los pueblos y el carácter plenamente justiciable de sus actos a la luz del mismo⁵⁷, de otro, el necesario respeto al principio de la soberanía permanente del pueblo saharauí sobre sus recursos naturales, análisis que además proyectaba a la luz de las normas del Derecho internacional humanitario, dado que el AG consideraba no sólo la hipótesis de una eventual administración *de facto* ejercida por Marruecos sino la eventualidad de una ocupación militar⁵⁸. Todo lo cual, llevaba al AG a concluir que:

“De todo lo anterior resulta que los actos impugnados, que son aplicables al territorio del Sáhara Occidental y a las aguas adyacentes, en tanto en cuanto están bajo la soberanía o jurisdicción del Reino de Marruecos, vulneran la obligación de la Unión de respetar el derecho del pueblo de dicho territorio a la libre determinación, así como su obligación de no reconocer una situación ilegal resultante de una vulneración de dicho derecho y de no prestar ayuda ni asistencia para el mantenimiento de la situación. Además, por lo que se refiere a la explotación de los recursos naturales del Sáhara Occidental, los actos impugnados no establecen las garantías que permitan asegurar que dicha explotación se realice en beneficio del pueblo de dicho territorio.”⁵⁹

5. Las posiciones de las Instituciones (Consejo y Comisión) y de los Estados miembros: la aplicabilidad de los Acuerdos pesqueros a un territorio administrado *de facto* por Marruecos y su consiguiente validez

Frente a este planteamiento, en la vista oral celebrada el 6 de septiembre de 2017, tanto el Consejo como la Comisión – apoyados por Francia, España y Portugal – defendían la aplicabilidad de los acuerdos a los espacios marinos concernidos, si bien, obviamente, sostenían que se trataba de actos plenamente válidos. Para ello, el Consejo y la Comisión –

⁵⁴ *Ibid.*, pto. 69.

⁵⁵ *Ibid.*, pto. 70.

⁵⁶ *Ibid.*, pto. 75.

⁵⁷ *Ibid.*, pto. 105-129.

⁵⁸ Como tuvimos ocasión de destacar en nuestro precedente comentario, era el suyo un análisis laborioso, con un importante aparato documental y doctrinal, en el que se describían minuciosamente los diferentes acontecimientos históricos relativos al territorio, y se consideraban tanto el Derecho como la práctica comparadas en otros supuestos de territorios no autónomos y en situaciones de ocupación militar (“El Sáhara de nuevo en Luxemburgo...”, *cit.*).

⁵⁹ *Ibid.*, pto. 293.

junto al Gobierno francés – aducían la condición de Marruecos como “potencia administradora *de facto*” del territorio, lo que le habilitaría para concertar acuerdos aplicables “al Sáhara Occidental y a las aguas adyacentes, sin conculcar el derecho de su pueblo a la libre determinación”⁶⁰. En apoyo de esta idea, la Comisión precisaba que con independencia del régimen jurídico-internacional concretamente aplicable – tratárase de la administración de un territorio no autónomo o de uno sometido a ocupación militar – la explotación de los recursos naturales del mismo habría de realizarse “en beneficio del pueblo del Sáhara Occidental”⁶¹, coincidiendo junto con el Consejo en que “las disposiciones del acuerdo de pesca, así como del Protocolo de 2013, son idóneas para garantizar que así ocurra efectivamente”⁶².

Por su parte, aunque Marruecos no participaba directamente en el procedimiento, sí lo hacía la COMADER – un *lobby* empresarial marroquí⁶³. No obstante, los medios de comunicación gubernamentales y particularmente la oficial Agencia de Prensa marroquí (MAP) desarrollaban una intensa campaña en contra una hipotética resolución desfavorable del Tribunal en la que se llegaba al punto de equiparar los efectos de una sentencia adversa ¡a una victoria para los independentistas catalanes!⁶⁴.

Sin embargo, el Tribunal va a desatender unas y otras peticiones adoptando otro enfoque.

6. *El planteamiento del Tribunal: el poder taumatúrgico de la interpretación y la imposible aplicación de los acuerdos al Sáhara Occidental*

Y es que el Tribunal va a optar – tal como hiciera en su decisión de 2016 – por una argumentación que de generalizarse llevaría, nos tememos, a hacer innecesario el control jurisdiccional en relación con el respeto por la UE del Derecho internacional. Esta exigencia, derivada – como bien remachaba el Abogado General – del art. 3.5 del TUE, impone el “estricto respeto” del “Derecho internacional”, así como de “los principios de la Carta de las Naciones Unidas”, lo que llevará al Tribunal a defender una interpretación de los acuerdos que concibe necesariamente alineados con tales exigencias, sin que le quepa imaginar la posibilidad de que los mismos hayan podido ser concluidos desatendiéndolas; en suma, todos los esfuerzos del Tribunal se van a orientar en el sentido de postular la

⁶⁰ *Ibid.*, pto. 217. El Abogado General advierte, sin embargo, que este último argumento no es refrendado por los Gobiernos español y portugués, “limitándose el Gobierno español a afirmar que Marruecos no es la potencia ocupante del Sáhara, sin precisar, sin embargo, en qué condición podría entonces celebrar” dichos acuerdos (*Ibid.*, pto. 219).

⁶¹ *Ibid.*, pto. 268.

⁶² *Ibid.*, pto 269.

⁶³ Se trata de la Confédération marocaine de l’agriculture et du développement rural, entidad que agrupa a una veintena de federaciones interprofesionales marroquíes, que aglutinan a su vez a más de 250 asociaciones nacionales y regionales agrícolas y agro-industriales.

⁶⁴ Debe de advertirse que la posición oficial marroquí tilda al Frente Polisario de movimiento separatista y no vacila a la hora de establecer paralelismos entre éste y organizaciones secesionistas. De ahí que la MAP diera eco a la opinión del Profesor emérito de Derecho Financiero de la Universidad París II (Panthéon-Assas) y antiguo colaborador del Gobierno marroquí, J.C. Martínez, quien advertía – sin sonrojarse – que: *Should the ECJ follow the Advocate General’s recommendation in its judgement, this would set a dangerous precedent. Groups advocating Kurdish or Catalan independence will feel entitled to challenge the legality of treaties signed between the Commission and Turkey or Spain... Catalan NGOs, such as Esquerra Republicana, will predictably start challenging all treaties signed by Madrid and Brussels, because they apply de facto in Catalonia*” (Cfr. *Morocco-EU fisheries Deal: Legal Experts Warn against ECJ Meddling in International Treaties*, en *Sahara Question*, 9 de febrero de 2018).

imposibilidad de que un acuerdo celebrado por la UE pueda transgredir tales normas jurídicas.

Avancemos que, para llegar a este resultado, el Tribunal seguirá la senda trazada en la sentencia de 2016, pero la semejanza del asunto no debe inducir a equívoco. En aquella se juzgaba la aplicabilidad y la eventual validez de un acuerdo que sólo de modo incidental afectaba a la cuestión del Sáhara Occidental, pese a que fuera el Frente Polisario el promotor del litigio. En este en cambio se trataba de unos Acuerdos en los que su aplicabilidad a este territorio – o más precisamente a sus espacios marinos aledaños – resultaba consustancial, pudiendo caracterizar tal empeño como su objetivo central. Sin embargo, el Tribunal no parará mientes en ello y, de nuevo, con base en el Derecho internacional, aunque con una parquedad argumentativa que contrasta profundamente con su anterior decisión de 2016⁶⁵, postulará la validez del acuerdo, aunque ceñido a una interpretación que distorsiona en absoluto el que ha sido hasta ahora su marco efectivo de aplicación.

6.1. *La competencia del Tribunal para controlar la validez de un acuerdo internacional en vía prejudicial*

Una primera cuestión que llama poderosamente la atención es el hecho de que el Tribunal, al aceptar el invite del Abogado General, decida resolver la primera y no la segunda de las cuestiones prejudiciales subsistentes⁶⁶. De hecho, esta última, requería de él que precisara:

“si podía autorizarse a una persona jurídica cuya legitimación activa, como es el caso de la demandante de los asuntos principales, está acreditada en el Derecho interno a impugnar, por motivos basados en que la Unión haya infringido el Derecho internacional, la validez de acuerdos internacionales como el Acuerdo de Asociación, el Acuerdo de Colaboración y el Protocolo de 2013 y la validez de los actos por los que éstos se celebraron y aplicaron⁶⁷”

Lo que habría conducido inexorablemente a incidir en la cuestión de la invocabilidad por los particulares y, presumiblemente, a responder negativamente a la misma. De ahí, que haya podido sostenerse que al actuar así el Tribunal realiza “una singular inversión de las cuestiones de admisibilidad y de fondo” pues la respuesta a la primera no depende de la segunda e *in extremis* una respuesta negativa a aquella hubiera hecho innecesario resolver la cuestión de fondo⁶⁸. Semejante proceder, abona la idea -sobre la que volveremos – de que el Tribunal obra de este modo para solventar de, una vez por todas, la “saga saharauí” ante las instancias jurisdiccionales europeas.

Descartada esta opción se trataba de dilucidar si en el contexto de una cuestión prejudicial cabía abordar la validez de un tratado (“acuerdo internacional”). En este punto,

⁶⁵ Como se señalara, la decisión de 2016 consideraba y ponía en valor las normas internacionales relevantes y se acompañaba de referencias tanto a las Resoluciones de Naciones Unidas como a los diferentes pronunciamientos de la CIJ con incidencia en el tema (E. DÍEZ PERALTA, *El Sáhara Occidental: una piedra en el camino...*, cit., p. 4). En cambio, llevado de una criticable economía argumental la decisión de 2017 omite – en ocasiones de forma muy significativa (véase más abajo) – buena parte de aquellas referencias.

⁶⁶ Las dos primeras habían quedado desprovistas de objeto al incidir sobre la supuesta aplicación al territorio del Sáhara del Acuerdo de Asociación UE-Marruecos, descartada por el TJUE en su decisión de 2016, por lo que, requerido el órgano jurisdiccional remitente, éste acordaba mantener sólo las dos últimas relativas respectivamente a la validez de los acuerdos y a su invocabilidad por los particulares recurrentes (Sentencia TJUE de 27 de febrero..., cit., apdo. 41)

⁶⁷ *Ibid.*, apdo. 38. Tal como veremos, la resolución del caso llevará al Tribunal a considerar innecesario responder a la misma (apdo. 87).

⁶⁸ D. SIMON, *Applicabilité des accords entre l'Union européenne et le Royaume du Maroc au territoire du Sahara occidental. Acte II*, en *Europe*, vol. 28 (4), 2018, p. 9.

el Consejo insistía en que sólo los actos de la UE relativos a su conclusión podían ser considerados por el Tribunal de Justicia y que la vía pertinente no habría de ser otra sino el oportuno recurso de anulación que resultaría obviamente extemporáneo⁶⁹. Para el Tribunal, sin embargo, el tema no plantea dudas pues la competencia prejudicial atribuida se extiende a todos los actos de las instituciones “sin excepción alguna”⁷⁰, de suerte que “los acuerdos internacionales celebrados por la Unión en virtud de lo dispuesto en los Tratados constituyen, por lo que respecta a la Unión, actos adoptados por sus instituciones”⁷¹. De lo que extrae que:

“los acuerdos de esas características forman parte integrante, a partir de su entrada en vigor, del ordenamiento jurídico de la Unión. Por lo tanto, sus disposiciones deben ser plenamente compatibles con los Tratados y con los principios constitucionales que se derivan de ellos. Más en concreto, por una parte, su contenido material debe ser compatible con las normas que rigen las competencias de las instituciones de la Unión y con las normas sustantivas relevantes. Por otra parte, sus modalidades de celebración deberán ser conformes con las normas de forma y procedimiento que sean de aplicación en el Derecho de la Unión”⁷².

No existiendo límites al ejercicio de su función jurisdiccional, el Tribunal afirma luego que su control se ejerce no sólo en cuanto a la conformidad de tales actos al Derecho de la Unión – y en primer término obviamente respecto de sus normas supremas, los tratados constitutivos – sino también respecto de “las normas de Derecho internacional que, de conformidad con los mismos, vinculen a la Unión”⁷³. Es cierto sin embargo que el Tribunal no admite que en el marco de la cuestión prejudicial se pueda cuestionar directamente la validez de un acuerdo concluido por la UE, aunque sí lo que cabría denominar su “efecto reflejo”, esto es, los actos de las instituciones por los que se autoriza su conclusión, posibilitando un control que alcanzaría a la postre a aquéllos⁷⁴. En este punto, es obvio, que el Tribunal asume que las exigencias de la UE en tanto que Unión de Derecho también comprenden la sumisión de ésta a las normas internacionales y el consiguiente control de su respeto por parte del propio Tribunal.

Al obrar de esta suerte, además, el Tribunal descarta de raíz la eventual incidencia negativa de las evidentes connotaciones políticas del asunto, puestas de manifiesto por el Abogado General, quien, sin embargo, excluía que pudieran tener por efecto impedir la intervención del Tribunal, pues:

“Ciertamente, varias de las respuestas que habrán de darse a estas cuestiones tendrán ramificaciones políticas. Sin embargo, como ha declarado la Corte Internacional de Justicia, «el hecho de que una cuestión jurídica también presente aspectos políticos, “como, por la naturaleza de las cosas, ocurre con tantas cuestiones que surgen en la vida internacional”

⁶⁹ Apdo. 42.

⁷⁰ Apdo. 44.

⁷¹ Apdo. 45. En su apoyo cita las sentencias de 16 de junio de 1998, *Racke*, C-162/96, EU:C:1998:293, apdo. 41, y de 25 de febrero de 2010, *Brita*, C-386/08, EU:C:2010:91, apdo. 39.

⁷² Apdo. 46.

⁷³ Apdo. 48.

⁷⁴ Apdo. 51. Al obrar así, sin embargo, el Tribunal excluye asumir las afirmaciones postuladas por el Abogado General que le recordaba su precedente decisión *Rosneft* (asunto C-72/15, EU:C:2017:236), donde el Tribunal advertiera las exigencias inherentes a “un sistema *completo* de vías de recurso y de procedimientos destinado a garantizar el control de la legalidad de los actos de la Unión” (Conclusiones..., cit., pto. 47). Recuérdese que en aquel asunto también era M. Whatelet el Abogado General y también allí postulaba una ampliación del control jurisdiccional por el cauce de la cuestión prejudicial – sólo que referido a los actos de la PESC – que obtuvo el favor del Tribunal de Justicia (Al respecto, véase P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Mejorando la Lex Imperfecta: Tutela judicial y cuestión prejudicial en la PESC (a propósito del asunto Rosneft)*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 58, 2017, pp. 871-903).

no basta para privarla de su carácter de “cuestión jurídica” ni para “privar a la Corte de una competencia que le ha sido expresamente conferida por su Estatuto [...]” Cualesquiera que sean los aspectos políticos de la cuestión, la Corte no puede negarse a admitir el carácter jurídico de una cuestión que la invita a desempeñar una tarea esencialmente judicial [...]»⁷⁵

De hecho, al asumir implícitamente el rechazo de la doctrina del acto político (*Political Question Doctrine*)⁷⁶, el Tribunal puede librarse a un análisis en donde será, en principio, el Derecho internacional el canon de referencia para examinar el acuerdo. Anticipemos, sin embargo, que éste cobra a la luz de la posición que desarrollará el Tribunal unos contornos singulares; algo que no ha de sorprender a los conocedores de las peculiares relaciones que ha venido tejiendo la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en su aproximación al ordenamiento jurídico internacional.

Esta afirmación prelude el análisis al que se librará el Tribunal y en el que será el Derecho internacional el canon de referencia para examinar el acuerdo.

6.2. *El mágico efecto de la interpretación: un singular control judicial del respeto del Derecho internacional por parte de la UE*

Ahora bien, en su decisión va a ser ciertamente más lacónico que en la precedente de 2016. De hecho, ni siquiera, pese al aparente peso que juega en su planteamiento el principio de libre determinación de los pueblos, juzga necesario extenderse sobre él. No es sólo que no lo identifique con la noción de *jus cogens*, tal como apuntara implícitamente el Abogado General en sus Conclusiones⁷⁷, sino que ni siquiera retiene ahora la referencia a su naturaleza *erga omnes* que recogía la Sentencia de 2016⁷⁸.

De nuevo, el punto de partida es la idea de que la interpretación de los acuerdos debe de ajustarse a las normas del Derecho internacional, guiada por las tantas veces citadas reglas del art. 31 de la Convención de Viena, cuya aplicación postula – obviamente no *ex*

⁷⁵ Conclusiones..., cit., pto. 3. La cita de la CIJ procede de su opinión consultiva de 9 de julio de 2004, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* (CIJ Recueil, 2004, p. 136, párr. 41). El relieve que confiere el Abogado General a este texto a lo largo de sus Conclusiones no es baladí, pues acentúa las similitudes entre el caso saharauí y el palestino. Por otra parte, ha de recordarse que ya la sentencia del TG de 2015 había movido a Marruecos a denunciar lo que consideraba una decisión política (Ferrer Lloret, 2017: 59, n. 152); de ahí que las nuevas conclusiones de M. Whatelet fueran juzgadas por los medios gubernamentales marroquíes como “escandalosas y extremistas” al tiempo que su agencia oficial de noticias lanzaba una campaña difamatoria contra aquel (Cfr. *Sahara Question*, 13 de enero de 2018, accesible en <<https://sahara-question.com/fr/>>).

⁷⁶ La cuestión planeaba sobre el caso; de hecho, no por casualidad, desde el ya mencionado asunto *Rosneft* cierto sector doctrinal defiende la acogida de este constructo del Derecho estadounidense para limitar la competencia del TJUE en cuestiones relacionadas con la acción exterior. Al respecto, vid. L. LONARDO, *The Political Question Doctrine as Applied to Common Foreign and Security Policy*, in *European Foreign Affairs Review*, vol. 22, 2017, pp. 571-587.

⁷⁷ En tal sentido, Conclusiones..., pto. 129. En nuestro precedente comentario ya advertíamos que el AG sostenía esta caracterización implícitamente, al retomar literalmente los términos de las consecuencias derivadas de la violación grave de una norma imperativa de derecho internacional, *apud* art. 41 del Proyecto de artículo sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, 56º período de sesiones, Suplemento nº 10 (A/56/10)*) (Al respecto, véase nuestra aportación *El Sáhara Occidental de nuevo en Luxemburgo...*, cit., n. 26).

⁷⁸ Sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Consejo/Frente Polisario*, C-104/16 P, EU:C:2016:973, apdo. 88. Allí tras aludir a la caracterización presente en la opinión consultiva de la CIJ de 26 de octubre de 1975 en el asunto del Sáhara Occidental y al reconocimiento del principio en el art. 1 de la Carta de las Naciones Unidas se afirmaba, con apoyo en el *obiter dictum* de la CIJ en su Sentencia de 30 de junio de 1995 en el asunto *Timor Oriental (Portugal c. Australia)* (C.I.J. Recueil 1995, p. 90, pr. 29), que “Además, es un derecho invocable *erga omnes* y uno de los principios esenciales del Derecho internacional”.

pactu – sino que en tanto que expresión del Derecho internacional consuetudinario⁷⁹. Así, y retomando los términos de su precedente Sentencia de 21 de diciembre de 2016:

“incluir el territorio del Sáhara Occidental en el ámbito de aplicación del Acuerdo de Asociación conculcaría determinadas normas de Derecho internacional general que son de aplicación a las relaciones de la Unión con el Reino de Marruecos, como son el principio de libre determinación – que se reitera en el artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas – y el principio de efecto relativo de los tratados – del que el artículo 34 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados constituye una expresión concreta...”⁸⁰

Si resulta reconfortante escuchar al Tribunal ponderando la relevancia de una interpretación de los acuerdos que privilegia su necesaria concordancia con las normas del Derecho internacional, no es menos sorprendente que esta interpretación no siga el curso lógico dispuesto por las propias reglas de la Convención de Viena, en donde se invita al intérprete a acudir en primer lugar a los propios términos del acuerdo – el texto – seguido luego de la consideración de su contexto – que en los términos de la Convención – es eminentemente intrínseco al propio acuerdo, pues comprende exclusivamente los acuerdos o instrumentos relativos al mismo concertados o aceptados con ocasión de su conclusión, relegando p.e. las circunstancias existentes a un papel meramente subsidiario en el proceso interpretativo⁸¹. En cambio, el Tribunal prescinde de aquéllos en su análisis para centrarse en lo que en el Derecho interno denominaríamos el elemento sistemático: es así como el Tribunal recalca en el denominado “principio de integración sistémica” contemplado en el art. 31.3.c) de la mencionada Convención, que prevé la toma en consideración a efectos interpretativos de “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, insertando en su “entorno normativo” la interpretación de las obligaciones convencionales⁸². En esa labor, sin embargo, el Tribunal prescinde ahora de considerar expresamente la cláusula de aplicación espacial contenida en el art. 29 de la Convención de Viena, siendo así que por su contenido hubiera debido de tenerse en cuenta a la hora de abordar la cuestión; de hecho, tal como hiciera en su decisión de 2016.

Por otra parte, el efecto taumatúrgico que cobra el meritado principio de integración sistémica en manos del Tribunal se concreta en el recurso a sendos principios de Derecho internacional, aunque de muy desigual valor. Se trata respectivamente del principio de la libre determinación de los pueblos y el del efecto relativo de los tratados. En cuanto al primero, sin embargo, el Tribunal – lejos de establecer la contrariedad entre los Acuerdos y el mismo, como le invitaba a hacer el AG⁸³ – se limita a consignar que las obligaciones que pesan sobre la UE hacen tal conflicto imposible, lo que nos induce a sostener la vacuidad de un control judicial que da por sentado que ¡el conflicto normativo y la consiguiente violación de las normas resulta impensable en el obrar de la UE! En lo que hace al segundo

⁷⁹ No puede ser de otro modo, dado que la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sólo vincula a los Estados y la homóloga de 1986 – esta sí aplicable a las organizaciones internacionales y de contenido en sustancia semejante – no se encuentra aún en vigor.

⁸⁰ Sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Consejo/Frente Polisario*, cit., apdos. 88 a 93, 100, 103 a 107 y 123.

⁸¹ P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, J.A. GONZÁLEZ VEGA (coord.), *Sistema de Derecho internacional Público*, 4ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2016, pp. 240-242.

⁸² *Ibid.*, p. 242. Sobre el mismo y su papel nos extendemos en nuestra aportación *La Guerra de los Mundos...*, cit.

⁸³ Conclusiones..., cit., pto. 293. Que no lo haga el Tribunal de Justicia es comprensible; ni siquiera la CIJ osó hacerlo en 1995 en el mencionado asunto de Timor Oriental, escondiéndose tras la argucia procesal del “tercero indispensable”. Sobre la noción y su invocación en el asunto que comentamos por parte de Consejo y Comisión – evocada asimismo en las cuestiones formuladas por el órgano jurisdiccional remitente (Sentencia de 27 de febrero de 2018..., cit., apdos. 38 y 41.b) – que rechazaba el AG (Conclusiones..., cit., pto. 57) ya nos hemos extendido en nuestra anterior aportación (*El Sáhara Occidental, de nuevo, en Luxemburgo...*, cit.). En todo caso, el Tribunal no repara en ella.

– el efecto relativo de los tratados⁸⁴ – nos sitúa ante un planteamiento en el que el Tribunal propugna una lectura del mismo cuando menos inexacta, al derivar de él la imposibilidad de que los acuerdos en cuestión puedan aplicarse al Sáhara Occidental. Y es que, en puridad, el efecto relativo de los tratados – concreción en el plano internacional del conocido principio *pacta tertiū neque nocet neque prosunt* – no supone sino que un tratado no obliga a un tercero sin su consentimiento, refrendando la naturaleza fundamentalmente voluntarista del orden jurídico internacional y corolario de la soberanía e independencia de los Estados⁸⁵, mas sin imponer un límite a la aplicación espacial de un tratado más allá de los territorios de las partes; sostener otra cosa implicaría ni más ni menos negar la eficacia extraterritorial de las normas, algo que – pese a las numerosas controversias en cuanto a sus confines – no cabe admitir en modo alguno.

Es por ello que pensamos que el recurso al principio del efecto relativo de los tratados deriva de la “perversa atracción” del asunto *Brita*, recurrentemente citado por el Tribunal en ésta y en la previa decisión de 2016. Pues bien, en aquel asunto su consideración – junto al principio de libre determinación – si resultaba pertinente toda vez que el caso interesaba a un conflicto entre compromisos convencionales: los respectivos Acuerdos de Asociación entre la UE e Israel y la UE y la Autoridad Palestina (Palestina) suscritos por diferentes sujetos internacionales y por consiguiente con ámbitos de aplicación espacial claramente definidos y excluyentes. Esta singularidad no está presente en cambio en el asunto que comentamos pues, como se advirtiera a propósito de la decisión de 2016, “la Unión Europea no ha firmado – ni previsiblemente firmará – un acuerdo de estas características con el Frente Polisario, representante del Sáhara Occidental a todos los efectos”⁸⁶. Es cierto, no obstante, que con la mención queda en pie la incógnita planteada ya entonces por el Tribunal – y no despejada – acerca del tercero con capacidad convencional respecto al territorio en cuestión: ¿Se trata de la población del Sáhara Occidental? ¿Del pueblo del Sáhara Occidental? ¿Del Frente Polisario? ¿De la República Árabe Saharaui Democrática? ¿Del Reino de España?⁸⁷

6.3. *Un nuevo toque de prestidigitación: la inexistente intención común de las partes y la imposible aplicación de los acuerdos pesqueros al Sáhara Occidental*

A continuación, el Tribunal vuelve sobre su interpretación sistemática – cuyos poderosos efectos taumatúrgicos acabamos de apreciar – para rechazar una comprensión de los acuerdos en causa que pueda contrariar el respeto de las normas del Derecho internacional. Y lo hace para descartar la posibilidad de que los términos de los acuerdos confieran a éstos – en concreto a la noción de “jurisdicción marroquí” – un “sentido especial” por voluntad de las Partes⁸⁸. De esta suerte, afirma el Tribunal:

⁸⁴ La noción ya aparecía en la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, apdos. 100 a 107.

⁸⁵ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, GONZÁLEZ VEGA (coord.), *Sistema de Derecho internacional...*, cit., p. 37. Para un más profuso examen del principio remitimos a nuestra aportación *La Guerra de los Mundos...*, cit.

⁸⁶ Díez PERALTA, *El Sáhara Occidental: una piedra en el camino...*, cit., p. 5.

⁸⁷ Y es que, aunque como se advirtiera a propósito de aquella decisión, sería verosímilmente el Frente Polisario el beneficiario, el Tribunal no osó siquiera señalarlo (FERRER LLORET, *El conflicto del Sáhara occidental ante los Tribunales...*, cit., p. 46). En todo caso, la alusión al Reino de España no es baladí, pues el AG M. Whatelet había considerado tal posibilidad en sus precedentes conclusiones en el asunto resuelto en 2016 (Cfr. Conclusiones, 13 de septiembre de 2016, C-104/16 P, EU:C:2016:677, pto. 188). Sobre las implicaciones de las diferentes alternativas esbozadas remitimos a nuestro trabajo *La Guerra de los Mundos...*, cit.

⁸⁸ Tal como hemos advertido, es la noción de “jurisdicción” la clave en la que se ha apoyado desde 1986 en el caso de la CEE/UE – y desde 1975 en el caso español – la aplicación de los sucesivos acuerdos pesqueros con Marruecos. En todo caso, que se trata de un “sentido especial” del término queda claro en el hecho de que no es la noción de “jurisdicción” retenida en el art. 56.1.b) de la Convención de Naciones Unidas sobre derecho

“Sin embargo, por lo que se refiere a la expresión «las aguas bajo soberanía [...] del Reino de Marruecos» del artículo 2, letra a), del Acuerdo de Colaboración, *debe señalarse que resultaría contrario a las normas de Derecho internacional a que se refiere el apartado 63 anterior, las cuales deben ser respetadas por la Unión y se aplican mutatis mutandis al caso de autos, subsumir bajo esa denominación en el ámbito de aplicación del Acuerdo de Colaboración las aguas adyacentes directamente a la costa del territorio del Sáhara Occidental. Por consiguiente, la Unión no ha de ser partícipe de la intención que pudiera tener el Reino de Marruecos de subsumir bajo esa denominación las aguas en cuestión en ese mismo ámbito de aplicación.*”⁸⁹

Repárese en la objeción que dirige el Tribunal cuando alerta de que “la Unión no ha de ser partícipe”, pues si es encomiable que el Tribunal recuerde que las normas internacionales han de ser respetadas por la Unión ¿Acaso tal consideración excluye que la Unión pudiera convenir algo que las contrariara? De ser así ¿Qué sentido tiene un control de validez que siempre – conforme sostiene aquí el Tribunal – debería ver en los acuerdos actos rigurosamente conformes a las reglas jurídico-internacionales en que se enmarcan?

También resulta decisiva su ulterior afirmación, con la cual – con un punto de cinismo – el Tribunal rebate la supuesta intención común de las partes acerca de la noción de “jurisdicción” en cuestión. Dice ahí el Tribunal:

“Por lo que atañe a la expresión «las aguas bajo [...] jurisdicción del Reino de Marruecos» que figura en la misma disposición, 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. *No obstante, sin que sea siquiera necesario analizar si la posible intención común de las partes del Acuerdo de Colaboración de dar a la expresión un sentido especial para tener en cuenta las circunstancias mencionadas hubiera sido conforme con las normas de Derecho internacional que vinculan a la Unión*, baste señalar al respecto que en el presente asunto no puede en ningún caso hablarse de tal intención común, puesto que el Reino de Marruecos ha negado categóricamente ser potencia ocupante o potencia administradora del Sáhara Occidental.”⁹⁰

Se plantea aquí si, al margen de las previas consideraciones literalistas en torno a las nociones de “soberanía” y “jurisdicción” retenidas por el Tribunal, el acuerdo podría resultar aplicable a las aguas del Sáhara Occidental con base en otros argumentos y en concreto los poderes que *de facto* ejercería Marruecos sobre dichos espacios. Ciertamente, esta es la cuestión clave, pues las anteriores nociones entrañaban unas implicaciones que ni la UE ni sus Estados miembros pretendían suscribir; esto es, el reconocimiento de la soberanía marroquí sobre el territorio controvertido y sus espacios marinos⁹¹.

La primera cuestión se centra en la noción de “potencia administradora *de facto*”, un constructo derivado del controvertido “dictamen Corell”, conforme al cual Marruecos ejercería “de hecho” unas competencias sobre el territorio del Sáhara Occidental – al modo

del Mar – que se limita a contemplar el ejercicio por el Estado ribereño de unas competencias limitadas en materia de establecimiento y utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras, investigación científica marina y protección y preservación del medio marino – sino la noción más lata del ejercicio de competencias por un Estado sobre un espacio al margen de un título territorial legítimo. En el caso, los poderes – la “jurisdicción efectiva” – que ejerce Marruecos como ocupante del territorio del Sáhara Occidental sobre éste y los espacios marinos aledaños.

⁸⁹ Apdo. 71. Cursivas añadidas.

⁹⁰ Apdo. 72. Cursivas añadidas.

⁹¹ Contra esta afirmación, el AG Whatelet había sostenido en sus precedentes conclusiones en el precedente asunto *Consejo/Frente Polisario*, C-104/16 P, que “la aplicabilidad (del acuerdo) implica de forma necesaria e inevitable el reconocimiento” (Conclusiones de 13 de septiembre de 2016, ECLI:EU:C:2016:677, apdo. 85). Sin embargo, las salvedades con las que siempre se ha rodeado la relación con Marruecos por parte de las instituciones de la UE a propósito del territorio del Sáhara Occidental (vid. *infra*) prueban lo contrario.

y manera de las atribuidas a las Potencias administradoras de los territorios autónomos – con unas exigencias anudadas a la idea de obrar en pro de los intereses de la población de dicho territorio en lo atinente a la explotación de sus recursos naturales⁹². Se trata de una caracterización polémica toda vez que semejante planteamiento choca con la circunstancia de que la única potencia administradora, España, ha resignado – ilegalmente⁹³ – sus funciones haciendo inviable el desarrollo de aquellas actividades en el sentido pretendido. Y aunque, ciertamente, Marruecos al ocupar el territorio ha podido presentarse como una «potencia administradora *de facto*», sin embargo, tal aseveración es una falacia carente de todo fundamento en el Derecho internacional y en la práctica de las Naciones Unidas, pues como se ha sostenido:

“las potencias administradoras “de facto” no existen, existen las potencias administradoras identificadas como tales por Naciones Unidas, en este caso España, y obligadas a cumplir con el artículo 73 de la Carta y con la libre determinación de los pueblos como norma de *jus cogens*. Esta relación jurídica, no es sinalagmática, no hay reciprocidad entre España y el pueblo saharauí, sino que sólo Naciones Unidas puede relevar a España de su función. Además, en la práctica de Naciones Unidas jamás se ha conocido esta categoría que no es asumida por los órganos de la Organización, simplemente porque no existe ni en la Carta ni en las resoluciones sobre descolonización, que se han basado en la existencia de un territorio no autónomo, una potencia colonial y administradora y el papel de Naciones Unidas. Ni siquiera la más que dudosa posición de las Instituciones de la Unión Europea, cuando tratan a Marruecos como potencia administradora *de facto*, son admisibles; se basan en un *desiderátum* de ese país para ocultar su verdadero rostro; es decir, la condición ilegítima en la que explota los recursos naturales del Sahara Occidental”⁹⁴.

En cuanto a la segunda, referida a la condición de potencia ocupante – entiéndase militar – del territorio parte de asumir la radical ilegalidad de la presencia marroquí en el territorio. Se trataba, no obstante, de una de las alternativas esbozadas por el AG Whatelet⁹⁵ y, desde luego, se compadece con la situación realmente existente aun cuando el conflicto armado se encuentre temporalmente suspendido desde 1991. En todo caso, una indagación por esa vía habría conducido a rechazar frontalmente la validez de la aplicación territorial de los acuerdos, dadas las severas limitaciones inherentes a la *occupatio bellica* – en donde la explotación económica de los recursos se subordina a la sola y exclusiva necesidad militar – lo que no acontece obviamente en el caso del Sáhara Occidental⁹⁶.

Sea como quiera, ambas nociones habían sido evocadas por el AG a la hora de abordar la presencia y el control marroquí sobre el territorio y los espacios marinos aledaños y, desde luego, al menos la primera de ellas era el cauce explicativo que sustentaban tanto el Consejo como la Comisión para postular la aplicación de los acuerdos en causa a las aguas saharauis⁹⁷.

⁹² 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, *Doc. NU, S/2002/161*, 12 de febrero de 2002, párrs. 7 y 8. Su autor era el diplomático sueco Hans Corell.

⁹³ Al respecto, véase C. RUIZ MIGUEL, *Las obligaciones legales de España como potencia administradora del Sahara Occidental*, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 26, 2010, pp. 319-322.

⁹⁴ R. RODRÍGUEZ MAGDALENO, *La explotación de los recursos del Sahara Occidental*, en la obra colectiva *Sahara Occidental: Cuarenta años construyendo resistencia*, Zaragoza, 2016, pp. 245-246.

⁹⁵ Conclusiones..., cit., ptos. 234-255.

⁹⁶ Véase el análisis en tal perspectiva ofrecido por RODRÍGUEZ MAGDALENO, *La explotación de los recursos...*, cit., pp. 248-253.

⁹⁷ Como se ha recordado, esta posición -sustentada en el apuntado Informe Corell- ya era compartida por éstas al menos desde 2009 y fue explicitada en 2011 por la, entonces, Alta Representante, C. Ashton (J.D. TORREJÓN RODRÍGUEZ, *Aspectos recientes de la acción exterior de la Unión Europea ante el conflicto del Sáhara*

Como se advierte, sin embargo, el Tribunal no juzga necesario entrar en su análisis y con ello, como afirma, elude de seguido la altamente comprometedor indagación acerca de su posible conflicto con las normas del Derecho internacional general aplicables – fundamentalmente, la libre determinación de los pueblos – dado que no existe a su juicio una intención común – una caracterización compartida – de las partes acerca del espacio al que resultarían eventualmente aplicables las reglas de los acuerdos, toda vez que para la UE se trataría de un espacio sometido a “administración *de facto*” del Reino de Marruecos⁹⁸, en tanto que para este último se trataría de espacios sometidos a su soberanía y jurisdicción. En suma, el Tribunal diluye con su lacónica afirmación el “acuerdo sobre el desacuerdo”⁹⁹ en el que se ha cifrado la aplicación cuasi ininterrumpida de los sucesivos acuerdos pesqueros con Marruecos a las aguas del Sáhara Occidental a lo largo de los últimos 32 años.

Esta afirmación, sin embargo, desafía toda lógica y desde luego enfrenta al Tribunal de Justicia con la ominosa realidad. ¿Se puede pretender que una relación convencional cimentada en 32 años de sucesivos compromisos y cuya consecuencia ha sido la explotación de los ingentes recursos pesqueros del Sáhara ha estado falta en todo momento de una voluntad común? Sorprende desde luego tal constatación, máxime si se tiene presente que los costes económicos que ha reportado el acuerdo se han basado en una explotación de los recursos que no podían provenir -los números hablan- de otra zona que no fueran las aguas contiguas al Sáhara Occidental.

No obstante, restaba un último escollo para que la interpretación postulada por el Tribunal quedara asentada: nos referimos a la nota comunicada por el Reino de Marruecos en relación con la aplicación espacial del Acuerdo de 2013. En efecto, conforme al Anexo y al Apéndice 4 del mismo del Protocolo de 2013, el Departamento de Pesca Marítima del Reino de Marruecos habría de comunicar a la UE “las coordenadas geográficas de la línea de base marroquí y de la zona de pesca marroquí”; advirtiéndose en ellos que dicha comunicación habría de tener lugar respectivamente “antes de la fecha de aplicación” y “de la entrada en vigor”¹⁰⁰. El Tribunal advertirá, sin embargo, que tal comunicación “no tuvo lugar hasta el 16 de julio de 2014”, por lo que:

Occidental ¿Qué papel para la Unión Europea y para España?, en J. ALCAIDE FERNÁNDEZ, E.W. PETIT DE GABRIEL (eds.), *España y la Unión Europea en el orden internacional*, Valencia, 2017, pp. 247-258. Sobre ella volvía en 2015 el Comisario de pesca cuando advertía que: “Según la posición de las Naciones Unidas, que la UE acata, el Sáhara Occidental sigue figurando en la lista de Naciones Unidas como territorio no autónomo, por lo que se considera que Marruecos es actualmente la potencia administradora «de facto»” (Respuesta del Sr. Vella en nombre de la Comisión a la pregunta del Sr. F. Maura Barandiarán (ALDE), E-006564-2015, 8 de julio de 2015).

⁹⁸Respuesta de la actual Alta Representante, F. Mogherini, en nombre de la Comisión, el 18 de febrero de 2016, a la pregunta formulada por Angela Vallina (GUE/NGL)- Consecuencias de la sentencia del TJUE sobre el Sáhara Occidental, 17 de diciembre de 2015, E-015923-15 (*cit.* en DÍEZ PERALTA, *El Sáhara Occidental: una piedra en el camino...*, cit., p. 7, n. 32).

⁹⁹ Esta noción había sido precisada en detalle por el Abogado General en sus precedentes Conclusiones en el asunto C-104/16 P, donde advertía que: “el Consejo no ha aceptado tácitamente la interpretación del [Reino de] Marruecos de que el Acuerdo [de Liberalización] se aplica al Sáhara Occidental como parte de su territorio, lo que podría constituir un indicio de reconocimiento indirecto [de su soberanía]. Ha aceptado tácitamente que el Acuerdo [de Liberalización] se aplique también [...] a un territorio no autónomo que el Reino de Marruecos administra, lo que no implica ni reconocimiento ni aquiescencia ni aceptación. El Reino de Marruecos y la Unión son conscientes de que mantienen interpretaciones diferentes. *They agree to disagree*. Tienen un entendimiento mutuo según el cual la Unión admite la aplicación del Acuerdo en el territorio del Sáhara Occidental y el [Reino de] Marruecos no lo utiliza como argumento en apoyo de la reivindicación de su soberanía» (Conclusiones..., pto. 67). Sobre la paradójica relevancia del disenso en el proceso de conclusión de los tratados internacionales remitimos a nuestra aportación *La Guerra de los Mundos...*, cit.

¹⁰⁰ No se trata de expresiones idénticas pues la primera admite la posibilidad una implementación del acuerdo

“Teniendo en cuenta que el Protocolo de 2013 entró en vigor el 15 de julio de 2014, dichas coordenadas no forman parte del texto que acordaron las partes.”¹⁰¹

El rigorismo del que hace prueba el Tribunal – descartar por 2 días la validez de la comunicación – es sin duda excesivo; baste para confirmarlo que la práctica internacional conoce de actos relacionados con la aplicación de los tratados – incluso multilaterales¹⁰² – en los que no se impone tan drástica consecuencia. Si se piensa además que la ausencia de comunicación priva a los acuerdos de la concreción técnica para su operatividad se aprecia con mayor rotundidad el exceso en que incurre el Tribunal.

A maiore, debe repararse en que las reglas contenidas en el art. 31 de la Convención de Viena, que el Tribunal afirma seguir, promueven una comprensión flexible del proceso interpretativo de un tratado, en donde – como avanzáramos – no sólo su texto y contexto pueden ser tomados en consideración. Concretamente, el art. 31.3,b) prevé que junto al contexto se tenga en cuenta:

“toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”

No es necesario un complejo esfuerzo hermenéutico para llegar a la conclusión de que la previsión transcrita cubre con creces la situación planteada en el caso de la tardía nota de coordenadas, toda vez que como demostraban tanto las posiciones del Consejo como de la Comisión, la aplicación del protocolo se había guiado por aquélla, sin que se hubiera formalizado objeción alguna a la demora en cuestión. En cualquier caso, no hay cuidado pues el Tribunal se enroca en una interpretación que – ¡abracadabra! – diluye toda posibilidad, pues:

“aun si se hubieran comunicado esas coordenadas antes de la entrada en vigor del Protocolo de 2013, en modo alguno habrían podido cuestionar la interpretación de la expresión «zona de pesca marroquí» que figura en el apartado mencionado ni ampliar el ámbito de aplicación del Protocolo de 2013 mediante la inclusión de las aguas adyacentes al territorio del Sáhara Occidental.”¹⁰³

Y es que cualquier otra interpretación se torna imposible, de acuerdo con la singular perspectiva que adopta el Tribunal¹⁰⁴.

7. El Tribunal, la UE y el Sáhara Occidental en el inmediato futuro

Como se desprende de las líneas anteriores el Tribunal de Justicia ha asumido el control de unos acuerdos controvertidos seguramente con la intención de zanjar definitivamente un episodio – la saga judicial del Sáhara Occidental – que ha venido crispando las relaciones políticas y económicas entre la UE y su socio privilegiado, el Reino de Marruecos. Podría haberlo evitado de haber alterado el orden de las cuestiones sometidas y haber considerado negativamente, tal como sostuvimos en nuestro precedente comentario, las cuestiones de invocabilidad de los promotores del recurso ante el tribunal

– p.e. a través de la aplicación provisional – previa al momento de su entrada en vigor.

¹⁰¹ Apdo. 81.

¹⁰² Al respecto *Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados*; reprod. en Informe de la Comisión de Derecho Internacional 63º período de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011), Naciones Unidas, Nueva York, 2011, pp. 183-194).

¹⁰³ Apdo. 82.

¹⁰⁴ A diferencia de su decisión de 2016, en ningún momento aflora en la argumentación del Tribunal la disquisición entre aplicación *de jure* (“aplicación legal”, aplicación jurídica”) y aplicación *de facto* que sí había estado presente en aquella (apdos. 121, 125 y 26. Al respecto véase FERRER LLORET, *El conflicto del Sáhara Occidental ante los Tribunales...*, cit., p. 46).

británico que yacían en el fondo del asunto. No ha querido y en su decisión es muy probable que haya pesado la intención de dejar bien clara – *sub iudice* está el recurso promovido por el Frente Polisario contra los mismos acuerdos cuyo fatal desenlace cabe ya imaginar – la inutilidad del esfuerzo.

Al obrar así, el Tribunal parece actuar con coraje, máxime si se repara en las afirmaciones que dedica la Sentencia a la amplitud del control jurisdiccional de los acuerdos internacionales, rebatiendo las pretensiones restrictivas del Consejo y de los Estados miembros. En esta línea, en verdad el Tribunal prosigue su denodado esfuerzo por ensanchar los cauces del control judicial respecto a la acción exterior de la Unión en todos sus frentes – ahí está su previa decisión *Rosneft* – y con ello, tal y como advirtiéramos, fortalece la dimensión internacional del concepto de Unión de Derecho consustancial a la propia UE.

Pero pese al arrojamiento del Tribunal, más dudas ofrece la vía de análisis seguida luego para afrontar el examen de la cuestión. Su argumentación en este orden reposa en una lectura rígidamente formalista en la que casi por arte de magia se torna imposible la aplicación espacial observada por las instituciones – con el concurso de Marruecos – sobre las aguas del Sáhara Occidental y hace inviable la nulidad instada por el AG a la que desprovee en apariencia de todo fundamento en un meticuloso, pero escasamente convincente análisis, absolutamente alejado de los hechos.

Ciertamente, el Tribunal ha recordado una vez más la relevancia que cobra el respeto por parte de la UE de las exigencias derivadas del Derecho internacional, particularmente, las establecidas por las normas generales de este ordenamiento que vinculan a la UE. Y dentro de ellas el respeto al principio de la libre determinación debe ser de nuevo saludado – aunque su vigor se vea un tanto atenuado frente a la rotundidad que revelara su anterior decisión de 2016. Sin embargo, está por ver cuáles son las consecuencias que se derivan de la imposible contradicción entre aquellas normas y los acuerdos en cuestión y la aplicación – por consiguiente, a través de meras vías de hecho- que de los mismos se ha efectuado a lo largo de numerosos años.

Y es que si conforme a lo expuesto los vigentes acuerdos de pesca con el Reino de Marruecos no son aplicables a las aguas del Sáhara Occidental *ergo* las actividades extractivas realizadas por los pesqueros de los Estados miembros y su comercialización en el territorio de la UE serían el resultado de una actividad ilegal que abriría la vía para el eventual ejercicio de acciones judiciales con fundamento en la responsabilidad extracontractual de la Unión¹⁰⁵. No siendo nuestra intención indagar en tales posibilidades, limitémonos a consignar que el Frente Polisario ya ha advertido de las implicaciones –aunque sin concretar las medidas a adoptar – que depara el fallo del pasado 27 de febrero¹⁰⁶. En cambio, lo que sí es indudable es que arrearán las acciones judiciales contra otros acuerdos, presentes y futuros, entre la UE y Marruecos que planteen problemas similares a los ya considerados por el Tribunal de Justicia¹⁰⁷. ¿Volverá entonces el Tribunal a ejercer sus dotes de prestidigitador?

¹⁰⁵ En cuanto a la responsabilidad internacional está absolutamente ausente en el caso. De hecho, ya no lo estaba en su anterior decisión de 2016 (Al respecto FERRER LLORET, *El conflicto del Sáhara occidental ante los Tribunales...*, cit., pp. 47-50).

¹⁰⁶ La Representación del F. Polisario ante la oficina de Naciones Unidas en Ginebra remitía el 2 de marzo de 2018 una nota verbal en tal sentido a todas las representaciones permanentes allí radicadas. Más explícito en cambio ha sido el letrado francés G. Devers, asesor del F. Polisario en los procedimientos introducidos por éste en Luxemburgo, quien ha anunciado que solicitará a la Comisión una indemnización de 240 millones € a título de responsabilidad por la pesca ilegal en las aguas saharauis (I. CEMBRERO, *El Polisario libra en Canarias su nueva batalla contra el control marroquí del Sáhara*, en diario *El Confidencial*, 18 de marzo de 2018; accesible en <https://www.elconfidencial.com/mundo/2018-03-14/canarias-sahara-polisario-vuelos-marruecos-ue_1535193/>>).

¹⁰⁷ Mencionemos tan sólo la conclusión el pasado 20 de julio de las negociaciones para la celebración de un nuevo Protocolo al Acuerdo de pesca de 2006, donde se reitera la aplicabilidad de sus disposiciones a las aguas del Sáhara Occidental (Cfr. <https://ec.europa.eu/fisheries/maroc-union-europ%C3%A9enne-fin-des-n%C3%A9gociations-pour-un-nouvel-accord-dans-le-secteur-de-la-p%C3%A4che_en>).