



ASUNTO : **SUMARIO**
Número : **1/2015**

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN NUMERO 5
AUDIENCIA NACIONAL
MADRID

AUTO

En la Villa de Madrid, a 22 de mayo de 2015.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se incoaron como Diligencias Previas 362/07, en virtud de querrela presentada por la **ASOCIACIÓN DE FAMILIARES DE PRESOS Y DESAPARECIDOS SAHARAUIS**, habiéndose acordado por auto de 02.02.2015 la transformación de las mismas a los trámites del procedimiento ordinario, incoándose el Sumario 1/2015.

SEGUNDO.- En fecha 09.04.2105 se dictó auto de procesamiento, cuya parte dispositiva acordó lo siguiente:

“1.- Declarar procesados a los identificados como (1) BEN HACHEM, (2) ABDELHAK LEMDAOUR, (3) DRISS SBAI, (4) SAID OUASSOU, (5) HASSAN UYCHEN, (6) BRAHIM BENSAMI, (7) HARIZ EL ARBI, (8) LAMARTI, (9) MULEY AHMED ALBOURKADI, (10) BEL LAARABI y (11) ABDELGHANI LOUDGHIRI, por los hechos y presuntos delitos recogidos en la presente resolución.

...

3.- NO ha lugar por el momento a decretar el procesamiento frente a HOUSNI BENSLIMANE, NAJIB BEN HIMA, MOUSTAFA HAMD AOUI, AMIMI, AYACHI, ABDELAZIZ ALLABOUCH, SANHAJI HAMID y LEHSAN CHAF YEUDAN, en virtud de lo dispuesto en el Razonamiento Jurídico Quinto de la presente resolución”.

TERCERO.- Contra la indicada resolución fue interpuesto recurso de reforma y subsidiario de apelación por el Procurador de los Tribunales Don Domingo Jose Collado Molinero, en nombre de la **ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS Y OTROS** en fecha 15.04.2015, que fue tenido por interpuesto mediante providencia de fecha 27.04.2015, siendo impugnado por el **FISCAL** en dictamen de fecha 11.05.2015.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La representación procesal de **ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS Y OTROS** interpone recurso de reforma y subsidiario de apelación contra el Auto de procesamiento de fecha 09.04.2015.

El recurso combate un único pronunciamiento de la resolución recurrida: la decisión de no procesar a **LEHSAN CHAF YEUDAN** por considerar prescritos los hechos imputados. Y lo hace por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al considerar que los hechos no están prescritos, de conformidad con los preceptos legales que invoca.

En primer lugar, invoca que el delito es imprescriptible, tal como establecen la Convención sobre la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad de Naciones Unidas, de 26.11.1968, el Estatuto de la Corte Penal Internacional y el principio IV de los “Principios y directrices sobre los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a imponer recursos y obtener reparaciones”, aprobados por la Resolución 60/147 de la Asamblea General, el 06.12.2005. Del mismo modo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha establecido que los Estados no pueden invocar disposiciones de prescripción o irretroactividad de la ley penal para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables de violaciones graves de derechos humanos.

En segundo lugar, el recurso cuestiona la distinción que realiza el auto entre personas con capacidad de decisión y mando y otras que no gozaban de tal capacidad, indicando que esta distinción se reduce en realidad a una cuestión de autoría y participación, sin que la categoría en la que se identifique al sujeto que ejecuta la acción punible afecte a la aplicación del instituto de la prescripción, en cuanto es una institución de carácter sustantivo que se aplica en función de la naturaleza del delito. La valoración de la actuación de **LEHSAN CHAF YEUDAN** en los hechos, determinando si formaba parte del aparato represor del genocidio o si, por el contrario, fue ejecutor de unos actos determinados y únicos en unas fechas concretas, es algo que, según el recurrente, debe dilucidarse en el acto del juicio oral.

El Fiscal impugna el recurso. En primer lugar estima que la prescripción es una norma de carácter sustantivo y de orden público sobre la que actúa el criterio de la irretroactividad salvo en lo favorable. En la fecha de comisión de los hechos (entre enero y abril de 1977), el CP de 1973 establecía como plazo de prescripción el de 20 años. Por otra parte, la Convención sobre la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad de Naciones Unidas, de 26.11.1968 no ha sido ratificada por España; el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no fue ratificado por España hasta 2000 (BOE de

27.05.2002); y el nuevo CP de 1995, que estableció la imprescriptibilidad del delito de genocidio no entró en vigor hasta el 24.05.1996. La querrela no se interpuso hasta 2006, por lo que habiendo transcurrido más de 20 años, los hechos imputados a **LEHSAN CHAF YEUDAN** han de considerarse prescritos.

En segundo lugar, alega el Fiscal que en relación con **LEHSAN CHAF YEUDAN** no consta más que un único acto de participación, que tuvo lugar en 1977, sin que exista imputación, prueba ni indicio alguno de que participara en otros hechos o que se dedicara de modo habitual a las prácticas investigadas. Por esta razón, tratándose de un acto individual y perfectamente delimitado que no se prolongó en el tiempo y no tener el imputado capacidad de decisión sobre el delito de genocidio al ser un funcionario de base, el cómputo del plazo de prescripción comenzó a correr desde que se cometieron tales hechos.

SEGUNDO.- El Auto de procesamiento afirma que del conjunto de las diligencias de instrucción hasta el momento practicadas han resultado indiciariamente acreditados distintos hechos, entre los que ahora resulta relevante destacar los siguientes:

1. Desde noviembre de 1975, fecha de la ocupación por Marruecos del Sahara Occidental, territorio que había sido colonia española, y hasta 1991, fecha del alto el fuego entre Marruecos y el Frente Polisario, grupo armado saharauí, se produjo de una manera generalizada un ataque sistemático contra la población civil saharauí por parte de las fuerzas militares y policiales marroquíes: bombardeos contra campamentos de población civil, desplazamientos forzados de población civil, asesinatos, detenciones y desapariciones de personas todas ellas de origen saharauí y debido precisamente a dicho origen con la finalidad de destruir total o parcialmente dicho grupo de población y para apoderarse del territorio del Sahara Occidental. Además de las detenciones, se produjeron encarcelamientos prolongados sin juicio, algunos durante muchos años, y torturas a personas saharauíes por parte de funcionarios militares y policiales marroquíes en diversos centros oficiales de detención ubicados tanto en territorio del Sahara Occidental como en Marruecos. Tales ataques, producidos contra la población saharauí, a lo largo de toda la extensión del territorio del Sahara Occidental, llevados a cabo por el Ejército y la Gendarmería marroquí, habrían sido impulsados por los altos mandos de tales cuerpos militares, ejecutándose con la finalidad de ocupar el territorio del Sahara Occidental y tomar posesión del mismo.

2. En el marco de la causa se han acreditado diversos hechos concretos sin autor conocido, que vendrían a corroborar los anteriores hechos, y otros hechos concretos con autores conocidos. Entre estos últimos, en lo que ahora interesa, están los siguientes: el 17 de enero de 1977 Brahim Mohamed Salem Omar fue detenido nuevamente y trasladado al cuartel de Smara dirigido por ABDELHAK LEMDAOUR y DRISS SBAI, quienes le amenazaron con torturarlo. Allí fue torturado personalmente por el coronel LAMARTI, por MULEY AHMED

ALBOURKADI (Teniente de la Gendarmería Real) y por **LEHSAN CHAF YEUDAN** (funcionario de guardia del cuartel). El coronel ordenó que le ataran las extremidades del cuerpo con cuerdas y se las separaran, aplicándole este sistema de tortura. También le aplicaron descargas eléctricas en mejillas y lengua y fue sometido a golpes con cuerdas en una celda que ocupaba junto a OMAR BUZEID AHMED BAIBA. Allí estuvo dos meses y 13 días. Durante el tiempo que estuvo en el cuartel de Smara compartió el cautiverio con otras personas, 72 saharauis, presenciando actos cometidos contra otros prisioneros saharauis. En concreto, presenció como MARIAM MOHAMED SALEM dio a luz en la cárcel y al recién nacido le cortaron los dedos y se los trajeron después a la madre entre la comida; también prendieron fuego vivo a uno de los prisioneros, MOHAMED SALEM BAMOUISA, mayor de 70 años, al que envolvieron en unas mantas, lo rociaron con gasolina y lo quemaron; y a otro de los prisioneros le clavaron las manos y los pies a una mesa con hierros.

En lo que se refiere a los hechos consignados en el número 2 anterior, interesa también recordar que la resolución recurrida afirma que resultan indiciariamente acreditados en virtud de la declaración en el Juzgado del testigo BRAHIM MOHAMED SALEM OMAR, al f. 1558, complementada con la documental y pericial que obra en la causa.

TERCERO.- Por su parte, en relación ahora con la calificación jurídica de estos hechos, conviene recordar también los pronunciamientos que sobre este particular incluye la resolución recurrida:

1. Los hechos descritos en la resolución ahora recurrida serían constitutivos de un delito de genocidio previsto en el art. 137 bis CP 1944, introducido por Ley 44/1971 y que mantuvo la misma reducción en el TR de 1973, modificado por la LO 8/1983 (actualmente penado en el art. 607 del CP 1995), en concurso real con 50 delitos de asesinato, 76 delitos de asesinato en grado de tentativa, 6 delitos de detención ilegal por no dar razón del paradero del detenido, 202 delitos de detención ilegal, un delito contra la libertad sexual y 23 delitos de lesiones o torturas.

2. La Convención de Naciones Unidas de 09.12.1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio, ha sido ratificada por España y publicada en el BOE núm. 34 de 08.02.1969. Como consecuencia de la misma se introdujo por Ley 44/1971, de 15 de noviembre, en el CP de 1944 el art. 137 bis que es el precepto aplicable a la fecha de los hechos, pues su redacción se mantuvo en el T.R. de CP de 1973. Dicho artículo castiga a “los que, con propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, social, o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes”, entre los que se incluyen causar la muerte, castración, esterilización, mutilación o lesión grave a alguno de sus miembros o someter al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, castigándose también a los que lleven a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros o adopten cualquier medida que

tienda a impedir su género de vida o reproducción o trasladaren individuos por la fuerza de un grupo a otro. Con la reforma parcial del Código Penal operada por la LO 8/1983, se cambió el término “social” por “racial”, manteniéndose el resto de la tipificación.

3. En el presente caso concurrirían los elementos de este tipo penal:

- 1.** En primer lugar, la existencia de un sujeto pasivo caracterizado por su etnia o raza contra el que se dirige un ataque sistemático mediante alguna o algunas de las acciones descritas, con la intención de suprimirlo total o parcialmente, que es lo que ocurre en el caso del Sahara Occidental.
- 2.** El elemento subjetivo de destruir total o parcialmente un grupo determinado de personas por razón de su origen nacional, racial, étnico o religioso, concurre en el presente caso porque las acciones investigadas cometidas por militares o policías marroquíes se dirigían unívocamente contra los saharauis, personas originarias del territorio del Sahara Occidental, que eran sometidas a persecución únicamente por el motivo de ser originarios de ese territorio que reclama Marruecos y con la finalidad de destruirlos, mediante el asesinato o desapariciones forzadas o incluso mediante la reclusión durante grandes períodos de tiempo.
- 3.** El elemento objetivo también concurre, pues se han acreditado una serie de acciones contra la vida, dignidad y libertad de las personas exclusivamente por razón de su etnia o raza, los saharauis.

4. Los hechos constitutivos de genocidio se definen en el art. II de la Convención de Naciones Unidas de 9 de diciembre de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio, en el que se dice que “se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”. Y tales hechos son: “a) Matanza de miembros del grupo. b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo. c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial. d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo. e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”. En el presente caso se ha constatado la comisión de algunos de tales hechos, en concreto, asesinatos, traslados forzosos de población y el sometimiento de los detenidos a torturas y condiciones de vida tan lamentables que en ocasiones han provocado la muerte.

5. Así pues, concurren todos los requisitos del tipo penal que castiga en nuestro ordenamiento jurídico el genocidio. Pero además, en concurso real con el delito de genocidio, confluyen los diversos ataques cometidos contra la vida, la integridad y la libertad

de las personas: asesinatos, detenciones ilegales y torturas descritos en el apartado de Hechos y de los cuáles es responsable en cada caso el autor concreto e identificado en el presente procedimiento. En este caso, de delito de torturas.

CUARTO.- Un nuevo punto que contribuye a seguir centrando la cuestión impugnada tiene que ver con el instituto de la prescripción.

Al respecto, debe recordarse que en términos materiales la prescripción constituye un supuesto fáctico-normativo que desapodera al Estado de su potestad de imposición de pena -SSTC 115/2004, 63/2005, 29/2008, 179/2009, 37/2010, 95/2010, 97/2010, 143/2011-. No constituye, solo, un óbice de punibilidad sino también de persecución, de sustanciación del propio proceso penal.

Como enseña el Tribunal Constitucional (STC 63/2005), en la identificación de los presupuestos prescriptivos el juez viene obligado a partir de argumentos axiológicos que sean respetuosos con los fines perseguidos por dicho instituto, que no son otros que los de limitar la intervención punitiva del Estado cuando por el transcurso del tiempo ha desaparecido la razón de utilidad que el legislador vincula a que la causa no se haya dirigido materialmente contra el presunto responsable en el tiempo oportuno. Por esta razón, en cuanto es un mecanismo de protección del derecho a la libertad de las personas sometidas al proceso o cuyo sometimiento se pretende- su interpretación y aplicación debe regirse por estándares axiológicos favorecedores de sus efectos (AAP Tarragona 311/2012 de 25 de junio).

Por otra parte, dada la naturaleza sustantiva de la prescripción, existe la posibilidad de apreciarla de oficio en cualquier instancia de la causa, en cuanto se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan (por todas STS de 12 de febrero de 2002). Ahora bien, debe tenerse bien presente que, cuando se trata de declarar la prescripción en fases previas del proceso, en las que todavía no se ha configurado con precisión el objeto procesal, al menos en su dimensión normativa jurídico-penal, las decisiones prescriptivas deben venir acompañadas de la máxima cautela, de modo que se restrinjan a aquellos supuestos en los que con absoluta claridad concurren sus requisitos.

En el caso que nos ocupa, incluso aplicando por las razones antedichas la interpretación normativa más favorable de sus efectos para el encartado, el delito de genocidio no ha prescrito, como ya se afirmaba en la resolución recurrida.

En este sentido hay que destacar, en primer lugar, que España no ha ratificado la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de las NNUU de 26.11.1968, por lo que no puede aplicarse este texto internacional. En segundo lugar, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de

17.07.1998, no fue ratificado hasta 2000 (BOE 27.05.2002), sin que pueda aplicarse retroactivamente. Y, en tercer lugar, el Código Penal de 1995, que declaró la imprescriptibilidad de este delito (art. 131.14), no entró en vigor hasta el 24.05.1996.

Por su parte, la STS 101/2012 de 27.02 y el ATS de 28.03.2012 (rec. 20380/2009), recuerdan que la garantía derivada del principio de legalidad y la interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables (art. 9.3 CE) prohíbe sin excepciones la aplicación retroactiva de la norma penal a hechos anteriores a su vigencia (en el mismo sentido el art. 1 y 21 CP). Y añaden: "Esta exigencia del principio de legalidad es aplicable al derecho penal internacional, convencional y consuetudinario, sin perjuicio de que su constatación sea tenida en cuenta como criterio hermeneuta de una cultura de defensa de derechos humanos cuyo contenido ha de informar la actuación jurisdiccional". Puntualiza seguidamente (y en este sentido la recoge el AAN 2/2014, de 13 de enero), que "una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, ha conformado una concepción estricta del contenido esencial del principio de legalidad con las consecuencias que su observancia comporta en orden a la *lex previa*, *lex certa*, *lex stricta* y *lex scripta*. Especifica, además, que dichas exigencias no son extrañas al Ordenamiento Internacional, pues fueron también adoptadas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas". Todo ello para concluir que "la fuerza expansiva de la cultura de protección de los derechos humanos, que es vinculante en la interpretación jurisprudencial, ha de ajustarse a las exigencias del principio de legalidad, en los términos que aparece diseñado en el art. 9.3 CE".

En definitiva, en aplicación de la anterior doctrina resulta que, en la fecha de los hechos investigados, el texto legal en vigor y que resultaba de aplicación era el Código Penal de 1973, que establecía el plazo de 20 años prescripción para el delito de genocidio (art. 113 CP).

Como recuerda la resolución recurrida, el delito de genocidio es un delito permanente y en tales casos los términos de prescripción no comienzan a correr hasta que se elimine la situación ilícita (art. 132.1 CP 1995). En este caso el delito se comenzó a cometer supuestamente en noviembre de 1975. Y, a los efectos limitados que ahora interesan y por ser la interpretación más favorable a los imputados, podría tomarse como plazo de finalización del mismo el año 1991, por ser el año de la liberación de muchos de los "desaparecidos forzados" y fecha del "alto el fuego" entre el Reino de Marruecos y el Frente Polisario. Así las cosas, el plazo de prescripción de 20 años habría finalizado en el año 2011.

Sin embargo, la prescripción se interrumpió en virtud del art. 114 CP 1973, como consecuencia de la querrela interpuesta en 2006 y el subsiguiente auto de concreción de imputaciones del Juzgado de 29.10.2007, razón por la que, como se indicó, al delito no ha prescrito.

QUINTO.- A **LEHSAN CHAF YEUDAN** le imputan su participación en un delito de genocidio que tuvo lugar desde 1975 a 1991 en concurso real con un delito de torturas.

Estas infracciones son conexas en cuanto el segundo constituye un delito instrumental, lo que sucede cuando uno de los delitos constituye un instrumento para la consumación o la ocultación de otros o cuando estamos ante un comportamiento complejo, que constituye una unidad delictiva íntimamente conexas de modo material.

Como dice la STS 1320/2011, de 9.12.11 "la doctrina de esta Sala, deducida entre otras a la STS 54/2002 de 21.1, y 758/99, de 12.5 , afirma que no debe operar la prescripción en supuestos en los que se condena por varios delitos conexas, ya que hay que considerarlo todo como una unidad, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones y por consiguiente no puede aplicarse la prescripción por separado cuando hay conexión natural entre ellos y mientras el delito más grave no prescriba tampoco puede prescribir el delito con el que está conectada, no cupiendo apreciar la prescripción autónoma por paralización de procedimiento (STS 912/2010, de 11.10)".

Y continúa diciendo, con referencias a las SSTS 1100/2011 de 27.10 y 480/2009, de 22.5, que en los supuestos de enjuiciamiento de comportamientos delictivos complejos que constituye una unidad íntimamente conexas de modo material, la prescripción separada puede conducir al resultado absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva, prescindiendo de aquélla que se estimare previamente prescrita y que resulte imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción de un comportamiento delictivo unitario. "En tales supuestos la unidad delictiva prescribe de modo conjunto, de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental, mientras no prescriba el delito más grave o principal, añadiéndose que estos casos no concurren los fundamentos en que se apoya la prescripción. Ni el transcurso del tiempo puede excluir la necesidad de la aplicación de la pena para un único segmento subordinado de la conducta cuando subsista para la acción delictiva principal".

En el caso que nos ocupa no estamos un supuesto de mera conexidad procesal que no se asienta en aspectos materiales o sustantivos del hecho y en el que no hay obstáculo para apreciar separadamente la prescripción de los delitos que se enjuician en un solo proceso. Estamos, por el contrario, ante un comportamiento complejo, que constituye una unidad delictiva íntimamente conexas de modo material y en el que la toma en consideración de todas y cada una de las acciones contra la vida, dignidad y libertad de las personas que se llevaron a cabo contra los saharauis exclusivamente por razón de su etnia o raza, resulta absolutamente imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo unitario.

No debe olvidarse, sin embargo, que el Tribunal Supremo tiene establecido (STS 101/2012, de 27.02), [“que la premisa de que "mientras el delito principal no prescriba, no pueden entenderse prescritos los delitos que podemos llamar, a estos efectos, subordinados", (STS 686/95, de 18.05) sólo tiene sentido en aquellos supuestos en los que los delitos en concurso forman parte de una "realidad delictiva global proyectada por el autor y la consideración conjunta de ella resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo en su totalidad" (STS 2040/2002, de 9.12). "En otros términos, la consideración conjunta del término de prescripción tiene sentido en los supuestos, no tanto de concurso real, sino de consideración conjunta del hecho como una unidad o como medio" ”]. No es posible, concluye, “que un delito ya prescrito sea “resucitado” en su persecución”.

Aplicando esta doctrina al caso, resulta lo siguiente:

- La acción desarrollada por **LEHSAN CHAF YEUDAN** no fue una acción aislada y desconectada de todo el plan genocida, llevada a cabo por una persona independiente, en solitario y por su cuenta y riesgo. Se desarrolló temporal, objetiva, subjetiva y geográficamente dentro del plan de destrucción física de los saharauis acometido por militares y policías marroquíes, y en el cuartel de Smara, uno de los centros de la represión cometida durante esos años.

- La relación de **LEHSAN CHAF YEUDAN** con el lugar, hechos y personas que participaron en los mismos no fue meramente accidental, casual o transitoria: era funcionario de la guardia del cuartel, y por tanto desarrollaba sus tareas profesionales en términos permanentes y diarios en este lugar. Cuando se cometieron los hechos que se le imputan, en enero de 1977 (y los hechos imputados a **LEHSAN CHAF YEUDAN** se prolongaron durante 2 meses y 13 días), había otros 72 prisioneros saharauis en Smara y se estuvieron cometiendo otros actos contra otros prisioneros (en esas fechas MARIAM MOHAMED SALEM dio a luz en la cárcel y al recién nacido le cortaron los dedos y se los trajeron después a la madre entre la comida; prendieron fuego vivo a uno de los prisioneros, MOHAMED SALEM BAMOUISA, mayor de 70 años, al que envolvieron en unas mantas, lo rociaron con gasolina y lo quemaron; a otro de los prisioneros le clavaron las manos y los pies a una mesa con hierros). Además, las torturas que se cometieron sobre la persona de BRAHIM MOHAMED SALEM OMAR, se llevaron a cabo en una celda en que había otro prisionero saharauí, OMAR BUZEID AHMED BAIBA. Resulta evidente pues (siempre en el plano indiciarios en que se sitúa esta resolución), el conocimiento de estas circunstancias por parte de **LEHSAN CHAF YEUDAN**.

- La acción no se llevó a cabo sin conexión aparente con el delito de genocidio que se investiga. Al contrario: se materializó en íntima conexión con el delito de genocidio investigado en esta causa: **LEHSAN CHAF YEUDAN** cometió los hechos en el cuartel dirigido

por **ABDELHAK LEMDAOUR** y **DRISS SBAI**, procesados por los hechos, y cometió las torturas personalmente junto con el coronel **LAMARTI** y por **MULEY AHMED ALBOURKADI** (teniente de la Gendarmería Real), también procesados por estos hechos. Existió pues una conexión directa entre el imputado **LEHSAN CHAF YEUDAN** y otras personas involucradas en acciones análogamente reprobables, tanto por su naturaleza como por las fechas de ejecución (AAN 62/2013, de 24 de abril).

Las conclusiones que pueden alcanzarse se indican a continuación:

- Existen elementos que permiten considerar todos los hechos cometidos contra los saharauis durante 1975 a 1991 como una unidad, de la que formó parte inseparable, subjetiva, objetiva, temporal, y geográficamente, el hecho concreto imputado a **LEHSAN CHAF YEUDAN**.

- Concurren elementos indiciarios suficientes para poder afirmar que **LEHSAN CHAF YEUDAN**, conoció y, lo que es más relevante, participó de la realidad colectiva global diseñada e implementada sistemáticamente por los autores para destruir a los saharauis, así como que fue consciente plenamente, en concreto y con anterioridad a su comisión, de que los hechos en que participó personalmente se insertaban e integraban en esta estrategia criminal y coadyuvaban a conseguir sus últimos objetivos.

- La consideración conjunta de todos y cada uno de los hechos cometidos resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo en su totalidad.

En definitiva, puede afirmarse que **LEHSAN CHAF YEUDAN** cometió los hechos concretos en que participó siendo plenamente consciente de su inserción en un proceso sistemático de destrucción biológica del grupo étnico saharauí acometido por militares y policías marroquíes, con conocimiento previo y concreto de su existencia, así como de estar contribuyendo con su conducta a la ejecución de dicho plan. Por esta razón, en este caso debe considerarse todo el complejo delictivo de modo conjunto, como una unidad: el concreto delito de genocidio cometido mediante torturas que presuntamente pudo cometer **LEHSAN CHAF YEUDAN** formó parte inseparable del delito de genocidio que se cometió desde 1975 a 1991. Y él fue consciente de que cuando cometió estos hechos estaba coadyuvando directa y eficazmente al delito de genocidio que se cometió durante todos los años indicados.

SEXTO.- El recurso cuestiona la distinción que realiza la resolución recurrida entre personas con capacidad de decisión y mando y otras que no gozaban de tal capacidad, indicando que esta distinción se reduce en realidad a una cuestión de autoría y participación. Entiende que la cuestión a discutir debe circunscribirse a acreditar si **LEHSAN CHAF YEUDAN**

formaba parte o no del aparato organizado de poder responsable de la realización del crimen internacional. Añade, finalmente, que la participación de **LEHSAN CHAF YEUDAN**, sea la que sea, será en el contexto de un crimen de genocidio.

La resolución recurrida, en efecto, establece que debe distinguirse, por un lado, el delito de genocidio que se ha acreditado y perpetrado al menos desde 1975 hasta 1991 y en el que participaron durante esos años diversas personas identificadas y con capacidad de decisión y mando en los hechos y, por otro lado, los delitos concretos perpetrados en ejecución del genocidio (asesinatos, detenciones, torturas...) y en los que pudieron participar aisladamente militares sin capacidad de decisión en el ataque genérico a los saharauis. Ello es una consecuencia obligada del principio de culpabilidad, que implica que la responsabilidad sólo puede exigirse a las personas individuales y por hechos propios sin que se admita la responsabilidad colectiva.

Sobre esta cuestión establece la STS 798/2007, de 01.10 (caso Scilingo), que “para establecer la responsabilidad criminal como autor o partícipe no basta con el mero conocimiento de los hechos. No es suficiente un conocimiento general acerca de su existencia, ni tampoco un conocimiento sobre el hecho concreto con posterioridad a su comisión. Cuando se trata de actos ejecutados desde estructuras de poder organizadas, quienes asumen la dirección global o asumen ciertas responsabilidades decisorias, aun cuando sea en estadios intermedios, deben responder de los hechos delictivos que han dirigido o respecto a los cuales han decidido. La participación en escalones inferiores no hace responsable por sí misma a cada partícipe de todos los hechos cometidos por la estructura o bajo su ámbito, sino solo de aquellos a los cuales han realizado alguna aportación mínimamente relevante”.

“Por otro lado, la omisión requiere la posición de garante y la posibilidad de cumplir con las obligaciones que resultan de ella. En el caso de que la acción omitida pudiera evitar el resultado o bien lo dificultara seriamente, podría considerarse la autoría o la cooperación necesaria. En otro caso, siempre partiendo de una mínima relevancia, se trataría de complicidad. En este sentido la STS nº 1538/2000, de 9 de octubre”.

En este caso, como se ha indicado, concurren elementos indiciarios suficientes para poder afirmar que **LEHSAN CHAF YEUDAN** conoció y, lo que es más relevante y diferencial, participó directa y personalmente, con hechos constitutivos de torturas, del plan global diseñado e implementado sistemáticamente por los autores para destruir a los saharauis, así como que fue consciente plenamente de que los hechos que cometió se insertaban e integraban en esta estrategia criminal.

Sin embargo, también es cierto, siempre en el plano indiciario en que este análisis se sitúa, lo siguiente:

- **LEHSAN CHAF YEUDAN** no ostentaba la dirección global del plan ni tenía ninguna clase de responsabilidad decisoria, ni siquiera en estado intermedio.
- Conoció con anterioridad (y no posteriormente a su participación) la existencia del presunto plan genocida, pero no consta que tuviera detalle sobre su ejecución concreta, ni que participara activa u omisivamente en otros hechos. Tampoco consta que tuviera responsabilidades determinadas que le exigieran una intervención como garante, ni siquiera en relación con los restantes sucesos que tuvieron lugar en la prisión de Smara. El hecho de que fuera guardia en la prisión en 1977 no le hace responsable de las personas que fueron detenidas ilegalmente y allí ingresadas y torturadas sin su concurso personal, en cuanto no consta si lo prestó y en qué medida.
- No consta que adoptara decisiones ni tampoco que realizara alguna aportación relevante, distinta de la ya mencionada, a la ejecución de las decisiones adoptadas por otros.

En definitiva, la participación de **LEHSAN CHAF YEUDAN** en los escalones inferiores del aparato de poder organizado que cometió el genocidio contra el pueblo saharauí, no le hace responsable por sí misma de todos los hechos cometidos por la estructura o bajo su ámbito, sino solo de aquellos a los cuales realizó alguna aportación mínimamente relevante. En cuanto no tuvo capacidad de dirección, decisión y/o organización y no participó en los hechos de manera general y persistente en el tiempo, no hay base indiciaria alguna que permita procesarle por delito de genocidio por todos los delitos cometidos por la estructura de poder o bajo su ámbito, sino únicamente por aquellos en los que tuvo participación personal relevante, lo que sí ocurrió en los hechos que sucedieron en el cuartel-prisión de Smara en enero de 1977, que constituyen, según se ha indicado anteriormente y también de modo expreso en la resolución recurrida, un delito de genocidio cometido mediante un acto concreto contra la vida e integridad de las personas (torturas sobre la persona de BRAHIM MOHAMED SALEM OMAR).

SÉPTIMO.- La cuestión final se centra en el plazo de prescripción aplicable a este delito de genocidio cometido mediante un acto concreto contra la vida e integridad de las personas y, en particular el dies a quo para su cómputo.

Alega el Fiscal que los actos de **LEHSAN CHAF YEUDAN** fueron individuales y concretos y que, por tanto, el plazo de prescripción aplicable es el correspondiente a tales hechos, debiendo comenzar a correr desde que ocurrieron tales hechos en 1977 (por lo que habrían prescrito los hechos en 2006, en que se presentó la querrela, porque habrían transcurrido más de 20 años).

Pero no es irrazonable sostener que el concreto delito de genocidio cometido mediante torturas que presuntamente pudo cometer **LEHSAN CHAF YEUDAN** formó parte inseparable del delito de genocidio que se cometió desde 1975 a 1991, porque él lo cometió siendo plenamente consciente cuando realizó tales hechos de que estaba participando y coadyuvando directa y eficazmente al delito de genocidio que se cometió durante todos los años indicados y de que su acción se insertaba en un proceso sistemático de destrucción biológica del grupo étnico saharauí, así como de estar participando concreta y específicamente con su acción en dicho plan y contribuyendo de manera relevante al mismo. Por esta razón, como se argumentó en el FJ 5º de esta resolución, no es irrazonable sostener que el hecho en que participó se integra y constituye una unidad con el delito principal genocida y que, por aplicación de la doctrina jurisprudencial también citada en el mismo FJ 5º, debe considerarse conjuntamente el término de prescripción, aplicando el correspondiente al delito principal, a computar desde que este plazo debe computarse para este delito, es decir, desde 1991. Y este plazo, como se indicó en el FJ 4º anterior, no ha transcurrido. Y ello con independencia de que, por las circunstancias que concurrieron en el imputado al no tener capacidad decisión y mando en la estructura de poder, no deba responder penalmente por todos los hechos cometidos por la estructura de poder sino sólo de aquél en el que participó directamente.

En esta situación, conviene recordar de nuevo lo que se apuntaba en el FJ 4º de esta resolución: cuando se trata de declarar la prescripción en fases previas del proceso, las decisiones prescriptivas deben venir acompañadas de la máxima cautela. Debe realizarse una suerte de diagnóstico diferencial y, sólo en los supuestos en que de manera clara se aprecie que con independencia de la opción que se escoja la responsabilidad presunta ha prescrito deberá ordenarse la consecuente extinción de la misma. No es el caso. Y ello impide que ahora, en esta fase procesal instructora, pueda acordarse la extinción de la responsabilidad criminal del imputado cuando son tan graves las responsabilidades criminales que se le imputan y cuando existen evidencias indiciarias de su conocimiento y participación, aun limitada en el tiempo y por razón de su graduación, en el plan genocida.

OCTAVO.- En consecuencia, estimando el recurso, procede revocar en este único extremo la resolución recurrida y formalizar la imputación respecto a **LEHSAN CHAF YEUDAN** por delito de genocidio cometido mediante torturas en la persona de BRAHIM MOHAMED SALEM OMAR, por los hechos cometidos en la prisión de Smara en enero de 1977, constituyéndole en parte procesal en calidad de procesado, con todas las consecuencias derivadas de esta condición, decisión que se adopta en estricto cumplimiento de lo ordenado en la LECrim, cuando en su art. 384 manda al juez instructor dictar auto de procesamiento “desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona”.

La decisión de procesar a quien hasta ahora figuraba como querellado en las actuaciones se adopta porque, como se ha indicado, en las mismas aparecen motivos bastantes para afirmar con fundamento que se está en presencia de hechos tipificados en el Código Penal, y concurren indicios racionales de criminalidad contra **LEHSAN CHAF YEUDAN**. No cabe, por tanto, demorar la decisión judicial de procesamiento, así como tampoco retrasar el dar a conocer al procesado los términos de la propia imputación formal que se verifica mediante la presente resolución, lo que habrá de llevarse a cabo mediante la oportuna declaración indagatoria, sin perjuicio de lo que procediere acordar, como se razonará más adelante, respecto de su situación personal.

NOVENO.- En orden a la situación personal del procesado, no encontrándose a disposición del procedimiento, y a la vista de la gravedad de los hechos objeto del procesamiento, procede, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 503, 505, 539 y concordantes LECrim, ordenar su busca, captura e ingreso en prisión, cursándose las oportunas órdenes internacionales de detención contra el mismo para su ulterior extradición, lo que se resolverá en sus respectivas piezas de situación personal, previa constancia de sus datos de filiación y completa identidad en las actuaciones.

A tal efecto, remítase con carácter previo a las Autoridades Judiciales de Marruecos la comisión rogatoria acordándose en el mismo trámite la puesta en conocimiento del procesado del contenido de la presente resolución, y recabándose de las Autoridades de Marruecos la aportación de cuantos datos facilitaren la correcta identificación y filiación del procesado.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, se dicta la siguiente

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO:

1. Estimar el recurso de reforma interpuesto por la representación procesal de la ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS Y OTROS contra el auto de procesamiento dictado en esta causa de 09.04.2015, revocando la referida resolución exclusivamente en el particular relativo a LEHSAN CHAF YEUDAN.

2. Declarar procesado a LEHSAN CHAF YEUDAN por los hechos y presuntos delitos recogidos en la presente resolución (delito de genocidio cometido mediante actos concretos de tortura sobre la persona de BRAHIM MOHAMED SALEM OMAR en el cuartel de Smara en enero de 1977).

3. Se acuerda la busca, detención e ingreso en prisión de LEHSAN CHAF YEUDAN, librándose la oportuna orden internacional de detención contra el procesado, para su ulterior extradición, lo que se resolverá en su pieza de situación personal, previa constancia de sus datos de filiación y completa identidad en las actuaciones.

4. Fórmese pieza de situación personal, que se formará con testimonio de la presente resolución.

5. Remítase a las autoridades judiciales de Marruecos comisión rogatoria internacional para la puesta en conocimiento del procesado del contenido de la presente resolución, recabándose de las autoridades de Marruecos la aportación de cuantos datos facilitaren la correcta identificación y filiación del procesado.

6. Confirmar la resolución recurrida en el resto de sus pronunciamientos.

Notifíquese a las partes personadas y al Ministerio Fiscal.

Contra este auto cabe recurso de apelación, en un solo efecto, para ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Lo acuerda, manda y firma Don José de la Mata Amaya, Magistrado del Juzgado Central de Instrucción número 5.