

CUESTIONES SOBRE EL DERECHO A LA NACIONALIDAD DE LOS SAHARAUIS

QUESTIONS ON THE RIGHT TO NATIONALITY OF THE SAHRAWIS

Carlos Ruiz Miguel*

Fecha de recepción: 10 de octubre de 2018.

Fecha de aceptación y versión final: 29 de noviembre de 2018.

Resumen

Uno de los problemas que ha causado el deficiente proceso de descolonización de la antigua colonia española del Sahara Occidental, ha sido que el derecho humano a la nacionalidad y a no ser privado arbitrariamente de la nacionalidad fue gravemente lesionado. En 1976, tras el abandono español de la colonia, sin haber finalizado el proceso de descolonización conforme al Derecho Internacional, se dictó un Decreto para regular la nacionalidad de los originarios del Sahara Occidental. Pero este Decreto, en la práctica, privaba a la inmensa mayoría de los saharauis de su nacionalidad española, sin que España reconociera su nacionalidad saharauí. Con ello se pretendía que los saharauis, perdiendo su derecho a la nacionalidad, se integraran en los países que ocuparon ilegalmente su territorio (Marruecos, Mauritania), o en el país que albergó a los refugiados que huían de la invasión (Argelia). Los tribunales españoles han tenido que decidir muchos casos sobre la nacionalidad de los saharauis ofreciendo diversas soluciones, pero sin atacar la raíz del problema.

* Licenciado en Derecho (UVA), Doctor en Derecho (UCM), Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Santiago de Compostela, España. Profesor invitado en universidades de Francia, Eslovenia, Bielorrusia, Argentina y Brasil.

Abstract

One of the problems caused by the failed process of decolonization of the former Spanish colony of Western Sahara, has been that the human right to nationality and not to be arbitrarily deprived of nationality was seriously injured. In 1976, after the Spanish withdrawal of the colony, without having completed the process of decolonization under the International Law, a Decree was issued to regulate the nationality of the natives of Western Sahara. But this Decree, in practice, deprived the vast majority of the Sahrawis of their Spanish nationality, without recognizing their Saharawi nationality. It was intended that the Sahrawis, losing their right to nationality, should integrate into the countries that illegally occupied their territory (Morocco, Mauritania), or into the country that housed the refugees fleeing the invasion (Algeria). The Spanish courts have had to decide many cases on the nationality of the Sahrawis by offering various solutions, but without focusing in the root of the problem.

Conceptos clave: Derechos humanos, derecho a la nacionalidad, apatridia, Sahara Occidental, descolonización.

Keywords: Human rights, right to nationality, statelessness, Western Sahara, decolonization.

* Licenciado en Derecho (UVA), Doctor en Derecho (UCM), Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Santiago de Compostela, España. Profesor invitado en universidades de Francia, Eslovenia, Bielorrusia, Argentina y Brasil.

Introducción

El artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “toda persona tiene derecho a una nacionalidad” y que “a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”. Este derecho consagrado como universal, sin embargo, es matizado en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos cuyo artículo 24.3 se limita a decir que “todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

Sin duda, el derecho a la nacionalidad es uno de los derechos humanos a los que menos atención presta la doctrina científica, y las organizaciones no gubernamentales que defienden los derechos humanos tampoco suelen prestar excesiva atención a este derecho. Sólo en crisis políticas localizadas se plantea el problema de la vulneración de este derecho.

El conflicto del Sahara Occidental es una de esas crisis que ha tenido como consecuencia una afectación muy importante al derecho a la nacionalidad. A diferencia de lo ocurrido con la descolonización de otros territorios españoles en África en donde la cuestión de la nacionalidad quedó correctamente prevista, aquí el abandono precipitado del Territorio No Autónomo del Sahara Occidental por España, su potencia administradora, y la subsiguiente ocupación de gran parte de su territorio (por Marruecos y Mauritania) tuvo, entre otros efectos, el de privar a los saharauis de la nacionalidad española que hasta entonces poseían..., sin que la potencia administradora reconociera al Estado saharauí, fundado al día siguiente de que España abandonara sus responsabilidades en el Territorio.

Al no reconocer a la República Saharauí, al tiempo que privaba de su nacionalidad española a los saharauis, se forzaba a esta población a que se integrara en los Estados que ocuparon ilegalmente la mayor parte del Territorio (Marruecos, Mauritania) o en el Estado que albergó a casi la mitad de la población de ese Territorio que huyó de la ocupación (Argelia). Casi un cuarto de siglo después de este abandono, los tribunales españoles tuvieron que decidir sobre demandas relativas a la nacionalidad de los saharauis. El Tribunal Supremo español (TS), aunque no ha avalado la adopción de la nacionalidad de las potencias ocupantes o de la potencia de refugio, no ha dado una solución única a estos casos, utilizando argumentos que rehúsan el núcleo del problema.

1. Antecedentes: el estatuto de nacionalidad en los modelos de descolonización española en África

El abandono del Sahara Occidental cierra la historia de la colonización española en África. La última ocupación ininterrumpida del Sahara Occi-

dental por España se inició en 1884, fecha en la que se declaró un “protectorado” sobre el territorio en cuestión tras pactar con las tribus locales y concluyó en febrero de 1976. Sin entrar a considerar otros aspectos jurídico-internacionales a los que me he dedicado en otro lugar, el abandono del Sahara Occidental constituye un caso peculiar dentro de la historia de la descolonización española en África. Hasta entonces se habían producido diferentes tipos de situaciones. Un primer grupo de situaciones es el centrado en torno a Marruecos, un segundo grupo que es el relativo a Guinea Ecuatorial y el tercero, el del Sahara Occidental.

A. En *Marruecos* encontraremos una descolonización con una doble modalidad: la primera por terminación de un “protectorado” y la segunda por “retrocesión” de un territorio. La primera modalidad se refiere al abandono del protectorado. Este abandono se produjo en dos etapas. En un primer momento (1956), se concedió la independencia a la “zona norte” del protectorado español de Marruecos.¹ Esta medida se adoptó muy poco tiempo después de que Francia hubiese concedido la independencia a la parte de Marruecos que, desde el Tratado hispano-francés de 1912,² se encontraba bajo su protectorado.

De esta suerte, España no hacía sino transferir un territorio a un Estado ya existente antes de la constitución del protectorado y que acababa de recuperar su soberanía semanas antes. En un segundo momento (1958), se produjo la cesión a Marruecos de la llamada “zona sur” del Protectorado (la región denominada de Villa Bens, Tarfaya o Cabo Juby y que abarca desde el sur del río Draa hasta el paralelo 27°40').³

En esta primera modalidad se siguieron los mismos criterios en orden a la atribución de nacionalidad de los afectados: los “nativos”, esto es, los

¹ Declaración conjunta hispano-marroquí de 7 de abril de 1956 (*United Nations Treaty Series*, volumen 13339, 1956, nº I-22464, páginas 138-143)

² Convenio hispano-francés de 27 de noviembre de 1912 (*Gaceta de Madrid* número 93, de 3 de abril de 1913, p. 26-32).

³ Acuerdo hispano-marroquí de 1 de abril de 1958. Este acuerdo nunca fue publicado en el *B.O.E.*

musulmanes árabo-bereberes, adquirirían la nacionalidad del Estado marroquí que supuestamente poseían antes del establecimiento del protectorado; los “colonizadores”, esto es, los españoles indo-europeos seguían con la nacionalidad española. La segunda modalidad de descolonización española en Marruecos afecta al territorio de Ifni que fue objeto de “retrocesión” en 1969.⁴ Aquí nos encontramos con una situación diversa: Ifni no era un protectorado español, sino un territorio de soberanía (desde el Tratado hispano-marroquí de 1860, aunque no fuese hasta 1934 cuando se produjese la ocupación efectiva).

De ahí que los naturales de Ifni se consideraran nacionales españoles a todos los efectos. Al producirse la entrega a Marruecos del territorio se concedió a los naturales de Ifni la facultad de optar entre mantener la nacionalidad española o adquirir la nueva nacionalidad marroquí.⁵

B. Distinto es el supuesto de la descolonización de la Guinea Ecuatorial, compuesta por las “provincias” de Fernando Poo y de Río Muni. En este caso, no se produce una transferencia de un territorio de un Estado soberano a otro Estado soberano preexistente, sino que se crea un Estado *ex novo*. De ahí que la cuestión del status de la población no pudiese formularse en idénticos términos que en el caso de Marruecos. Por otro lado, el tránsito a la independencia fue facilitado por la instauración de una fase previa de autonomía a partir de 1964.⁶

La normativa sobre el régimen autónomo establecía ya una distinción entre los “nacionales naturales de Fernando Poo y Río Muni” y los “demás

⁴ Convenio de 4 de enero de 1969, ratificado por Instrumento de Jefatura del Estado de 30 de abril sobre retrocesión de Ifni a Marruecos (*Boletín Oficial del Estado* núm. 134, de 5 de junio de 1969, páginas 8805 a 8808).

⁵ Esta posibilidad, prevista en el art. 3 del Tratado de retrocesión antecitado, se desarrolló mediante el Decreto nº 1347/1969, de 26 de junio (*Boletín Oficial del Estado* núm. 158, de 3 de julio de 1969, páginas 10445 a 10445) que establece que “el interesado que... quiera optar por la nacionalidad española, formulará la correspondiente declaración ante el encargado del Registro Civil de su domicilio...”.

⁶ Decreto nº 1885/1964, de 3 de julio, por el que se aprueba la Ley articulada sobre Régimen Autonómico de la Guinea Ecuatorial (*Boletín Oficial del Estado* núm. 161, de 6 de julio de 1964, páginas 8679 a 8685).

[cursiva mía] nacionales avecindados en estos territorios” (art. 2). Se establecía una diferencia, pero también quedaba claro que todos los ciudadanos guineanos, antes de la independencia, tenían nacionalidad española (que no podía ser sino de origen).⁷

Esta diferenciación se tradujo poco después en el momento de la independencia.⁸ La consecuencia de lo anterior era que al nacer la nueva República las personas “de ascendencia africana” y “nacidas en Guinea Ecuatorial” y sus descendientes poseían una nueva nacionalidad, la ecuatoguineana, y dejaron automáticamente de tener la nacionalidad española: la Constitución del nuevo Estado era parca en este terreno que no parecía ser problemático.⁹ Así pues, aparentemente, no se dio ninguna opción a

⁷ Disentimos, en consecuencia, de Peña, para quien las personas de la Guinea Española “nunca fueron españolas en sentido propio”, sino que tenían “un status político y civil especial”. *Cfr.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, “La nacionalidad española: introducción”, en M. Albadalejo y S. Díaz Alabart (Ed s.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 3º, Edersa, Madrid, 1993 (2ª ed.), p. 1 ss. (p. 33).

⁸ Así se aprecia en dos momentos políticos importantes. En primer lugar, los llamados a pronunciarse en referéndum acerca del Proyecto de Constitución elaborado por la Conferencia Constitucional de Guinea Ecuatorial fueron únicamente “las personas, mayores de veintinueve años, de ascendencia africana, que hayan nacido en Guinea Ecuatorial, y sus hijos, aunque hayan nacido fuera de ella, *siempre que en uno y otro caso vengan poseyendo como tales la nacionalidad española* [cursiva mía]” (art. 4 del Decreto nº 1748/1968, de 27 de julio, por el que se somete a referéndum el texto de la Constitución elaborado por la Conferencia Constitucional [*Boletín Oficial del Estado* núm. 181, de 29 de julio de 1968, páginas 11114 a 11115]). En segundo lugar, una vez que triunfó la opción independentista en el referéndum, para determinar los llamados a votar en las primeras elecciones generales, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la nueva República, se siguió el mismo criterio ante-expuesto (art. 5 del Decreto nº 2070/1968, de 16 de agosto, que declara aprobada la Constitución y convoca elecciones generales [*Boletín Oficial del Estado* núm. 199, de 19 de agosto de 1968, páginas 12239 a 12241]).

⁹ A la cuestión de la nacionalidad se le dedican dos breves artículos, el 5º (“todos los nacionales de Guinea Ecuatorial son electores y elegibles...”) y el 6º (“el régimen relativo a la nacionalidad se determinará en una Ley Institucional”), además de la importante disposición transitoria 1ª (“con independencia de lo que en su día disponga la Ley de Nacionalidad, se considerarán nacionales guineanos las personas de ascendencia africana que hayan nacido en Guinea Ecuatorial y sus hijos, aunque hayan nacido fuera de ella, siempre que, en uno y otro caso, *vengan poseyendo como tales la nacionalidad española* [cursiva

los guineanos para seguir siendo españoles. Fue nueve años después, y por razones no ajenas a la tensa situación política existente entre ambos Estados, cuando se dicta un decreto,¹⁰ atribuyendo un derecho de opción para “determinados” individuos que, como condición previa, pudieran ser considerados “guineanos” según los criterios del Estatuto de Autonomía de 1964. Estos “determinados” guineanos eran de dos categorías, a saber, por un lado, los que se hallasen residiendo en España al dictarse este Decreto (es decir, básicamente, exiliados políticos); por otro lado, los que después de la independencia hayan estado al servicio de las Armas españolas o hayan ejercido cargo o empleo público “como súbditos españoles” (supuesto éste, en realidad, absurdo, pues si eran “súbditos españoles” después de la independencia de Guinea, tendrían que tener la nacionalidad española).

C. El último supuesto fue el del Sahara Occidental, que constituye un caso de descolonización atípica y, por qué no decirlo, bastante lamentable. A diferencia de lo que ocurría en el caso de Marruecos, no se trató de transferir un territorio de un Estado soberano preexistente (España) a otro ya existente previamente; frente a lo sucedido en Guinea, no se trató de transferir un territorio de un Estado soberano preexistente a un Estado soberano *ex novo*. En el Sahara Occidental lo que se produjo fue pura y sencillamente un abandono. Ahora bien, este lamentable procedimiento de descolonización si bien condujo a un abandono del territorio, formalizado desde el 26 de febrero de 1976,¹¹ no solucionaba la cuestión de qué ocurría con la población asentada sobre tal territorio.

mía]”). Puede encontrarse el texto de esta Constitución en GARCÍA DOMÍNGUEZ, Ramón, *Guinea-Macías. La ley del silencio*, Plaza & Janes, Barcelona, 1977, p. 300 ss.

¹⁰ Real Decreto n° 2987/1977, de 28 de octubre, que concede la nacionalidad española a determinados guineanos (*Boletín Oficial del Estado* núm. 282, de 25 de noviembre de 1977, páginas 25874 a 25875).

¹¹ La Nota del Representante Español en Naciones Unidas de 26 de febrero de 1976 dice, entre otras cosas, que “el Gobierno español, con fecha de hoy, da término definitivamente a su presencia en el territorio del Sahara y estima necesario dejar constancia de lo siguiente: a) España se considera desligada en lo sucesivo de toda responsabilidad de carácter internacional con relación a la administración de dicho territorio, al cesar su participación en la administración temporal que se estableció para el mismo” (A/31/56, S/11997).

Por un lado, Marruecos y Mauritania intentaron anexionarse el territorio, lo cual hubiese significado que la población adquiriría la nacionalidad del nuevo poseedor del territorio, esto es, la nacionalidad marroquí o la mauritana; por otro lado, un importante sector de la población saharauí fundó, justo en el momento del abandono español (el 27 de febrero de 1976) su propio Estado, la República Árabe Saharaui Democrática (RASD), que contaba con su propio territorio controlado por las fuerzas armadas independentistas, su propia población y su propio poder soberano (elementos clásicos de la estatalidad).

Sin embargo, estos acontecimientos políticos no consiguieron solucionar el problema. Por un lado, la anexión del territorio por los nuevos ocupantes, ni fue reconocida internacionalmente ni lo fue por España, lo cual significó que no podía considerarse que la población del territorio adquiriría la nacionalidad de los Estados ocupantes (pues la posesión de tal territorio carecía de un título reconocido); por otro lado, aunque la RASD fue reconocida por Estados de los cinco continentes y fue admitida en la OUA, no ha sido reconocida por España, lo cual implicaba que España no reconocía una “nacionalidad saharauí” a la que pudieran mudarse los hasta entonces ciudadanos españoles del Sahara Occidental.

La paradoja resultante fue que, aunque el 26 de febrero de 1976 España abandonó el territorio, y el Sahara Occidental dejó de ser el “Sahara Español”, en tal fecha los ciudadanos saharauis, que antes eran españoles, seguían siéndolo después, precisamente por no estar aclarado el status del territorio. España se había “librado” jurídicamente del territorio (aun cuando incluso este aspecto es discutible), pero no había conseguido desprenderse jurídicamente de la población. Sin embargo, parece claro que dicha población se había convertido en un “problema” político del que había que desembarazarse. El modo de eliminar el problema se creyó verlo en un Real Decreto (RD)¹² que disponía que los ciudadanos saharauis (hasta entonces con nacionalidad española) disponían del plazo de un año para optar por la nacionalidad española compareciendo ante el juez encargado del Registro Civil del lugar de su residencia española. Se creyó poner

¹² Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto (*Boletín Oficial del Estado* núm. 233, de 28 de septiembre de 1976, p. 18904).

así fin, definitivamente, a la responsabilidad de España en el Sahara Occidental.

Sin embargo, el propio Real Decreto es una confesión de aquello que quiere negar porque cuando se dicta (el 10 de agosto de 1976), los saharauis siguen siendo españoles, pese a que el territorio había dejado de serlo (el 26 de febrero de 1976). Más adelante se abundará en la crítica de este Real Decreto.

2. Las consecuencias para la nacionalidad de la ley de supuesta descolonización de 1975

El citado Real Decreto 2258/1976, que daba a los saharauis la posibilidad de optar por la nacionalidad española (art. 1), en el plazo de un año, compareciendo ante el juez encargado del Registro Civil del lugar de su residencia española (art. 2), sin mencionar la posibilidad de acudir a los registros consulares, supuso desposeer de la nacionalidad española a quienes la tenían de origen, obligándoles indirectamente a adoptar la nacionalidad de otro país (se pretendía que adoptaran la marroquí o la mauritana), pues de no hacer esto último, o bien quedarían en situación de apátridas o bien tendrían que comparecer ante un juez español.

A. Este decreto a nuestro juicio debe ser considerado nulo por las siguientes razones.

En primer lugar, el RD 2258/1976 *se opone a lo dispuesto al Código Civil*, entonces vigente. Materialmente, el Decreto establece una regulación sobre la pérdida de nacionalidad que contradecía la vigente en aquel entonces (contenida en el Código Civil). La normativa del Código Civil (arts. 22 y 23 en la redacción de ese momento) establecía que sólo se podía perder la nacionalidad española por adquisición *voluntaria* de otra nacionalidad, por sanción, o por mantener la unidad jurídica de la familia (que la mujer contrajera matrimonio con un extranjero, etc.). Tal contradicción sólo podría ser válida si el RD pudiese derogar lo dispuesto en el Código Civil, y ello nos lleva a estudiar el problema del rango de la norma. Las normas sobre

adquisición y pérdida de la nacionalidad, que estaban contenidas en el Código Civil, eran fruto de una reforma del mismo aprobada por una ley de 15 de julio de 1954: formalmente, el Decreto es una norma inferior (decreto) a la ley (norma superior) y, por ende, no puede contradecirla.

En segundo lugar, la normativa de ese decreto se opone a un principio general del derecho cual es que “nadie está obligado a lo imposible”. En efecto, es evidente que los saharauis, en 1976, estaban emprendiendo un penoso éxodo por el desierto, primero hacia el interior del Sahara Occidental y luego (tras los bombardeos con napalm y fósforo blanco por la aviación marroquí) hasta Argelia, donde, en un estado de miseria absoluta, carecían de lo más indispensable. De un lado, es dudoso que pudieran tener conocimiento de la normativa en el exilio, pues allí no llegaba el *Boletín Oficial del Estado* (BOE); de otro lado, es claro que no estaban en condiciones de acudir a ningún Registro civil o consular español para formalizar esa opción que, por tanto, fue imposible.

En tercer lugar, el RD 2258/1976 se opone a lo previsto en la Constitución Española (CE) de 1978 (que en su art. 11.2 CE dice que “ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad”).

Ahora bien, ¿era español de origen en el momento de aprobarse la Constitución? La cuestión es de legalidad y queda al albur de la interpretación que se haga del Decreto de 1976: si tal Decreto es válido, tal persona perdió su nacionalidad, con lo que en el momento de entrar en vigor la Constitución no era español y no podría acogerse a este precepto; pero si el Decreto es nulo, como postulamos, el individuo era español de origen cuando comienza la vigencia de la Constitución, la cual le sería enteramente aplicable.

En ese supuesto, a un individuo que era español de origen y que aún vive, se le niega su nacionalidad española por un poder público español después de entrada en vigor la Constitución. En la medida en la que el individuo recurrente aún vive y sufre las consecuencias de la privación-denegación de la nacionalidad española, no podemos decir que la priva-

ción de nacionalidad sea una “situación agotada” o una “relación consagrada” a la que, en consecuencia y siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (TC), no se pudiera aplicar retroactivamente la Constitución.¹³

A mayor abundamiento, hay que indicar que el art. 11.2 CE, tal y como se establece en el precepto anterior de la Norma Suprema (en el art. 10.2 CE) debe interpretarse de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual establece en su art. 15 no sólo que “toda persona tiene derecho a una nacionalidad” (derecho que fue vulnerado al dejar este RD a muchas personas en situación de apatridia), sino también que “a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad”.

B. A este respecto creo que cabe rechazar las tres alegaciones que se han hecho para apoyar la regularidad formal del RD.

La primera es que el Decreto sea válido por ser un desarrollo de la ley de “descolonización”. No se puede afirmar que el mismo se dictaba en aplicación de la ley de descolonización que delegaba en el Gobierno la posibilidad de adoptar las medidas “que sean precisas para llevar a cabo la descolonización del *territorio* [cursiva mía]... salvaguardando los intereses españoles”. Este argumento no es admisible por los siguientes motivos. De un lado, porque el RD no afecta a un *territorio* (que había dejado de ser español el 26 de febrero de 1976), sino que afecta a una *población* (que seguía siendo española en el momento de dictarse el RD y cuando el territorio ya no era español), es decir, el status de la población no necesariamente sigue al del territorio.

De otro lado, porque desde el momento en que los saharauis se veían privados de adoptar su propia nacionalidad creando su propio Estado de acuerdo con el referéndum de autodeterminación exigido por Naciones Unidas, no se operaba una descolonización, sino que ellos simplemente cambiaban (creemos que a peor) de colonizadores; distinto hubiese sido el caso de que, bien se hubiese atribuido un título jurídico a Marruecos para anexionar el territorio (lo que no es el caso), bien se hubiese reconocido por España a la RASD, en cuyo caso los saharauis efectivamente podrían

¹³ SSTC 42/1986, de 11 de abril (FJ 3º), 99/1987, de 11 de junio (FJ 6º), 227/1988, de 29 de noviembre (FJ 9º).

haber optado entre la nacionalidad del Estado Español o la de la RASD. Por lo demás, resulta extremadamente dudoso que ese decreto salvaguardara los intereses españoles.

La segunda es que, como se dijo en el preámbulo del RD, el Ministro de Justicia que dictó la norma (Landelino Lavilla), el mismo se dictó “en uso de las atribuciones que me confiere el artículo 19 del Código Civil”. Pero esto es inexacto, porque ese precepto establecía la posibilidad de *adquirir* la nacionalidad española por parte, obviamente, de quien antes no era español, por el procedimiento de naturalización, en el que se requiere que el peticionario reúna ciertas circunstancias. La adquisición de la nacionalidad por este procedimiento implicaba que el peticionario debía renunciar previamente a su nacionalidad anterior (art. 19.4º del Código Civil, en la redacción entonces vigente). Es evidente que los saharauis, antes de la desdichada descolonización tenían nacionalidad española, como lo prueba el que votaran en el referéndum, de carácter materialmente constitucional, sobre la Ley Orgánica del Estado en 1966.¹⁴ Resulta absurdo interpretar que para adquirir la nacionalidad española haya que renunciar previamente a la nacionalidad española.

En consecuencia, la supuesta regulación del RD como un régimen especial del procedimiento general de adquisición de la nacionalidad por naturalización resulta absurda, y por ende, debe entenderse por no existente como resultado de una interpretación armónica del conjunto del ordenamiento.

La tercera no es tampoco compatible con la tesis postulada por Peña Bernaldo de Quirós, según la cual el RD en cuestión sería admisible en tanto que puede entenderse como una “carta de naturaleza colectiva”, precisándose que quienes no se acogiesen a dicha “carta colectiva de gracia” quedaban privados de la nacionalidad española.¹⁵ La interpretación podría

¹⁴ Orden de 29 de noviembre de 1966 relativa al procedimiento para la aplicación del referéndum a los residentes en las Provincias Africanas y en el Territorio de Guinea Ecuatorial (*Boletín Oficial del Estado* n.º. 286, de 30 de noviembre de 1966).

¹⁵ Este autor es consciente de ellos al decir que en realidad “no se trataba de una adquisición de la nacionalidad española *ex novo* por quien ya es extranjero, sino sólo de la plenificación del rango de una nacionalidad que ya se tenía”. *Cfr.* PEÑA Y BERNALDO

ser admisible si se dirigiese a personas que *no tenían* la nacionalidad española; el problema insoluble de este argumento es precisamente que el RD se dirigía a personas que hasta ese momento *sí tenían* la nacionalidad española y que, precisamente, a raíz de tal RD la pierden. La “carta de naturaleza” lo que hace es *otorgar* la nacionalidad española, nunca *quitarla*.

3. El problema en la jurisprudencia española.

3.A. *La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) (Sala 1ª) de 28 de octubre de 1998.*¹⁶

a. Los hechos del caso.

El caso tiene su origen en la demanda del Sr. Badadi Mohamed Mulud, nacido en El Aaiún, capital del Sahara Occidental el 19 de marzo de 1950. En 1993, el Sr. Mohamed acudió al Registro Central de Madrid para solicitar su partida de nacimiento, pero se le extendió certificación negativa.

A continuación dirigió a la Dirección General del Registros y del Notariado (DGRN) un escrito solicitando el reconocimiento de su nacionalidad española, que fue contestado negativamente mediante resolución de 9 de septiembre de 1993 en la que se declaraba textualmente que “el Sáhara nunca fue territorio español a efectos de adquisición de la nacionalidad, ni sus habitantes fueron españoles en sentido estricto, sino que aquel territorio se entendía sometido a la soberanía española y sus habitantes súbditos españoles, pero no nacionales”. Dicha resolución añadía: “hoy día, transcurrido en exceso el plazo que se concedió para que los habitantes de la antigua Colonia española pudieran hacerse españoles con plenitud de derechos, mediante una solicitud específica, es de aplicación el régimen general y por lo tanto para adquirir la nacionalidad española ha de aplicarse el plazo general de residencia ‘legal’ de diez años”.

DE QUIRÓS, Manuel, “La nacionalidad española...”, *op. cit.*, pp. 39 y 40. Es insostenible esta afirmación: la nacionalidad no admite grados: o se tiene o no se tiene. Otra cosa es que dentro de la misma nacionalidad existan diferentes status..., pero la nacionalidad es única.

¹⁶ Sentencia 6268/1998, de la Sala I (de lo Civil) del Tribunal Supremo, de 28 de octubre de 1998 (ponente: José Almagro Nosete).

Frente a esta resolución, la representación del Sr. Mohamed interpuso demanda de amparo ordinario civil contra el Estado Español, al amparo de lo previsto en los arts. 11 y siguientes de la Ley 62/1978, alegando vulneración del derecho a la igualdad en el ejercicio del derecho a la nacionalidad.¹⁷ El Ministerio Fiscal se opuso a la demanda, la cual se sustanció en los autos 129/1994 seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 58 de Madrid que desembocaron en una sentencia desestimatoria de 3 de marzo de 1995 que determinó que el orden jurisdiccional competente era el contencioso-administrativo. Frente a esta decisión se interpuso recurso de apelación admitido y sustanciado por la Audiencia Provincial de Madrid, la cual lo desestimó mediante sentencia de 16 de enero de 1996. Contra esta última resolución se interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo (recurso 617/1996). La representación del Sr. Mohamed adujo dos motivos casacionales. Conforme al primero (art. 1692.1 LEC) estimó que la sentencia de la Audiencia Provincial declarándose incompetente incurría en defecto de jurisdicción infringiendo fundamentalmente los arts. 9 y 22 LOPJ y 51 y 63 LEC; conforme al segundo (art. 1692.4 LEC) consideró básicamente que se había infringido el art. 14 CE en relación con los arts. 11.1 y 2 del mismo texto. La Abogacía del Estado, por su parte, se opuso a ambos motivos del recurso. En cuanto al primero, entre otras cosas, afirmó que el acto que da origen al pleito (una resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado —DGRN—) es un acto de la Administración Pública sujeto al Derecho Administrativo,

¹⁷ Además de esta demanda civil, la representación del actor inició otro procedimiento. Solicitó al Ministerio de Administraciones Públicas que hiciera constar el carácter de funcionario público del Sr. Mohamed (que llevaba entonces consigo la condición de español), pero el Ministerio contestó que, aparte de otras razones, se produjo la pérdida de la nacionalidad española y consecuente condición de funcionario. Contra ese acto, se formuló recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, que fue desestimado mediante sentencia dictada en julio de 1998, la cual ha sido recurrida en casación ante el Tribunal Supremo sin que se haya aún resuelto este asunto. Tomo estos datos de un trabajo publicado por la Abogada del Sr. Mohamed: FISAC, María José, “La privación de la nacionalidad como violación de los derechos humanos civiles de los saharauis. El enjuiciamiento por el Tribunal Supremo Español de la descolonización del Sáhara”, en VV.AA. *Congreso Constitutivo de la Asociación Internacional de Juristas por el Sáhara Occidental*, Alicante, 1997, p. 37 ss. (45).

por lo que, de estimarse que afectaba a un derecho fundamental, el cauce adecuado, de acuerdo con la disposición transitoria 2ª.2 LOTC era el amparo ordinario contencioso-administrativo (Sección 2ª de la Ley 62/1978, entonces vigente); por lo que respecta al segundo motivo, afirmó que las normas sobre discriminación invocadas para nada afectaban a la cuestión litigiosa. Finalmente, el Ministerio Fiscal modificó la postura que había sostenido en las instancias inferiores adhiriéndose al recurso. De esta suerte, y en relación con el primer motivo, opina que la declaración de nacionalidad es una cuestión civil “sin perjuicio de que esa declaración tenga efectos sobre una resolución de la DGRN, de cuya impugnación no se trata en este pleito, como no podía tratarse, por lo demás” (¿?); por lo que respecta al segundo motivo, no constan en los antecedentes de hecho de la sentencia consideraciones dignas de mención.

b. Los problemas jurídicos planteados.

b.I. Está claro que desde el momento en que la propia España comunicó a Naciones Unidas que el Sahara Occidental era un “Territorio No Autónomo”¹⁸, el territorio del Sahara no se encontraba asimilado al resto del territorio nacional. Pero cabría preguntarse qué ocurre en relación a la población.

A este respecto es indudable que los habitantes de ese territorio tenían la nacionalidad española, y que esa nacionalidad era la española de origen. En efecto, aunque como declaró el Tribunal Internacional de Justicia, el territorio no era *res nullius* en el momento de su ocupación y, precisamente por eso se estableció inicialmente un “protectorado”, lo cierto es que las poblaciones del mismo tenían una organización política, por primitiva que fuera, aunque no pudiera considerarse un Estado en sentido estricto; ade-

¹⁸ El 11 de noviembre de 1960, España aceptó “transmitir al Secretario General información relativa a los territorios a que se refiere el Capítulo XI de la Carta” (A/C.4/SR.1048, para. 1), pero no precisó cuáles eran. El 18 de mayo de 1961, España detalló cuáles eran esos territorios, transmitiendo información sobre Fernando Poo, Río Muni y el Sahara Español (A/4785, Anexo V).

más el propio Tribunal Internacional negó claramente que Marruecos hubiera ejercido soberanía nunca sobre el territorio. La consecuencia es clara: la población del Sahara Español que lo quiso, tuvo la misma nacionalidad española que los demás ciudadanos y esa nacionalidad era originaria.

La tesis expuesta no es compartida por algún autor que observa que existían distintos derechos y obligaciones entre los “indígenas” y los “naturales de la metrópoli” por lo que, a su entender y tomando palabras de Scelle, solamente mediante un abuso de los términos se puede calificar en los dos casos a los individuos de nacionales.¹⁹ En abono de esta tesis se podría incluso añadir que los Documentos Nacionales de Identidad de los “indígenas” del Sahara no eran iguales que los de los “naturales de la metrópoli” (tenían la mención Sahara y eran bilingües en árabe-castellano).

Ahora bien, aunque ello es cierto, no lo es menos que esto no significaba necesariamente que los “indígenas” tuviesen un peor status. En este sentido, cabe apuntar la extraña paradoja de que los “indígenas” gozaran en el Sahara de ciertos derechos que se negaban a los “naturales de la metrópoli” (libertad religiosa, libertad limitada para crear partidos políticos). En cualquier caso, cabría recordar con Kelsen que en un mismo pueblo o Estado históricamente no ha sido infrecuente la existencia de sujetos con distintos status, siendo todos ellos connacionales.²⁰ Los datos normativos,

¹⁹ HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, “La configuración del territorio nacional en la doctrina reciente del Consejo de Estado español», en VV. AA.: *Estudios de Derecho Administrativo (Libro jubilar del Consejo de Estado)*, IEP, Madrid, 1972, págs. 355 y sigs. (p. 400 y ss., 410).

²⁰ KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado* (trad. Luis Legaz), Labor, Barcelona, 1934, p. 212. Kelsen afirma: “puesto que, por regla general, existe la capacidad jurídica privada y, particularmente, la capacidad procesal de los indígenas, sólo la carencia de derechos políticos es lo que les excluye del ‘pueblo’. Sin embargo, los derechos políticos faltaron hace poco, y aun ahora faltan a amplios grupos humanos que forman parte de del Estado democrático, y, no obstante, se les cuenta entre el pueblo estatal. ¿No serán, pues vanidades de raza lo que empaña, en este punto, la teoría en torno al pueblo del Estado? Del mismo modo, era vanidad de clases lo que determinaba a algunas teorías antiguas a considerar que el Estado se componía únicamente de ‘hombres libres’, a pesar de que los ‘no libres’ eran ya sujetos de Derecho y, en parte, incluso de ciertas facultades jurídicas, aun cuando no de derechos políticos”.

por otra parte, no permiten identificar un status personal distinto del de “nacionales” en el momento del abandono de España del Sahara. Así pues, los pobladores de tal territorio eran, en 1975, nacionales españoles y no podían serlo de otro modo que de origen.

b.II. Después del abandono español de la colonia se dictó un decreto²¹ que daba a los saharauis la posibilidad de optar por la nacionalidad española (art. 1), en el plazo de un año, compareciendo ante el juez encargado del Registro Civil del lugar de su residencia española (art. 2), sin mencionar la posibilidad de acudir a los registros consulares. Este decreto supuso desposeer de la nacionalidad española a quienes la tenían de origen, obligándoles indirectamente a adoptar la nacionalidad de otro país (se pretendía que adoptaran la marroquí o la mauritana) pues de no hacer esto último, o bien quedarían en situación de apátridas o bien tendrían que comparecer ante un juez español. En consecuencia, la determinación de la validez o nulidad de este decreto debería haber constituido un punto esencial en la solución del caso.

b.III. En el caso de autos, un individuo de origen saharauí demanda al Estado Español por estimar que ha desconocido su nacionalidad española de origen, discriminándole, por lo que inició un procedimiento de amparo ordinario para la defensa de los derechos fundamentales (por vulneración del derecho a la igualdad, artículo 14 de la Constitución).

El artículo 11.2 CE afirma taxativamente que “ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad”. Ahora bien, ¿era español de origen en el momento de aprobarse la Constitución? La cuestión es de legalidad y queda al albur de la interpretación que se haga del Decreto de 1976: si tal Decreto es válido, tal persona perdió su nacionalidad con lo que en el momento de entrar en vigor la Constitución no era español y no podría acogerse a este precepto; pero si el Decreto es nulo, como postulamos, el individuo era español de origen cuando comienza la vigencia de la Constitución, la cual le sería enteramente aplicable. En ese supuesto, a un

²¹ Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto.

individuo que era español de origen y que aún vive se le niega su nacionalidad española por un poder público español después de entrada en vigor de la Constitución. En la medida en la que el individuo recurrente aún vive y sufre las consecuencias de la privación-denegación de la nacionalidad española, no podemos decir que la privación de nacionalidad sea una “situación agotada” o una “relación consagrada” a la que, en consecuencia y siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, no se pudiera aplicar retroactivamente la Constitución.²²

En el caso que comentamos, el recurrente alegó que la denegación o desconocimiento de la nacionalidad española que ha sufrido por la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado ha violado “el derecho fundamental del actor a la igualdad ante la ley por parte del Estado Español”. En concreto lo que se adujo es una vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley por parte de un poder público español, a saber, la Dirección General de Registros y del Notariado. Una nota fundamental en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para determinar cuándo se ha producido una aplicación discriminatoria de la ley es ofrecer un término de comparación. En este sentido ha afirmado que para que pueda prosperar una demanda por infracción del artículo 14 CE “el que la deduzca debe aportar un término de comparación suficiente y adecuado que permita constatar que ante situaciones de hecho iguales le ha sido dispensado un trato diferente sin justificación objetiva y razonable”.²³ La doctrina del TC es clara: si se alega discriminación en la aplicación de la ley debe cotejarse el caso supuestamente discriminado con otros supuestos para ver si efectivamente ha sido así.

c. Los argumentos de la STS de 28 de octubre de 1998.

Si dejamos de lado el primer problema que aborda la STS de 28 de octubre, que es el relativo a la naturaleza jurídica, civil o administrativa, de la cuestión, el Tribunal se plantea varias cuestiones: (1) el *tipo de nacionalidad*

²² SSTC 42/1986, de 11 de abril (FJ 3º), 99/1987, de 11 de junio (FJ 6º), 227/1988, de 29 de noviembre (FJ 9º).

²³ STC 261/1988, de 22 de diciembre (FJ 3º).

procedente para resolver el asunto; (2) la eventual lesión del *derecho a la igualdad* y a la no discriminación; y (3) el *proceso de descolonización* del Sahara Occidental.

1. El *petitum* de la demanda que da origen a este recurso solicita que se declare la “*nacionalidad española de origen*” del Sr. Mohamed. El propio TS recuerda esto de forma expresa en sus FF.JJ. 1º (“tratándose de un problema de nacionalidad de origen”) y 2º (“basta con compulsar el ‘petitum’ de la demanda para comprobar que el actor lo que solicita..., es el reconocimiento de la nacionalidad de origen española”).

Hasta 1990 existían dos modos de adquisición de la nacionalidad: originaria o por concesión o carta de naturaleza, pero la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad, a los dos anteriores añadió uno nuevo, que es el contenido en el art. 18 del Código Civil. A este respecto el Preámbulo de la ley de 1990 nos dice que “si se llega a demostrar que, quien estaba beneficiándose de la nacionalidad española ‘iure sanguinis’ o ‘iure soli’, no era en realidad español, *al ser nulo el título de atribución respectivo*, no parece justo que la eficacia retroactiva de la nulidad se lleve a sus últimas consecuencias en materia de nacionalidad”. Por ello, “para evitar este resultado se introduce una *nueva forma de adquisición* de la ciudadanía española por posesión de estado, lo que no es una novedad en Derecho comparado europeo” (cursivas mías). El Preámbulo insiste en que esta “nueva forma” puede afectar no sólo a quien parecía ser español de origen, sino también a quien parecía serlo por adquisición, pues al exigirse la “buena fe” este requisito “debe conectarse con el apartado 2 del artículo 25, y de su redacción resulta con claridad que la posesión de estado podrá beneficiar también en ciertos casos a los que adquieran la nacionalidad española después del nacimiento”.

El TS podría y debería haber resuelto el caso examinando el núcleo del problema, a saber, el Decreto de 1976. Sin embargo, evita a toda costa hacerlo y declara que “ha de examinarse, no ya la validez o vigencia del Decreto de 10 de agosto de 1976 (si su rango fue el adecuado, si infringía el principio de jerarquía normativa, si resulta nulo, si advino derogado por

la Constitución Española, si sus defectos de publicación impedían su aplicación..., etc.) sino si, aun admitiendo su validez y temporaria vigencia, fue o no la norma que debió aplicarse” al presente supuesto o “si por el contrario, con su aplicación al caso se incurrió en discriminación” (F.J. 6º). La elusión del pronunciamiento sobre este Decreto lleva al TS a través de una serie de argumentos (desarrollados en los FFJJ. 7º y siguientes), a cambiar el nudo conceptual del litigio, construyendo su sentencia en torno a la cuestión de si al Sr. Mohamed se le puede reconocer la nacionalidad española por posesión de estado, esto es, basada en el art. 18 del Código Civil, algo que *no fue pedido por el recurrente*.²⁴ Pero el Tribunal no argumentó en torno a la cuestión solicitada, a saber, si el demandante tenía o no la nacionalidad española *de origen*. De hecho, en el fallo de la sentencia se dice que se reconoce “la nacionalidad española” del recurrente, sin precisar el tipo de la misma. La cuestión del tipo de nacionalidad no es baladí por una razón constitucional obvia: según el art. 11.2 CE sólo los que tengan la nacionalidad española de origen quedan inmunes frente a una decisión de privación de la misma. El Sr. Mohamed, al gozar de la nacionalidad española por posesión de estado puede llegar a ser privado de la misma en el futuro. En definitiva, creemos que esta STS ha incurrido en incongruencia omisiva, vulnerando el art. 24.1 CE, lo cual conlleva importantes consecuencias.

2. El segundo aspecto del debate es el de una eventual vulneración del *derecho a la igualdad* en el derecho fundamental a la nacionalidad. A esta cuestión se dedica el F.J. 11º y último de la sentencia comentada. Según el TS, en el supuesto de autos se produce efectivamente una discriminación y ello, a su juicio, por dos razones. En primer lugar, dice este Tribunal que se discrimina al Sr. Mohamed porque la DGRN le aplica el Decreto de

²⁴ Esto contradice la jurisprudencia registral existente hasta ahora. La resolución de la DGRN de 4 de febrero de 1992 sentaba una interpretación estricta de la consolidación de la nacionalidad *ex art. 18 del Código Civil*, por cuanto proclamaba que dicha nacionalidad había de resultar de una inscripción no errónea del Registro Civil, siendo insuficiente el trato como nacional dispensado por la propia Administración, e incluso, disponer del DNI como español (lo que presume la nacionalidad española, pero no como presunción *iuris et de iure*). En cualquier caso, debe recordarse que la interpretación del art. 18 del Código Civil hecha por la DGRN de ningún modo vinculaba al TS.

1976, y considera que esta norma no es de aplicación al recurrente (por razones expresadas en los FF.JJ. 6º y 7º; esto es, que el Sr. Mohamed disfrutaba “de buena fe” de la nacionalidad española); de esta suerte, “se le discrimina equiparando a saharauis que se hallan en situación legal diferente, es decir... dando un trato igual a quienes son desiguales”. En segundo lugar, y aquí se extiende más el TS, se le discriminó positivamente al dar “un trato desigual a quien es igual, por comparación, a las personas que tienen derecho a la nacionalidad española, conforme al Código civil, y especialmente, con quienes encajan con las previsiones del artículo 18 del expresado texto legal”.

El TS se previene frente a varias posibles objeciones a este modo de razonar. Por una parte, frente a la exigencia de alegar un término de comparación para demostrar que hubo discriminación “tal como exige la jurisprudencia constitucional” dice que no es ésta la vía a seguir, pues “de persistir en este razonamiento habría que llegar a la conclusión de que se hace ‘supuesto de la cuestión’, dando por cierto que el actor era tan español de derecho como los peninsulares, lo que, dados todos los razonamientos expuestos resulta dudoso”.

Por otra parte, sostiene que tampoco puede aceptarse la “interpretación formalista” que se hace de la jurisprudencia constitucional sobre el principio de igualdad por la oposición al recurrente, pues “de compartirse el criterio que sostiene, conforme al cual se ha de exigir un caso litigioso ya resuelto que permita establecer la comparación discriminatoria, incurriríamos en la aporía de admitir que el primer caso habido en la aplicación de la ley nunca puede atentar al principio de igualdad y ser por ello discriminatorio en sus consecuencias”. El TS concluye que en el caso de autos “al omitirse la aplicación del artículo 18 del Código Civil, se ha incurrido en desigualdad discriminatoria, puesto que el supuesto fáctico ampara la situación del actor”. O dicho con otras palabras: “la persona que teniendo derecho a la nacionalidad española no es considerada como española sufre, en relación con los demás españoles, una injustificada discriminación no en uno, sino en un bloque de derechos en que se concretan las diferencias típicas del Derecho de extranjería”.

La interpretación que hace el TS del principio de igualdad es de todo punto insostenible. Por lo que respecta al primer argumento, a saber, el tratamiento igual de lo que es desigual, es un argumento empleado por el TS *obiter dictum* quizá sin excesivo convencimiento en su utilidad y que deja simplemente apuntado sin ulteriores profundizaciones, pero que resulta cuando menos dudoso pues más que discriminación o vulneración de un derecho fundamental lo que habría aquí es una deficiente aplicación de la ley, es decir la subsunción del caso en una norma distinta de la que, según el TS, procedería. En definitiva, se trataría de un problema de legalidad y no de igualdad. Sin embargo es en su segundo argumento en el que el TS se extiende más y donde la crítica es imperiosa. Este segundo argumento radica en que la DGRN ha tratado desigualmente lo igual. Este segundo argumento, como hemos dicho, se desglosa en dos aspectos que debemos analizar. Por una parte, el TS declara que no es procedente el criterio de quienes se oponen al recurrente exigiéndole que aporte un término de comparación para enjuiciar si hubo o no discriminación, pues tal modo de pensar hace “supuesto de la cuestión”, dando por cierto “que el actor era tan español de derecho como los peninsulares” lo que, a juicio del TS, “resulta dudoso”. Ahora bien, si a juicio del TS es “dudoso” que el saharauí Sr. Mohamed sea tan español de derecho como los “peninsulares” (desafortunada expresión porque ¿qué ocurre entonces con los insulares de Canarias y Baleares o con los españoles norteafricanos de Ceuta y Melilla?) es el propio TS el que reconoce que las dos situaciones no son iguales, por lo que cabría concluir que al ofrecer dos soluciones distintas a dos soluciones distintas no hay discriminación por ningún lado. No se ve aquí dónde se hace “supuesto de la cuestión” como dice el TS. Por otra parte, el segundo argumento del TS incurre en desvarío cuando afirma que si se ha de ofrecer como término de comparación “un caso litigioso ya resuelto que permita establecer la comparación discriminatoria, incurriríamos en la aporía de admitir que el primer caso habido en la aplicación de la ley nunca puede atentar al principio de igualdad”.

Pero eso no es una aporía, esto es, un problema sin solución, es simplemente un no problema. En efecto, por definición la discriminación exige un tratamiento diferente entre dos términos (“A” es discriminado “respecto a” “B”) porque la igualdad y la discriminación son *relaciones* y por

tanto exigen al menos dos términos. Es más, si es cierto que el caso del Sr. Mohamed es el primero que se produce, no hay discriminación, pues para que la hubiera el tratamiento que se da a “A” tendría que ser distinto del tratamiento que se da... ¡a “A”!: el TS ha aniquilado así un principio clásico de la lógica, a saber, el principio de no contradicción porque “A” no puede ser y no ser al mismo tiempo.

Pero es que no sólo es que esta interpretación supuestamente innovadora del principio de igualdad no sea más que un gran disparate: es que el TS confunde el plano de la constitucionalidad y el plano de la igualdad nuevamente. Así se desprende de sus palabras al decir que “al omitirse la aplicación del artículo 18 del Código Civil, se ha incurrido en desigualdad discriminatoria”. Puesto que ha quedado claro que no hay discriminación (pues el caso del Sr. Mohamed es el primero y único hasta el momento de su clase y no hay término de comparación) el TS viene a considerar que es discriminatoria la no aplicación de una ley a un supuesto. Esto sí que es hacer “supuesto de la cuestión”; el Tribunal Supremo hace una petición de principio pues da por demostrado lo que se trata de demostrar (que hubo discriminación). El TS riza el rizo cuando concluye que “la persona que teniendo derecho a la nacionalidad no es considerada como española sufre, *en relación con los demás españoles*, una injustificada discriminación” [cursiva mía]. Nuevamente el TS incurre en el vicio señalado de hacer una petición de principio porque una de dos: o ese sujeto no es español (en cuyo caso no puede haber discriminación en relación a los españoles, porque se trata de dos situaciones distintas); o ese sujeto sí es español, en cuyo caso al ser ya español el problema no existe. El desvarío del caso se puede entender mejor si en lugar de “derecho a la nacionalidad” o “español” escribiéramos “derecho a acceder a la función pública” o “funcionario” y formuláramos la doctrina del TS así: “el individuo que teniendo derecho a acceder a la función pública no es reconocido como funcionario está discriminado en relación con los demás funcionarios, discriminación que se produce no en uno, sino en todo un bloque de derechos que poseen los funcionarios (retribuciones, promoción interna, etc.)”.

3. La STS de 28 de octubre de 1998 no tiene por objeto directamente juzgar *el proceso de descolonización* del Sahara, ni fueron impugnados ante el Tribunal los Acuerdos de Madrid ni la Ley de Descolonización. Ahora bien, esta sentencia contiene importantes pronunciamientos *obiter dicta* acerca de la cuestión. El TS habla acerca del “período histórico precedente a la ‘descolonización’ llevada en su día a cabo, en trance lleno de dificultades que culminaron con el abandono del territorio (que fue ocupado militarmente por otro Estado)” (FJ 3º). Y más adelante afirma que el recurrente en octubre de 1976 “ni se hallaba, por entonces, residiendo en España, ni en el extranjero, sino en el Sahara, territorio que, pese a haber sido ya descolonizado, no pensamos que encajara en el segundo supuesto a que se refiere el artículo primero del Decreto en cuestión (i.e. el Decreto de 1976), dado que se vincula el concepto a ‘representaciones españolas en el extranjero’ inexistentes, a la sazón, en el territorio... *ocupado por Marruecos* según es notorio” (FJ 7º [cursiva mía]). Los pronunciamientos antecitados revisten una singular importancia porque inciden en los Acuerdos de Madrid que fueron el título esgrimido por Marruecos para tomar el Sahara. Pero, ¿hasta qué extremo?

En primer lugar, el TS pone en duda que se haya procedido efectivamente a una descolonización pues aunque en el FJ 7º se diga que el territorio había “sido ya descolonizado”, en el FJ 3º se pone entre comillas (literalmente) la misma. Pues bien, recordemos que el punto 1º del Acuerdo de Madrid afirmaba que “España ratifica su resolución de descolonizar el territorio del Sahara Occidental poniendo término a las responsabilidades y poderes que tiene sobre dicho territorio como potencia administradora”. En beneficio de la duda, cabría alegar que el Acuerdo de Madrid no dice que España “descoloniza” el territorio sino que pretende (“ratifica su resolución”) hacerlo, siendo ajeno a ella que tal propósito o “resolución” aboque o no al fin perseguido. De hecho en la carta que dirigió España al Secretario General de Naciones Unidas el 26 de febrero de 1976 (A/31/56, S/11997), se afirma que “la descolonización del Sahara Occidental sólo se alcanzará cuando se haya expresado válidamente la voluntad de la población”. Esta es la doctrina oficial de Naciones Unidas que considera que el territorio aún no ha sido descolonizado.

Cuestiones sobre el derecho a la nacionalidad de los saharauis

En segundo lugar, el TS habla de que España lleva a cabo un “abandono” del territorio; ahora bien, lo que los Acuerdos de Madrid estipulan no es que España “abandone” el territorio, sino que, según el punto 2º, “España procederá de inmediato a instituir una administración temporal en el territorio en la que participarán Marruecos y Mauritania en colaboración con la Yemaa, y a la cual serán transmitidas las responsabilidades y poderes a que se refiere el párrafo anterior”; es decir, no se habla de “abandono” sino de “transmisión” de responsabilidades y poderes. La cuestión es qué sucede después de establecida esa “administración temporal” en la que participó España junto con Marruecos y Mauritania. En este sentido, en la meritada carta de 26 de febrero de 1976, España decía que en tal fecha (esto es, cuando se retiró de esa administración temporal) ponía fin definitivamente a su presencia en el territorio y se consideraba exenta de cualquier responsabilidad de naturaleza internacional en relación con el territorio. Desde esta perspectiva se podría entender que España abandonó el territorio, no en los Acuerdos de Madrid, sino el 26 de febrero de 1976, concluida la administración temporal tripartita, aunque no es menos cierto que ésta fue establecida en tales Acuerdos.

En tercer y último lugar, el TS afirma en las dos ocasiones que el territorio se halla “*ocupado*” por Marruecos. Esta afirmación es importante y reviste múltiples consecuencias. Por un lado, y a los efectos de este caso, en la medida en que el territorio se halla “ocupado” y no “administrado” se hizo efectivamente imposible para las poblaciones del mismo ejercer las facultades que les atribuía el Decreto de 1976; por otro lado, y a otros efectos (como los relativos a la pesca, por ejemplo), la afirmación del TS es importantísima pues en la medida en que no se reconoce la legitimidad del título posesorio de Marruecos sobre el territorio, se sigue que debe negarse su título sobre las aguas del mismo, aguas sobre las que con unas u otras fórmulas se ha negociado entre Marruecos y la Unión Europea. Esto, llevado a sus últimas consecuencias, significaría que las aguas del Sahara Occidental no son marroquíes *de iure*, sino sólo *de facto*, por lo que no pueden ser objeto de transacción entre Marruecos y la Unión Europea.

3.B. Las STS (Sala 3ª, Sección 6ª) de 18 de mayo y de 7 de noviembre de 1999.

Varios meses después de haberse dictado por la Sala 1ª (de lo Civil) la sentencia de octubre de 1998, la Sección 6ª de la Sala 3ª (de lo Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo dicta dos sentencias contradictorias acerca de si el tiempo vivido en el Sahara Occidental bajo administración española es computable a efectos de solicitar la vía nacionalidad por residencia en España. En ninguna de las dos se cuestiona la validez del Real Decreto 2258/1976.

a. La primera de esas sentencias, de 18 de mayo de 1999,²⁵ resuelve una demanda de concesión de nacionalidad española *por residencia legal* en “España” entendiéndose por tal el Sahara Occidental durante la administración española. Esta demanda fue desestimada. En esta sentencia el recurrente utiliza una argumentación distinta. En su demanda el solicitante no cuestiona la validez del Real Decreto 2258/1976 (que establecía un supuesto “derecho de opción” a la nacionalidad española) pero va a conectar este Decreto con una invocación del artículo 22 del Código Civil tal y como fue redactado por la Ley 51/1982 (siendo tal texto modificado en la reforma de 1990). El artículo 22 del Código Civil en su redacción de 1982 establecía el régimen de adquisición de la nacionalidad española por residencia y, a tal efecto, establecía diversos supuestos: el general (para el que se exigía un plazo de residencia de 10 años), el especial por razones históricas (que exigía sólo dos años de residencia para los nacionales de origen de los países iberoamericanos y demás con vinculaciones con España, entre los que no se menciona el Sahara Occidental) y, finalmente, uno privilegiado cuando concurrían determinados supuestos (para el que resultaba suficiente un año de residencia en “España”).

El art. 22.3.3º del Código Civil declaraba que podía adquirir la nacionalidad española probando un tiempo de residencia de un año en “España” “el que no haya ejercido oportunamente la facultad de optar”. Ahora bien, el TS concluyó que esta “facultad de optar” a la que se alude en el precepto no podía ser la prevista en el Real Decreto 2258/1976, pues éste “establece

²⁵ STS 3412/1999, de la Sala 3ª (Sección 6ª), de 18 de mayo de 1999 (ponente: Pedro Antonio Mateos García).

un plazo concreto para ejercer el derecho de opción..., pero..., transcurrido el mismo, ha de entenderse precluida la facultad reconocida, y consecuentemente no puede afirmarse, cual hace la parte recurrente, que por ello los habitantes del Sahara bajo protección española no fueron incluidos, por innecesario, en la relación de pueblos con plazo reducido para alcanzar la nacionalidad española, del art. 22 CC, ya que, repetimos, la opción reconocida en el precitado D 2258/1976 exclusivamente pudo haber sido ejercitada dentro del año siguiente a la publicación en el BOE”. Si ello es así, ¿a qué tipo de opción se refiere este art. 22 del Código Civil? El TS dice que, de acuerdo con una interpretación sistemática, el art. 22.3.3º (“El que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar”) alude al art. 19 (“Los extranjeros que..., queden sujetos a la patria potestad o a la tutela de un español pueden optar por la nacionalidad española”) del Código Civil (en la redacción de 1982) según la cual, y bajo determinadas condiciones, los extranjeros que se hallasen sujetos a la patria potestad o a la tutela de un español podían optar por la nacionalidad española (FJ 4º).

El TS no ve motivos para separarse de esta tesis por una interpretación de los artículos 10 y 11 CE. Estos dos preceptos son aludidos de modo muy genérico por el TS: la referencia al art. 10 entendemos que se hace específicamente a su párrafo 2º y a la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo art. 15 establece el derecho a la nacionalidad; por su parte, del art. 11 CE se recuerda que establece que la nacionalidad se adquiere “de acuerdo con lo establecido por la ley y lo en ella establecido no viola los derechos y libertades fundamentales” (FJ 5º). En definitiva, en esta sentencia, el TS viene a considerar, aunque no lo diga así, que el RD 2258/1976 era una “ley especial” que desplazaba la aplicación de la “ley general” del artículo 22 del Código Civil. Pero ello exigía haber resuelto la cuestión de si una norma jerárquicamente inferior puede desplazar a una superior, algo que el Tribunal no hace en esta sentencia.

b. La segunda de estas sentencias, de 7 de noviembre de 1999,²⁶ emanada del mismo tribunal unos pocos meses después, llega a una conclusión diametralmente opuesta. El recurrente es uno de los pocos que ejerció la

²⁶ STS 7911/1999, de la Sala 3ª (Sección 6ª), de 7 de noviembre de 1999 (ponente: Francisco González Navarro).

“opción” prevista en el Real Decreto de 1976, pero le fue denegada por silencio administrativo. Por ello recurre, si bien extemporáneamente, esa denegación al tiempo que invoca también el título previsto en el artículo 22.3.1 del Código Civil que dispone que “Bastará, sin embargo, el tiempo de residencia de un año para: 1. El que haya nacido en territorio español”. Por un lado, el Tribunal, considera que el silencio de la administración al recurso administrativo contra la denegación de la nacionalidad solicitada al amparo del Real Decreto de 1976 fue arbitraria, por lo que debe atribuirse al recurrente la nacionalidad al amparo de dicha norma. Pero además, tras hacer unas quizá demasiado alambicadas consideraciones sobre la diferencia entre “territorio español” y “territorio nacional” que nosotros podríamos simplificar entendiendo que el “territorio español” es el sometido a la jurisdicción española y “territorio nacional” el propio de la soberanía, el Tribunal concluye que no hay duda de que el Sahara Occidental, durante la administración española, era “territorio español” y que, por ello, podía solicitar la nacionalidad por residencia al amparo del artículo 22.3.1 del Código Civil. Sin embargo, el Tribunal obvia que el artículo 22 remite al artículo 20 del Código Civil que exige la “renuncia a la nacionalidad anterior”, lo que en este caso resultaba imposible, pues la nacionalidad anterior era también la española.

*3.C. La STS (Sala 3ª, Sección 5ª) de 20 de noviembre de 2007.*²⁷

En 2007 el Tribunal Supremo tiene que resolver el conflicto que se plantea cuando a un saharauí, en aplicación del parte del Real Decreto de 1976, se le impide optar por la nacionalidad española y se le exige optar entre otras nacionalidades, como la marroquí o la argelina, excluyéndole de la posibilidad de obtener el estatuto de apatridia²⁸.

²⁷ STS 8948/2007 (Sala 3ª, Sección 5ª) de 20 de noviembre (ponente, Fernández Valverde).

²⁸ Sobre el problema de los apátridas saharauis en España, vid. LÓPEZ BARONI, Manuel Jesús, “Apátridas saharauis en España: Europa y su memoria”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV (2014), México, UNAM, 2014, pp. 381-433.

Cuestiones sobre el derecho a la nacionalidad de los saharauis

Para afrontar este problema la Sala 3ª asume la doctrina (a mi entender equivocada) sentada por la Sala 1ª en 1998 declarando la validez del RD de 1976,²⁹ en consecuencia, admite que los saharauis pudieron optar, al amparo de ese RD por la nacionalidad española, pero pasado el plazo de un año fijado en ese Decreto ya no pueden optar por esta nacionalidad.

La cuestión es si los saharauis tienen la opción de optar por otra nacionalidad, como la marroquí o la argelina o no la tienen, en cuyo caso se les debe declarar apátridas. La sentencia de la Sala 3ª de 2007, como también hizo la sentencia de la Sala 1ª de 1998, considera que la presencia de Marruecos en el Sahara Occidental es una “ocupación” (FJ 7º y 8º) por lo cual al nacer en un territorio ocupado no es aplicable la norma de la potencia ocupante que le considera como nacional suyo por haber nacido en ese territorio ocupado. En consecuencia, el Tribunal Supremo español considera que se da el supuesto de hecho establecido en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 28 de septiembre de 1954, para otorgar a los saharauis el estatuto de apatridia (FJ 8º). Tampoco los saharauis, que hayan nacido en los campamentos de refugiados sitios en Argelia, pueden considerarse que tienen nacionalidad argelina, aunque puedan tener pasaporte argelino, pues el pasaporte no es un documento que se corresponda a una nacionalidad (FJ 9º).

*3.D. La sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de 26 de mayo de 2017.*³⁰

Finalmente, merece la pena aludir a otra sentencia relevante dictada, no por el Tribunal Supremo, sino por una instancia inferior (una Audiencia Provincial). En esta sentencia, como en las anteriores, el Tribunal evita plantear la, a nuestro juicio clarísima, nulidad del Real Decreto 2256/1976. Ahora bien, la Audiencia Provincial de Palma se apoya en un pasaje de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1998... para llegar a una conclusión

²⁹ “En todo caso, la cuestión ya fue resuelta y tratada con precisión en la STS (Sala Primera) de 28 de septiembre de 1998” (obsérvese que la sentencia, en realidad, es de 28 de octubre, no de septiembre).

³⁰ Sentencia 1024/2017, de la Audiencia Provincial de Palma, de 26 de mayo de 2017 (ponente, Ordóñez Delgado).

diferente. El Tribunal Supremo, en 1998, discurrió sobre el estatuto del territorio y llegó a afirmar que el Sahara Occidental era un “territorio, a la sazón, considerado español, conforme resulta del artículo 17.1 d) del Código Civil, de acuerdo con una interpretación que está en la raíz del precepto, favorecedor del “ius soli”, para concluir con los sistemas de apatridia” (FJ 8º de la Sentencia de 28 de octubre de 1998). A partir de esa premisa, la Audiencia Provincial de Palma invoca otro precepto contenido en ese artículo del Código Civil e invoca el “artículo 17.1 c) del Código Civil, que establece que son españoles de origen los nacidos *en España* de padres extranjeros si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad” [cursiva mía]. Dado que el recurrente había nacido en el Sahara Occidental en 1973, cuando era una colonia española, el Tribunal considera que en ese momento, a efectos del artículo 17.1 c) del Código Civil, ese territorio era “España” y, aunque sus padres no fueran nacionales españoles, se le debe reconocer la nacionalidad española de origen.

4. Conclusiones

A. A la luz de las anteriores consideraciones podemos hacer un balance provisional.

En primer lugar, de acuerdo con la doctrina de la Sala 1ª del TS de 1998, que no compartimos enteramente por las razones ya expuestas, ha quedado admitido que la población saharauí pueda adquirir la nacionalidad española por posesión de estado prevista en el actual art. 18 del Código Civil, si bien, en este supuesto incumbe al demandante la carga de probar que reúne los requisitos establecidos en tal precepto, bien entendido que el TS ha flexibilizado el último de ellos, a saber, la inscripción en el Registro Civil (en el caso de autos, no se pudo probar tal inscripción, pero la posesión de una serie de documentos oficiales que la presuponen, como el Documento Nacional de Identidad, fue considerada suficiente para cumplir con el requisito legal).

En segundo lugar, y de acuerdo con la doctrina que nos parece correcta de la Sala 3ª del TS, está claro que, con el texto actual de la ley, la población

del antiguo Sahara Español no puede beneficiarse de ningún modo privilegiado de adquisición de la nacionalidad española por residencia.

En tercer lugar, si se admite la validez del Decreto de 1976 y teniendo en cuenta que España no reconoce la anexión del Sahara Occidental, la única solución coherente con esas premisas debería ser la concesión del estatuto de apatridia a los saharauis afectados.

En cuarto lugar, queda en pie la cuestión de si los saharauis, que tenían nacionalidad española de origen hasta 1976, pueden reclamar su antigua nacionalidad española de origen; o, en otros términos, queda en pie la cuestión de si el Real Decreto 2258/1976 es o no es válido. Este es el argumento definitivo que ha sido evitado en estas sentencias. En la sentencia de 1998 el TS hurtó el debate de modo escandaloso, pues el petitum de la demanda era específicamente la reclamación de la nacionalidad española de origen, y no de otra, lo cual exigía pronunciarse sobre la validez del RD 2258/1976 que privó a los saharauis de su nacionalidad de origen española. En las sentencias de 1999, el demandante parte de la validez del RD en cuestión para intentar subsumir la supuesta opción prevista en el mismo, bien en el apartado 1 o bien en el apartado e del artículo 22.3 del Código Civil. En todos los casos, no hay propiamente debate sobre el RD de 1976 y aquí está el *punctum dolens* del problema. A nuestro juicio, un adecuado debate sobre el RD llevaría a una conclusión inequívoca, a saber, el derecho de los saharauis a la nacionalidad española.

En quinto lugar, es importante advertir que tanto la sentencia del TS de 28 de octubre de 1998 como la de 20 de noviembre de 2007 subrayan, en repetidas ocasiones, el carácter meramente fáctico de la presencia marroquí en el Sahara Occidental, que es calificada como ocupación, con todo lo que ello conlleva a efectos jurídicos.

B. Un enfoque de la cuestión orientado en esta línea llevaría a una conclusión distinta de la ofrecida por las dos sentencias del Supremo a las que hemos aludido, a saber, al reconocimiento de que todos los saharauis que tuvieron la nacionalidad española antes del RD 2258/1976, son españoles de origen. Si partimos de este presupuesto, existe una vía que no nos

consta haya sido explorada para buscar el reconocimiento de su nacionalidad española por los ciudadanos saharauis. Nos referimos a lo dispuesto en los arts. 96 y 97 de la Ley del Registro Civil. Según el art. 96 “en virtud de expediente gubernativo puede declararse con valor de simple presunción: [...] 2.La nacionalidad, vecindad o cualquier estado, si no consta en el Registro. [...] 4.La existencia de los hechos mientras por fuerza mayor sea imposible el acceso al Registro donde deben constar inscritos”, finalizando el precepto con esta cláusula: “estas declaraciones pueden ser objeto de anotación conforme a lo dispuesto en la Ley”. Es fácil percibir que tanto el apartado 2 (pues se trata de una nacionalidad española que no consta en el Registro) como el apartado 4 (pues el genocidio del pueblo saharauí a manos de Marruecos y el exilio en la Hamada han impedido a esta gente acudir al Registro Civil) son susceptibles de una clara aplicación al caso que nos ocupa. El procedimiento para instruir estos expedientes gubernativos es el previsto en el art. 97 de la Ley del Registro Civil y se sujetan a estas simples reglas: 1) puede promoverlos o constituirse en parte cualquier persona que tenga interés legítimo en los mismos (estando obligados a ello los que, en su caso, deben promover la inscripción); 2) siempre será oído el Ministerio Fiscal; 3) la incoación del expediente se comunicará a los interesados, los cuales podrán hacer las manifestaciones que estimen oportunas (bien entendido que no estamos ante un proceso y no hay propiamente contradicción); y 4) en última instancia, cabe apelación contra estas resoluciones ante la Dirección General. A través de esta vía “descentralizada”, y en la cual sólo puede recurrir el particular que promueve la inscripción de su nacionalidad (pero no el Ministerio Fiscal, que sólo es “oído”, pero no es “parte”), existen muchas más probabilidades de éxito en la consecución del objetivo pretendido que mediante las vías seguidas hasta el momento.

C. En relación con el problema de la nacionalidad, se podría hacer una reflexión puramente política. Cabría preguntarse el por qué el TS a través de su argumentación y aun cayendo en incongruencia omisiva, niega la nacionalidad española de origen al recurrente y rehúye pronunciarse sobre la validez del Decreto de 1976.

Cuestiones sobre el derecho a la nacionalidad de los saharauis

Nos atreveríamos a pensar que el TS ha sentido temor a que un pronunciamiento de ese tipo hubiese tenido unas repercusiones internas y externas de un calado extraordinario que han disuadido al Tribunal de adoptar tal postura.

En efecto, desde el punto de vista interno, tal pronunciamiento hubiese significado una avalancha masiva de peticiones de saharauis de la nacionalidad española (los 74.000 del censo de 1974 más sus descendientes) que hubiese tenido unas consecuencias socioeconómicas nada desdeñables; desde el punto de vista externo, ese pronunciamiento alteraría de modo troncal la política exterior española en el contencioso del Sahara Occidental: si ahora esa postura es de una pretendida neutralidad, la misma tendría que decantarse necesariamente hacia los saharauis, aunque sólo fuera porque España tendría que ejercer su protección diplomática respecto a unos eventuales ciudadanos españoles saharauis que decidieran quedarse a vivir en el Sahara ocupado por Marruecos y sufrieran las consabidas medidas represivas que el dictador imperante allí aplica a los disidentes (detenciones ilegales, torturas, desapariciones, etc. sobre las que los informes de Amnistía Internacional ofrecen abundantes datos).

Las consecuencias no quedarían ahí, pues la nueva situación llevaría a una implicación directa de España en el seguimiento del proceso de descolonización con un status específico que nos llevaría a una probable confrontación con Marruecos.

Fuentes de Información

FISAC, María José, “La privación de la nacionalidad como violación de los derechos humanos civiles de los saharauis. El enjuiciamiento por el Tribunal Supremo Español de la descolonización del Sáhara”, en VV.AA. *Congreso Constitutivo de la Asociación Internacional de Juristas por el Sáhara Occidental*, Alicante, 1997.

GARCÍA DOMÍNGUEZ, Ramón, *Guinea-Macías. La ley del silencio*, Plaza & Janes, Barcelona, 1977.

Carlos Ruiz Miguel

HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, “La configuración del territorio nacional en la doctrina reciente del Consejo de Estado español», en VV. AA.: *Estudios de Derecho Administrativo (Libro jubilar del Consejo de Estado)*, IEP, Madrid, 1972.

KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, trad. Luis Legaz, Labor, Barcelona, 1934.

LÓPEZ BARONI, Manuel Jesús, “Apátridas saharauis en España: Europa y su memoria”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV (2014), UNAM, México, 2014.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, “La nacionalidad española: introducción”, en M. Albadalejo y S. Díaz Alabart (dtors.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 3º, Edersa, Madrid, 1993 (2ª ed.).