

LA PROBLEMÁTICA DE LA NACIONALIDAD DE LOS HABITANTES DE LOS TERRITORIOS DEPENDIENTES Y EL CASO DEL SAHARA OCCIDENTAL

**ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 28 DE OCTUBRE DE 1998***

Juan SOROETA LICERAS

1. INTRODUCCIÓN

El proceso de descolonización, iniciado prácticamente con la creación de las Naciones Unidas, ha sido objeto de innumerables trabajos doctrinales, algunos de ellos realmente exhaustivos. Sin embargo, probablemente a causa de su complejidad, una de las cuestiones más controvertidas en relación con la descolonización ha escapado a tal análisis, al menos con la profundidad con que han sido abordadas otras cuestiones relacionadas con el mismo: nos referimos a la nacionalidad de los habitantes de los territorios dependientes. La causa de esta carencia doctrinal no es ajena, por otra parte, al distinto tratamiento que no solo los ordenamientos internos de las diferentes potencias administradoras, sino el propio ordenamiento internacional han dado a la materia, pues ello tampoco ha contribuido a clarificar la situación.

Como punto de partida del análisis de esta difícil cuestión, a modo de introducción, cabe recordar el tenor literal del Preámbulo del reciente "Proyecto de Artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados", elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, que

* El autor quiere agradecer expresamente las sugerencias y comentarios del Catedrático de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, JACINTO GIL RODRÍGUEZ.

señala que la nacionalidad se rige esencialmente por el derecho interno, “dentro de los límites establecidos por el Derecho Internacional”, en la medida en que “se deben tener en cuenta tanto los intereses legítimos de los Estados como los de los individuos”¹. Más concretamente, en relación con el proceso descolonizador, la dificultad principal radica en determinar, por una parte, si en el caso de los territorios administrados por otros Estados sus habitantes poseían o no la nacionalidad de éste en el momento de la sucesión, y por otra, si realmente se llegó a producir tal sucesión de Estados, en la medida en que el propio Proyecto entiende por sucesión de Estados “la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio”².

Lo cierto es que, tal y como ha señalado GONZÁLEZ CAMPOS, en esta materia “no existen normas internacionales generalmente aceptadas por todos los Estados”, pese a lo cual, cabe afirmar al menos dos reglas generales aplicables a todos los procesos: el Estado sucesor puede atribuir discrecionalmente su nacionalidad a los habitantes del territorio, con la única limitación de la efectiva vinculación de la persona con el Estado que la confiere para que sea oponible a otros Estados; y, paralelamente, debe ser tenida en cuenta la legislación sobre nacionalidad del Estado predecesor, en particular en el caso de la independencia de nuevos Estados³.

1. ORGA: A/52/10, p.15. En este mismo sentido, *cfr.* VERDROSS, A.: “La compétence nationale dans le cadre de l’ONU”, *R.G.D.I.P.*, tomo LXIX, 1965, pp. 314-325, en especial 322-323. Esta misma interpretación es compartida por la jurisprudencia internacional. Así, en la opinión consultiva del Tribunal Permanente de Justicia Internacional relativa a *los Decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos*, el Tribunal afirmó que “la cuestión de saber si un asunto es de la competencia exclusiva de un Estado es esencialmente relativa: depende de cuál sea la evolución de las relaciones internacionales. Por ello, en el estado actual del Derecho Internacional, las cuestiones de nacionalidad se encuentran comprendidas, en principio, en opinión del Tribunal, en este dominio reservado. A los fines del presente dictamen, basta destacar que muy bien puede ocurrir que en una materia que, como la de nacionalidad, no es, en principio regulada por el Derecho Internacional, la facultad discrecional del Estado pueda verse limitada por las obligaciones que haya contraído con otros Estados. En este caso, la competencia del Estado, exclusiva, en principio, se encuentra limitada por reglas de Derecho Internacional” (*T.P.J.I. 1923*, Serie B, nº 4, p. 24. En el mismo sentido, *cfr. T.P.J.I. 1923*, Serie B, nº 7, p. 16, sobre la *interpretación del Tratado sobre Minorías, de 28 de junio de 1919 entre Polonia y las Potencias aliadas*).

2. Artículo 2 a) del Proyecto de Artículos.

3. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. (Dir.): *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Derecho de la nacionalidad, Derecho de Extranjería*, Oviedo, 1979, p. 74.

Por lo que respecta a la experiencia española de la descolonización, ésta comprende dos grandes períodos: uno primero, que abarca desde la independencia de las diferentes colonias de América hasta el emblemático año de 1898 en el que, con la firma del Tratado de Paz con EEUU, se puso punto final al proceso en este continente, y uno segundo que se ubica en el continente africano, y en el que se produjo la descolonización de Guinea Ecuatorial, la retrocesión de Ifni a Marruecos, y la aún inconclusa descolonización del Sahara Occidental, en el que, en palabras de REMIRO BROTONS, “los territorios de Guinea, Ifni y Sahara tuvieron desde un principio la condición jurídica de colonias, constituyendo un espacio cualitativamente diferenciado del propiamente nacional”⁴.

En este segundo período cabe distinguir tres fases bien diferenciadas: una primera, que se inicia con el comienzo de la colonización (finales del siglo XIX) y se extiende hasta 1956, en la que la condición jurídica de los territorios sometidos a dominación colonial y de sus habitantes está claramente diferenciado de los del territorio metropolitano; una segunda, que se desarrolla entre 1956 y la retirada de España de tales territorios, en la que se intenta asimilar el status de ambos; y, finalmente, una tercera, que tiene como punto de partida la retirada de España y que está marcada fundamentalmente por los dictámenes del Consejo de Estado inmediatamente posteriores a la independencia de Guinea Ecuatorial y en la que se vuelve a la filosofía de la primera fase.

En la primera de las fases reseñadas se partía de la condición de extranjeros de los habitantes de las colonias, a los que se les otorgaba la nacionalidad mediante un sencillo expediente administrativo, sobre el que decidía en última instancia el Gobernador General. De esta forma, la condición del habitante de la colonia y del de la Metrópoli era abiertamente diferente, pues tal y como señala HERRERO DE MIÑÓN, “es claro que el estatuto del indígena se caracteriza por su sujeción a la Potencia colonial y la condición de español indica, en primer lugar, la dependencia propia de la situación de súbdito (...) y que la

4. REMIRO BROTONS, A.: *Territorio y Constitución de 1978*, Madrid, pp. 59 y 60. Tal y como recuerda este autor, el Proyecto de Constitución Federal de la República española presentado a las Cortes constituyentes el 17 de julio de 1873, tras enumerar en el artículo 1 los territorios que componían la Nación española, señalaba en el artículo 2 que “las islas Filipinas, de Fernando Poo, Annobón, Corisco, y los establecimientos de Africa, componen territorios que, a medida de sus progresos, se elevarán a Estados por los poderes públicos” (*ibidem*, p. 60, nota nº 51).

equiparación (de ésta) nunca fue plena, no ya de hecho, sino tampoco de derecho”⁵.

La contradicción entre esta regulación y la correspondiente a la segunda de las fases mencionadas es evidente. Así, con la entrada en vigor del Decreto de 21 de Agosto de 1956 se puso en marcha una política de progresiva asimilación del originario de la colonia al nacional del territorio peninsular español, que tendrá su plasmación más concreta en las Leyes de 30 de julio de 1959, sobre Organización y Régimen Jurídico de las Provincias Africanas del Golfo de Guinea⁶, y de 19 de abril de 1961 sobre la organización del territorio del “Sahara Español”⁷.

El cambio en la filosofía del legislador, experimentado en la tercera fase, vendría avalada por los dictámenes del Consejo de Estado, de 20 de junio de 1968, relativo al procedimiento jurídico que, de acuerdo con la ordenación constitucional española, debía llevarse a cabo para proceder a la descolonización de Guinea, y de 7 de noviembre del mismo año, relativo a la intervención de las Cortes en la conclusión del Tratado de retrocesión de Ifni a Marruecos. El primero de ellos dio un vuelco importante a lo que había sido hasta entonces la postura oficial española respecto a sus “dominios africanos”, puesto que afirmaba que la provincialización no era “sino una etapa en el camino hacia la autodeterminación” no siendo, por lo tanto, “una técnica de asimilación política, sino un instrumento de mejor organización administrativa”, y consideraba que el término “Provincia” era “una mera denominación que no afecta a la condición jurídica del territorio guineano de manera plena, sino que, a lo más, sirve a efectos instrumentales de equiparación con el territorio metropolitano”⁸.

5. HERRERO DE MIÑÓN, M.: “La configuración del territorio nacional en la doctrina reciente del Consejo de Estado español”, *Estudios de Derecho Administrativo (Libro jubilar del Consejo de Estado)*, Madrid, 1972, p. 401.

6. B.O.E. de 31 de julio de 1959, *Aranzadi*, nº 1056.

7. B.O.E. de 21 de abril de 1961, *Aranzadi*, nº 577.

8. *Recopilación de Doctrina legal* del Consejo de Estado, 1968-1969, Madrid, 1972, p. 27 y s. Por su parte, el dictamen de 7 de noviembre de 1968 abundaba en este mismo razonamiento, afirmando que la provincialización no había desposeído al enclave de su carácter colonial en base, principalmente, a tres argumentos: en primer lugar, porque el Decreto de Provincialización no tenía rango suficiente para alterar el territorio nacional, “materia hoy reservada a la intervención de las Cortes (...) pero que ya en la fecha de los referidos Decretos parece debería haber sido materia de Ley”; en segundo lugar, por “la diferencia radical del régimen jurídico general español y del establecido en Ifni”, que tenía su expresión en el hecho de que las leyes y otras disposiciones generales no eran de inmediata aplicación en los

Estas tres fases del ámbito normativo, tuvieron también un claro reflejo en la jurisprudencia, aunque la añoranza del “sueño colonial” hiciera incurrir a algunos jueces en patéticas interpretaciones, por anacrónicas, contribuyendo de esta forma a complicar aún más la, ya de por sí, suficientemente compleja y contradictoria realidad normativa. Así, si bien la jurisprudencia ha mantenido, en líneas generales, una cierta coherencia con el proceso normativo en la materia, pudiéndose distinguir claramente las tres fases a las que nos hemos referido anteriormente, alguna sentencia ha llegado a afirmar, en plena transición a la democracia, que los territorios administrados por España en Africa formaban parte integrante del territorio nacional⁹. De esta forma, también en la jurisprudencia son visibles las contradicciones que implicó la retirada española de sus posesiones africanas. Así, si en la primera fase se diferenciaba claramente el régimen jurídico correspondiente a los territorios y habitantes de la Metrópoli y del continente africano, en la segunda, en expresión de los propios

territorios afectados por la medida de “provincialización”, en el carácter marcadamente militar de su administración, y en las restricciones especiales a que estaban sometidos los derechos de los individuos; finalmente, el Consejo de Estado recordaba que España había reconocido internacionalmente el carácter de territorio no autónomo de Ifni, por lo que este territorio no formaba parte integrante de su territorio, tal y como se deduce de las informaciones que desde 1961 venía remitiendo a la Secretaría General de la O.N.U., de conformidad con el párrafo e) del artículo 73 de la Carta, concluyendo que “la integridad territorial española, a que se refieren las vigentes Leyes Fundamentales, abarca no todo el territorio en el que España ejerce sus competencias soberanas, sino el territorio propiamente español, asiento de la comunidad nacional, jurídicamente organizado como tal y como tal calificado internacionalmente por el Estado, *excluyendo, por tanto, los territorios no autónomos cuya administración asegure España*” (*Recopilación de Doctrina legal del Consejo de Estado, 1968-1969, Madrid, 1972, pp. 616-618 (el destacado es nuestro)*).

9. También en algunas resoluciones de la D.G.R.N. se dejan sentir estas añoranzas, incluso en años en los que la democracia española estaba ya bien asentada. Así, por ejemplo, y aunque no tenga más valor que el puramente anecdótico, puesto que la condición jurídica “distinta y separada” de los territorios dependientes respecto del de la Metrópoli es una cuestión hoy indiscutida, la resolución de la D.G.R.N. de 18 de enero de 1985 señalaba al respecto, en su apartado tercero, que “el territorio de la actual Guinea Ecuatorial *es dudoso que pudiera clasificarse como territorio nacional antes de su descolonización*, toda vez que la Ley de 20 de diciembre de 1963, aunque estableció que los nacionales naturales de Fernando Poo y Río Muni tienen los mismos derechos y deberes reconocidos a los demás españoles en las Leyes Fundamentales, no les concedió directamente la nacionalidad española (...)”. Es evidente que tales dudas están absolutamente injustificadas, máxime a partir de los dictámenes del Consejo de Estado de 20 de junio y de 7 de noviembre de 1968. En este sentido, *cfr.* el comentario crítico de PANTALEÓN, A.F.: “*Comentarios a los artículos 21 y 22...*”, *op. cit.*, p. 106 y s.

tribunales españoles, “razones de alta conveniencia nacional” (que no eran otras que evitar la inclusión del “Sahara Español” en la lista de los territorios no autónomos) les llevaron a afirmar la condición española del territorio y de sus habitantes para, en la tercera, en base a “razones superiores evidentes de Derecho Internacional Público” hacer justamente la interpretación contraria¹⁰.

2. LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS HABITANTES DEL "SAHARA ESPAÑOL"

Aunque la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 ha traído al primer plano de la actualidad la cuestión de la nacionalidad de los habitantes de la antigua colonia española del Sahara Occidental, lo cierto es que el Gobierno español no se preocupó realmente de la misma hasta el momento en que, como consecuencia de las presiones internacionales, protagonizadas principalmente por las Naciones Unidas desde la entrada de España en la Organización (1955), se vio obligado a pronunciarse sobre la cuestión, aunque no fuera aún más que de forma indirecta. A partir de ese momento el Gobierno español negó el carácter de territorio no autónomo de los territorios

10. Así, por ejemplo, la *Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia, de 15 de enero de 1964* (época inmersa en la segunda de las fases mencionadas), se refería a esta cuestión, a propósito de un asunto de arrendamientos urbanos. La Ley de Arrendamientos Urbanos vigente en la época, establecía como causa para la denegación de la prórroga forzosa el hecho de que el inquilino no ocupara la vivienda por un período superior a seis meses. Por otra parte, el Decreto de 31 de octubre de 1958 (B.O.E. de 26 de noviembre de 1958). establecía como excepción a este régimen “la residencia habitual, por razón de destino público o de actividades mercantiles o laborales de carácter privado, en las provincias españolas y plazas de soberanía de África”, en atención a “quienes contribuyen con su esfuerzo al objetivo nacional de defender intereses vitales y actualizar las riquezas naturales e industriales de nuestras provincias y plazas de África”. La Sentencia consideró que el hecho de que en este caso concreto el inquilino fuera residente habitual del territorio de la entonces colonia española de Guinea Ecuatorial era un ejemplo de esta excepción y que, por tanto, procedía la prórroga automática del arrendamiento, máxime “cuando esos territorios fueron declarados provinciales con posterioridad, por causas de alta conveniencia nacional”. Texto de la sentencia en *Boletín Informativo de Sentencias* dictadas por Salas de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo de la Excm. Audiencia Territorial de Valencia, nº 110, diciembre de 1964, nº 2. El texto del considerando principal también en GONZÁLEZ CAMPOS, J.: “Jurisprudencia española, Nota”, *R.E.D.I.*, Vol. XIX, nº 1, 1966, p. 77.

que administraba en el continente africano, que consideraba como provincias españolas, dando comienzo a una política de asimilación de la condición jurídica de la población saharauí a la española, con un único objetivo: postergar en lo posible la descolonización del Territorio.

Entre la normativa dictada en relación con la condición jurídica del Sahara Occidental y de sus habitantes y, como punto de partida, cabe referirse al *Decreto de 21 de Agosto de 1956*, por el que la Dirección General de Marruecos y Colonias se convertía en Dirección General de las Plazas y Provincias Africanas¹¹, pues fue el primer paso importante dado por el Gobierno español de la época hacia la "provincialización" del Sahara, que tendría su culminación con el *Decreto de Presidencia de 10 de enero de 1958*¹² que, finalmente, atribuyó a los territorios del África Occidental (Ifni y Sahara Español) el carácter de provincias españolas¹³. Más concretamente, en relación con el entonces denominado Sahara Español, la *Ley 8/61, de 19 de abril de 1961*, sobre Organización del Régimen Jurídico del Sahara, se refería al Territorio como "la Provincia española del Sahara", cuya capital establecía provisionalmente en El Aaiún¹⁴. Por otra parte, esta Ley garantizaba a la "nueva Provincia" "el derecho de representación en Cortes y demás organismos públicos correspondientes a las provincias españolas"¹⁵, lo que plantea una duda adicional sobre la posibilidad de que pudieran ocupar el cargo de Procurador en Cortes personas que no poseyeran la nacionalidad española¹⁶, y señalaba que "en defecto de disposición legal especialmente dictada para la Provincia o, en su caso, de norma coránica, se recurrirá a la legislación sustantiva y procesal de aplicación en el resto del territorio nacional"¹⁷.

Lo cierto es que, a partir de ese momento, la población del territorio del Sahara Occidental disfrutó en cierta medida de algunos de los beneficios inherentes a la condición de nacional español. Así, junto a la posibilidad ya apuntada de ser miembros de las Cortes españolas, poseían además documentación expedida por las autoridades españolas, tan significativa como el D.N.I.

11. B.O.E. núm. 1338, de 19 de setiembre de 1956.

12. B.O.E. de 14 de enero de 1958.

13. Artículo 1 del Decreto.

14. Artículo 1 de la Ley.

15. Artículo 4 de la Ley.

16. BRIONES, F.: "Sahara, Derecho Interno y Derecho Internacional", *I Jornadas de Derecho Internacional: Problemática del Sahara Occidental*, Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas, VB ediciones, S.L., Las Palmas, 1995, p. 10.

17. Artículo 2 de la Ley.

o el Pasaporte¹⁸, que les permitía viajar fuera del Territorio, y podían acceder a la condición de funcionario de la Administración Pública española, posibilidad restringida, como es sabido, a los nacionales españoles¹⁹ (como consecuencia de aquella regulación, son numerosos los habitantes del antiguo Sahara Español, hoy residentes en los campamentos de refugiados en Tinduf, que en la actualidad vienen cobrando las pensiones que establece la legislación española de clases pasivas para lo que, lógicamente, también se requiere la condición de español).

18. Cfr. a este respecto la Orden de 23 de febrero de 1972, “*que aplica a la provincia del Sahara el Decreto 3276/1971, de 23 de diciembre (A.556) sobre expedición de pasaportes ordinarios*”, en *Legislación de Sahara. Años 1965-1973*, Dirección General de Promoción de Sahara e Instituto de Estudios Africanos (C.S.I.C.), Madrid, 1974, p. 563.

19. En este sentido, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, Texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, vigente hasta fechas recientes, señalaba en su artículo 30, 1, que “*para ser admitido a las pruebas selectivas previas al ingreso en la Administración, será necesario: a) Ser español*”. Este mismo texto recogía en el artículo 37 las causas de pérdida de la condición de funcionario, que son las siguientes: “*a) Renuncia, b) Pérdida de la nacionalidad española, c) Sanción disciplinaria de separación del servicio, d) Pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público*”. En el caso que nos ocupa y, ante el hecho consolidado del gran número de saharauis que después de haber sido funcionarios fueron desposeídos de tal condición, sólo cabría considerar razonable como causa para ello la pérdida de la nacionalidad, lo que conllevaría la consideración de que los habitantes del Territorio efectivamente poseyeron la nacionalidad española.

A pesar de ello, tal y como recuerda PEÑA, el D.N.I. y el pasaporte solo acreditan la nacionalidad a los efectos específicamente previstos en las correspondientes disposiciones. Fuera de este ámbito “*únicamente valen, a efectos probatorios, como signos de posesión de estado de la nacionalidad y como prueba indirecta de los datos de hecho que sirvieron al correspondiente funcionario para extender dichos documentos, por tratarse, según él, de españoles*” (el destacado es nuestro) (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. ALBADALEJO, tomo I, Madrid, 1978, p. 557).

Sin embargo, tal y como señaló la Sala 3ª del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 2 de febrero de 1984, si se negara la condición de funcionario a un originario del territorio por el mero hecho de la descolonización, “*se llegaría a la conclusión de que la Administración Española utilizó, en cuanto le fueron favorables, los servicios del recurrente, atribuyéndole la condición de funcionario para todo aquello que podía favorecerle, y en cambio le niega esa cualidad cuando ya sus servicios no son necesarios (...) lo que pugna con todo principio de justicia y equidad, y por lo tanto, con aquéllos que inspiran el Ordenamiento Jurídico*” (Aranzadi, 1984, nº 598).

La *Ley de Descolonización del Sahara*, a la que se referían los acuerdos de Madrid, que fue aprobada el día 19 de noviembre de 1975, y publicada en el B.O.E. el día 20 del mismo mes, aunque dos años más tarde, señalaba lo siguiente:

"El Estado español ha venido ofreciendo, como Potencia administradora, plenitud de competencias y facultades sobre el territorio del Sahara, que durante algunos años ha estado sometido, en ciertos aspectos de su administración, a un régimen particular con analogías al provincial y que *nunca ha formado parte del territorio nacional*. Próximo a culminar el proceso de descolonización de dicho territorio, de conformidad con lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas, procede promulgar la norma legal adecuada para llevar a buen fin dicho proceso, y que faculte al Gobierno para adoptar las medidas al efecto (el destacado es nuestro).

(...) Artículo único. Se autoriza al Gobierno para que realice los actos y adopte las medidas que sean precisas para llevar a cabo la descolonización del Sahara, salvaguardando los intereses españoles. El Gobierno dará cuenta razonada de todo ello a las Cortes".

El propósito de la referencia expresa que se hace en el Preámbulo de la Ley a la condición del Sahara como territorio que nunca habría formado parte del territorio nacional español era, además de dar una justificación "legal" a la retirada de España del conflicto y a los acuerdos de Madrid de 14 de noviembre de 1975 que, por otra parte, ni siquiera menciona, dar cobertura legal a las posteriores medidas que se habrían de adoptar en el ordenamiento interno español, tales como las referidas, principalmente, a la nacionalidad de los saharauis²⁰.

Aunqu como BRIONES ha recordado, los Preámbulos de las leyes carecen de eficacia normativa, por lo que debe considerarse que esta referencia carece de valor jurídico alguno²¹, lo cierto es que, tal y como ha señalado la profesora ANDRÉS, una interpretación acorde con el Derecho Internacional no debe dejar lugar a la duda sobre el hecho de que "si bien en un principio las colonias se

20. Tal y como señala REMIRO, tampoco cabe desdeñar otra razón, y es que efectivamente "hubiera sido temerario" reconocer el derecho a la libre determinación a pueblos asentados en el territorio nacional sin una previa separación de las cuestiones africanas de las propiamente peninsulares (REMIRO BROTONS, A.: *Territorio y Constitución de 1978*", *op. cit.*, p. 71).

21. BRIONES, F.: *"Sahara, Derecho Interno y Derecho Internacional"*, *op. cit.*, p. 9.

asimilaban de modo absoluto al territorio metropolitano (...) la distinción entre territorio metropolitano y territorio colonial impide la asimilación de ambos espacios desde el punto de vista jurídico”²².

En este sentido, aunque la jurisprudencia española tendió a interpretar las diferentes normas relativas al carácter provincial de los territorios administrados por España como una forma de asimilación de los mismos al territorio nacional²³, continuando con lo que REMIRO calificó de “nefanda pirueta de una provincialización vocacionalmente asimiladora”²⁴, debe afirmarse que esta interpretación carece de justificación hoy en día, fundamentalmente por dos razones, que son apuntadas por la profesora ANDRÉS. De una parte, por la evidencia de la postura mantenida por España en los foros internacionales, y más concretamente, por la decisión de remitir la información a que se refiere la letra e) del artículo 73 de la Carta, actitud que “desautoriza los esfuerzos internos de integración”. De otra, por la interpretación que inaugura el Consejo de Estado con motivo de la descolonización de Guinea Ecuatorial y la retrocesión de Ifni a Marruecos, a la que nos hemos referido con anterioridad, en el sentido de considerar que la política de “provincialización” de los territorios administrados por España en Africa (siempre con la excepción de las plazas de Ceuta y Melilla) tuvo una naturaleza puramente funcional como sistema de promoción de estos territorios, con vistas a su ulterior descolonización, “manteniéndose por ello inalterada la condición jurídica de los territorios afectados por el cambio de denominación”²⁵. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el propio Preámbulo de la Ley de Descolonización se inspiraba directamente en esta interpretación del Consejo de Estado²⁶.

22. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M.P.: “Jurisprudencia Española. Nota”, *R.E.D.I.*, vol. XXXIII, nº 1, 1981, p. 178.

23. *Cfr.* a este respecto, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia, de 15 de enero de 1964 (*Boletín informativo de Sentencias* dictadas por Salas de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo de la Excma. Audiencia Territorial de Valencia, nº 110, diciembre de 1964, nº 2), o la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de febrero de 1977 (*Aranzadi*, 1977, nº 612).

24. REMIRO BROTONS, A.: “*Territorio y Constitución de 1978*”, *op. cit.*, p. 71

25. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M.P.: “*Jurisprudencia Española. Nota*”, *op. cit.*, p. 180.

26. Compartiendo estos planteamientos del órgano consultivo, HERRERO DE MIÑÓN señalaba en 1972 que “el Sahara Español –como Ifni y Guinea Ecuatorial–, pese a su denominación provincial, un territorio no autónomo y, por tanto, distinto del territorio nacional”, por lo que apuntaba que, al igual que en los casos mencionados, cualquier modificación de su estatuto territorial, debía ser autorizado

3. EL DERECHO DE OPCIÓN

El Proyecto de Artículos de la C.D.I. al que nos venimos refiriendo, establece en su artículo 3 la obligación de los Estados Partes de adoptar

“todas las medidas apropiadas para evitar que las personas naturales que, en la fecha de la sucesión de Estados, tengan la nacionalidad del Estado predecesor se conviertan en apátridas como consecuencia de dicha sucesión”.

En aras a evitar tal eventualidad y, aunque como ha puesto de relieve VERZIIL, no puede considerarse como un derecho humano inviolable resultante de una norma consuetudinaria de *ius cogens*, ni menos como un principio general del Derecho que se impone a los Estados²⁷, de forma habitual los Estados predecesores han articulado un derecho de opción por su nacionalidad en favor de los habitantes de estos territorios, y España no ha sido la excepción, como demuestran los ejemplos más cercanos de Ifni y Guinea Ecuatorial.

Lo cierto es que, si bien cabe afirmar que el derecho de opción reconocido por las autoridades españolas en estos dos casos tuvo una efectividad prácticamente nula, al menos sí se daba una circunstancia de la mayor importancia, a la que hace referencia el artículo 4 del Proyecto de la C.D.I.: en ambos procesos se había producido una sucesión en el territorio. El citado artículo establece una “presunción de nacionalidad” de carácter general en los siguientes términos:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente proyecto de artículos, se presumirá que las personas afectadas que tengan su residencia habitual en el territorio afectado por la sucesión de Estados, adquieren la nacionalidad del Estado sucesor en la fecha de dicha sucesión”.

Sin embargo, es precisamente esta circunstancia la que diferencia a estos dos procesos del caso del Sahara Occidental, dado que en éste no se produjo ni se ha producido aún tal sucesión, no existiendo, en consecuencia, un “Estado

por Ley (cfr. HERRERO DE MIÑÓN, M.: “La configuración del territorio nacional...”, *op. cit.*, p. 422).

27. VERZIIL, J.H.W.: *International Law in historical perspective. Part V: Nationality and other matters relating to individuals*, A.W. Sijthoff, Leiden, 1972, p. 165.

sucesor”. De acuerdo con el artículo 6 del Proyecto de la C.D.I., la atribución de nacionalidad surte efectos desde la fecha de la sucesión. En el supuesto del Sahara Occidental, de aceptar que efectivamente se ha producido la sucesión de Estados, ¿cuál sería esa fecha? Si consideramos como tal la de la ocupación del territorio, lo que sería contrario al derecho de autodeterminación del pueblo saharauí, ¿qué nacionalidad habría que considerar como la propia de sus habitantes?: ¿la marroquí, la mauritana o ambas? En cualquiera de esos casos, teniendo en cuenta que la población no ha ejercido aún el derecho a su libre determinación, ¿habría que excluir la nacionalidad saharauí o “mantener” la española hasta que se llevara a cabo el referéndum? ¿Cabe hablar de “conservar” la nacionalidad española? El artículo 1 del proyecto de Artículos de la C.D.I. señala que “toda persona natural que, en la fecha de la sucesión de Estados, tenga la nacionalidad del Estado predecesor (...) *tendrá derecho a la nacionalidad de por lo menos uno de los Estados involucrados*”. Nuevamente se plantea la misma cuestión: ¿la nacionalidad de cuál de los Estados implicados?

En cualquier caso, no debe olvidarse que, si por una parte, ni Marruecos, ni Mauritania, ni España eran parte de los diferentes instrumentos internacionales relativos a la apatridia en vigor en el momento en que se concluyeron los acuerdos de Madrid²⁸, por otra, el proyecto de artículos confeccionado por la C.D.I., al que nos venimos refiriendo, que no pasa de ser eso precisamente, un proyecto de artículos, señala expresamente en su artículo 27, que el mismo

“se aplicará a los efectos de una sucesión de Estados *que se produzca de conformidad con el Derecho Internacional y, en particular, con los principios de Derecho Internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas*”²⁹,

28. España depositó el instrumento de adhesión a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas el 24 de abril de 1997 (*B.O.E.* n° 159, de 4 de julio de 1997).

29. El destacado es nuestro. Los dos Convenios de Viena que han regulado la sucesión de Estados han hecho una referencia similar a la cuestión de la legalidad de los procesos de sucesión. *Cfr.* a este respecto el artículo 6 del Convenio sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados y el artículo 3 del Convenio sobre Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado. Por otra parte, el artículo 40 del primero de los convenios citados señala que “las disposiciones de la presente Convención no prejuzgarán ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir como consecuencia de la ocupación militar de un territorio”, lo que es suficientemente elocuente sobre el alcance de su contenido en el caso del Sahara Occidental.

circunstancia que implicaría su inaplicabilidad al caso del Sahara Occidental, por tratarse de una ocupación militar, cuya ilegalidad ha sido denunciada en repetidas ocasiones por los órganos principales de las Naciones Unidas. Pese a esta consideración creemos que la referencia a este texto es especialmente ilustrativa sobre el grado de conflictividad que ofrece el problema y que, a falta de otros textos sobre la cuestión, puede servir como punto de referencia.

A pesar de la extremada diversidad de enfoques que cada Potencia colonial ha dado a la cuestión de la sucesión de Estados en materia de nacionalidad, al menos sí parece existir en la Comunidad Internacional cierto consenso respecto de la necesidad de dar a los habitantes de los territorios dependientes la posibilidad de optar entre la nacionalidad del Estado predecesor y la del sucesor en el territorio. En este ámbito concreto de la descolonización, cabe afirmar que las Potencias contribuyeron a una cierta renovación de los principios tradicionales de la sucesión de Estados en materia de nacionalidad, asegurando al derecho interno un papel más importante que el que se le atribuía hasta entonces: todo el aspecto práctico de la sucesión de Estados en esta materia ha sido sustraído, en la mayoría de los casos, al Derecho Internacional para ser confiado a las legislaciones particulares de cada Estado restringiendo, de esta forma, la acción del ordenamiento internacional a limitar las consecuencias extraterritoriales de una institución “cuyo origen se encontraría en el orden jurídico y político interno”³⁰.

En nuestra opinión, éste es el sentido que debe atribuirse a la reciente sentencia del Tribunal Supremo español, que analizaremos más adelante. Sin embargo, no cabe aplicar al caso del Sahara Occidental estas mismas conclusiones, al menos en su integridad, en la medida en que en el territorio de la antigua colonia española no se ha producido ninguna sucesión de Estados, por lo que, al no haber ni Estado predecesor (España sigue siendo, desde la perspectiva de las Naciones Unidas, la Potencia administradora del Territorio) ni Estado sucesor, resulta desde todo punto de vista incorrecto asimilar el “derecho de opción” que regula el legislador español para este caso al de otros supuestos, no solo del ámbito internacional, sino también del propiamente nacional (Ifni y Guinea Ecuatorial).

Por lo que respecta al derecho de opción en el ámbito español, y de forma general, cabe afirmar que ninguno de los precedentes recientes del caso saharauí –Ifni y Guinea Ecuatorial– recogieron la posibilidad de un derecho de opción

30. DE BURLET, J.: *Nationalité des personnes physiques et décolonisation. Essai de contribution à la théorie de la succession d'Etats*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1975, p. 201 y s.

real, si bien todos ellos hacían referencia expresa a tal derecho, intentando dar de esta forma la apariencia de respetar el “consenso” existente en la Comunidad Internacional respecto de su necesidad.

El Decreto 2258/1976, de 10 de Agosto³¹ sobre opción por nacionalidad española por los naturales del Sahara, regulaba esta cuestión en términos parecidos a los utilizados en el caso de Guinea Ecuatorial. En realidad se trataba de una concesión de nacionalidad con carácter colectivo, individualizable mediante una manifestación de voluntad del interesado, regulada por el Decreto de la forma que sigue:

“Art. 1. Se reconoce el derecho a optar por la nacionalidad española a los naturales del Sahara que, *residiendo en territorio nacional*, estén provistos de documentación general española o que encontrándose *fuera de él* se hallen en posesión del documento nacional de identidad bilingüe expedido por las autoridades españolas, sean titulares del pasaporte español o estén incluidos en los registros de las representaciones españolas en el extranjero.

Art. 2. Los que pretendan acogerse a lo prevenido en el artículo anterior deberán manifestarlo así en el plazo máximo de *un año*, a partir de la entrada en vigor del presente Decreto, mediante comparecencia ante el Juez encargado del *Registro Civil del lugar de su residencia o el Cónsul español de la demarcación* correspondiente, aportando la documentación española de que se hallen provistos y expresando su voluntad de optar por la nacionalidad española.

Art. 3. El encargado levantará acta por duplicado y remitirá inmediatamente uno de los ejemplares a la Dirección General de Registros y del Notariado. La Dirección General recabará informes a los Ministerios de Asuntos Exteriores, de la Gobernación y de la Presidencia de Gobierno. A la vista de éstos y de la documentación acompañada, calificará el derecho del solicitante a acogerse a los beneficios de la presente disposición y ordenará la correspondiente inscripción en el Registro, a no ser que dichos informes revelen una conducta personal contraria a los intereses de la Nación”³².

Por otra parte, la Disposición Final 2ª, señalaba que

31. B.O.E. de 28 de setiembre de 1976.

32. Decreto 2258/76, de 10 de Agosto de 1976 (*Aranzadi*, R. 26954). Los destacados son nuestros.

“transcurrido el plazo de un año (...) se entenderán anulados y sin valor alguno, los pasaportes y documentos de identificación personal concedidos por las autoridades españolas a los naturales del Sahara que no ejerzan su derecho de opción”.

Como primer comentario, cabe señalar que la utilización del término “opción” es, cuanto menos, desafortunada. Del mismo modo que FERNÁNDEZ ROZAS ha puesto de relieve lo inadecuado de la utilización de este término en el artículo 19.1 del Código Civil, puesto que “no se regula una verdadera opción entre varias nacionalidades”³³, el uso de esta misma expresión³⁴ es

33. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “La reforma del Derecho español de la nacionalidad”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1983, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, p. 177. El artículo 19.1 del Código Civil, tras la reforma de 1982 (y sólo hasta la Ley 18/1990, ya que con ella esa opción -solo por patria potestad- pasa al artículo 20 vigente), decía lo siguiente: “Los extranjeros que, en supuestos distintos de los previstos en los artículos anteriores, queden sujetos a la patria potestad o a la tutela de un español pueden optar por la nacionalidad española”.

34. A este respecto, PÉREZ RODRÍGUEZ ha señalado que el Decreto no regula realmente un derecho de opción puesto que “no existe una actitud disyuntiva”, no dándose por tanto la misma situación jurídica que la que se daba en el Tratado de Retrocesión de Ifni, en la que, al margen de la posibilidad real de ejercitar el derecho, sí se ofrecía, al menos en teoría, la posibilidad de optar. Por otra parte, como señala este autor, el Decreto estaba en abierta contradicción con el artículo 20 del Fuero de los Españoles, que recogía taxativamente las causas de desnacionalización (*cf.* PÉREZ RODRÍGUEZ, M.: “La problemática del Sahara Occidental: aproximación jurídica del conflicto”, *I Jornadas de Derecho Internacional: Problemática del Sahara Occidental*, Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas, VB ediciones, S.L.: Las Palmas, 1995, p. 29).

Sin embargo, a este respecto debe traerse a colación el Informe de la C.D.I. sobre la Nacionalidad de las Personas Naturales en relación con la Sucesión de Estados que, a propósito del alcance del término, señala que “el término ‘opción’ que se usa en el presente proyecto de artículos no significa *solamente* una elección entre nacionalidades, sino que se emplea en un sentido más amplio que abarca también los procedimientos de ‘opción positiva’, es decir, la adquisición voluntaria de nacionalidad mediante una declaración, y de ‘opción negativa’, es decir, la renuncia a una nacionalidad adquirida *ex lege*” (*ORGA: A/52/10*, 12 de mayo a 18 de julio de 1997, p. 55). A pesar de estas consideraciones, siguiendo a VERZIIL, no está de más señalar que el derecho de opción en los casos de sucesión de Estados “se refiere habitualmente al derecho de los individuos a optar, por medio de su declaración, por la nacionalidad del Estado que pierde el territorio”, pero partiendo de la eventualidad de la constitución de un nuevo Estado en el citado territorio (*cf.* VERZIIL, J.H.W.: “*International Law in historical perspective...*”, *op. cit.*, p. 165).

especialmente relevante en el caso de la descolonización del Sahara Occidental por cuanto, dadas las circunstancias que rodearon al territorio en ese momento histórico³⁵, quien no quiso o no pudo solicitar la nacionalidad española perdió la oportunidad de “plenificar”³⁶ la nacionalidad española que tenía, por lo que, no habiendo otra nacionalidad alternativa dado que, a diferencia de lo ocurrido en Guinea Ecuatorial, no se constituyó un nuevo Estado en el Territorio³⁷, el Decreto vino a favorecer la apatridia de todo ese gran colectivo de saharauis³⁸

Por otra parte, tal y como ha señalado FERNÁNDEZ ROZAS, no puede hablarse tampoco de un derecho de opción de “carácter positivo”, individualizable ante el encargado del Registro, cuando tal solicitud puede ser denegada por la Administración por motivos de orden público (cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Derecho español de la nacionalidad*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 166).

35. Tal y como ha señalado GONZÁLEZ CAMPOS, “teniendo en cuenta el conflicto armado entre la población del Sahara Occidental y los ocupantes marroquíes y mauritanos del territorio en el momento de dictarse esta disposición, es fácil comprender el reducido alcance que habría de tener esta concesión colectiva de nacionalidad. Su efecto, en cambio, era lograr la *desvinculación de España de estos antiguos súbditos*, por la vía de la nulidad de los documentos de identidad españoles, pasado el año previsto para la opción” (GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: (Dir.), *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 78).

36. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. “*Comentarios al Código Civil...*”, op. cit., p. 572. La Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998, a la que nos referiremos más adelante, se refiere en similares términos a la “nacionalidad menos plena reconocida a la población colonizada” (Considerando Séptimo).

37. Conviene recordar a este respecto que el Proyecto de Artículos de la C.D.I. sobre la Nacionalidad en caso de Sucesión de Estados señala en su artículo 24.2 que “el Estado predecesor privará de su nacionalidad a las categorías de personas que tengan el derecho a adquirir la nacionalidad del Estado sucesor con arreglo al artículo 23 (sobre concesión de nacionalidad del Estado sucesor). No obstante, *no les privará de su nacionalidad antes de que adquieran la nacionalidad del Estado sucesor, salvo que tengan la nacionalidad de un tercer Estado*” (ORGA: A/CN.4/480/Add.1, de 28 de febrero de 1997, p. 44), y que uno de los comentarios a este artículo la C.D.I. señala que “aunque la descolonización no entra en las categorías de sucesión de Estados denominada separación, existen ciertas similitudes entre estos dos fenómenos, en los cuales al tiempo que se crea un Estado nuevo se mantiene el Estado predecesor” (*Ibid.*, párr. 4, p. 46).

38. Siguiendo a ROUSSEAU, se puede definir al apátrida como aquel “individuo sin nacionalidad, sea porque nunca la ha tenido, sea porque habiendo tenido una la haya perdido sin adquirir otra” (ROUSSEAU, Ch.: *Droit International Public*, (tomo II), Paris, 1974, p. 773). Esta institución no tuvo mayor eventualidad hasta el final de la Primera Guerra Mundial, como consecuencia de medidas concretas adoptadas por algunos de los Estados aliados, en virtud de las cuales se procedía a desposeer de la nacionalidad de los mismos a diferentes colectivos de personas bien por motivos religiosos (colectivo de judíos rumanos declarados apátridas entre 1864 y 1914), bien por su pertenencia a determinadas minorías étnicas (armenios respecto

que, si como hemos visto, en un momento dado poseyeron documentación española y la posibilidad de acceder a la condición de funcionarios³⁹, condición reservada a los nacionales españoles, en virtud del Decreto que analizamos perdieron todos sus derechos⁴⁰. Lo desafortunado de la utilización del término “opción” resulta más evidente a la vista de una sorprendente interpretación del derecho regulado por el Decreto 2258/1976, realizada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo. La Sentencia, de 17 de octubre de 1984, afirmaba que dicho Decreto concedía al ciudadano en cuestión, originario del territorio y funcionario hasta la retirada de España del mismo,

“la posibilidad de elegir entre la nacionalidad española y aceptar la nacionalidad del país que adquirió la soberanía (*sic*) sobre los territorios

de Turquía, etc.), bien por cesiones territoriales consecuencia de los tratados de paz que pusieron fin a las dos grandes guerras (sobre esta cuestión, *cfr.* MIAJA DE LA MUELA, A.: *Derecho Internacional Privado, II, Parte Especial*, Madrid, 1963, p. 96 y ss). La Convención de 28 de setiembre de 1954 relativa al estatuto de los apátridas, que con carácter general entró en vigor el 6 de junio de 1960 -tal y como hemos mencionado anteriormente, España es Parte de la misma desde 1997-, define al apátrida como “una persona que ningún Estado considera como súbdito suyo por aplicación de su legislación”, lo que parecería indicar que, de reconocer Marruecos a los habitantes del Sahara Occidental como nacionales suyos no cabría la posibilidad de la apatridia, pero no debe olvidarse que uno de los elementos a considerar en la atribución de la nacionalidad es la voluntad del individuo de acceder a la misma, circunstancia que en este caso, obviamente, no concurre. Por otra parte, tal y como ha señalado GONZÁLEZ CAMPOS, el Estado sucesor puede atribuir discrecionalmente su nacionalidad a los habitantes del territorio, pero con una importante limitación: la efectiva vinculación de la persona con el Estado que la confiere para que sea oponible a otros Estados, lo que está lejos de darse en el conflicto saharauí, en el que en muchos casos la vinculación es la de haberse enfrentado en una guerra de liberación nacional.

39. *Cfr.* a este respecto la Orden de Presidencia de Gobierno de 29 de octubre de 1971, de Régimen Jurídico de los Funcionarios españoles de ascendencia saharauí de la Administración Civil de la Provincia de Sahara (*Boletín Oficial del Sáhara*, nº 252).

40. En contra de esta afirmación, PEÑA señala que los funcionarios públicos en ningún momento dejaron de ser españoles, a pesar del fin de la presencia de España en el Sahara (*cfr.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: “*Comentarios al Código Civil...*”, *op. cit.*, p. 572), lo que podría venir avalado por el hecho de que, como hemos señalado anteriormente, son muchos los saharauis que, habiendo tenido la condición de funcionarios españoles, continúan percibiendo pensiones de la Administración española. Sin embargo, en nuestra opinión, también la condición de funcionario, atribuida por las autoridades españolas a los habitantes de los territorios que administraba, estaba impregnada de esa naturaleza “incompleta” que caracterizaba a la nacionalidad de los habitantes de las colonias.

saharais, pero siempre, insistimos, dentro de un contexto de previa consideración de españoles (*sic*)”⁴¹.

Por otra parte, en nuestra opinión, la consecuencia primera y más grave de la entrada en vigor de este Real Decreto fue la de convertir de forma colectiva en apátridas a los habitantes originarios del territorio del Sahara Occidental⁴². Si por una parte, la posibilidad de opción, al igual que en los casos precedentes, no fue real, por otra, la apatridia es consecuencia de una circunstancia particular de este caso: si en los casos de la retrocesión de Ifni a Marruecos (1969) y Guinea Ecuatorial (1968-1977) los habitantes que no pudieron o no quisieron ejercer el derecho de opción se convirtieron en nacionales de Marruecos o de Guinea Ecuatorial, por ser éstos los Estados sucesores de España en dichos territorios, en el caso del Sahara Occidental la sucesión de Estados no se ha producido, por lo que quienes no aceptan voluntariamente la adquisición de la nacionalidad marroquí, por tratarse de una ocupación ilegal del Territorio y, por las razones que fueran –imposibilidad o falta de voluntad- no optaron por la española, se convirtieron automáticamente en apátridas. Buena muestra de esta situación es el hecho de que los habitantes del Territorio que huyeron del mismo como consecuencia de la guerra, y se encuentran en los campamentos del Frente POLISARIO en Tinduf, viajan con pasaporte saharauí por aquellos Estados que reconocen a la R.A.S.D., y con pasaporte argelino por aquellos otros que no lo hacen, siendo obvio que no poseen la nacionalidad de este Estado, puesto que ni los saharais ni la propia Argelia la reclaman⁴³.

Por otra parte, el "plazo razonable" para hacer válida la opción por la nacionalidad española no sería acorde con lo establecido por el artículo 10.5 del Proyecto de Articulado de la C.D.I. ("los Estados involucrados concederán un plazo razonable para el ejercicio de los derechos establecidos en los párrafos 1 y 2" –se refiere al derecho de opción y al respeto de la voluntad de los afectados–) puesto que, si bien la duración de lo que deba entenderse por plazo razonable "puede depender de las circunstancias de la sucesión de Estados", en opinión de la propia Comisión, "un 'plazo razonable' es el que resulta nece-

41. Sentencia de 17 de octubre de 1984 (*Aranzadi*, nº 5599).

42. Cfr. PÉREZ RODRÍGUEZ, M.: "*La problemática del Sahara Occidental...*", *op. cit.*, p. 28.

43. Lógicamente, los saharais que permanecen en el territorio ocupado por Marruecos poseen documentación marroquí, si bien la posesión del pasaporte de este Estado está reservada a quienes han demostrado fehacientemente su lealtad al Gobierno de este país.

sario para permitir un ejercicio eficaz del derecho de opción”⁴⁴, lo que no ocurre en el caso del Sahara Occidental dado que fueron muy pocos quienes tuvieron conocimiento de la existencia del Real Decreto y, entre ellos, aún menos los que pudieron hacer efectivo el derecho de opción, al encontrarse en campamentos de refugiados en los que, obviamente, no había oficinas del Registro Civil español, ante las que se debía tramitar la correspondiente solicitud.

A modo de conclusión, debe señalarse que el ordenamiento español trató de “cumplir” con la regla mayoritariamente admitida por la Comunidad Internacional, en función de la cual España debía dar a los habitantes del Sahara Occidental la oportunidad de optar por la nacionalidad española. Sin embargo, trató de obviar el hecho, clave en este caso, que por otra parte le convierte en único entre los procesos de similares características, de que el Sahara Occidental no ha sido aún descolonizado. No habiendo un Estado que sucediera legalmente a España en la administración del Territorio, por lo que, insistimos, ésta sigue siendo la Potencia Administradora del mismo, es responsable del destino de sus habitantes y está legitimada para ejercer la protección diplomática en su defensa. El denominado “derecho de opción” no constituye más que una forma de intentar salvar las apariencias de legalidad ante la Comunidad Internacional, con una grave consecuencia práctica, como es incorporar la población saharauí a uno de los grupos más desprotegidos de la misma: los apátridas.

4. LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE LA NACIONALIDAD DE LOS HABITANTES DEL SAHARA OCCIDENTAL. ANÁLISIS ESPECIAL DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE OCTUBRE DE 1998

La poca jurisprudencia existente en el Derecho español sobre la cuestión de la nacionalidad de los habitantes de la antigua colonia española del Sahara Occidental ha negado con rotundidad, y hasta fechas muy recientes, que los saharauis, por el simple hecho de haber nacido en ese territorio africano hubiesen tenido nunca la condición de españoles. En este sentido, es muy significativo el tenor literal de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1980. El Tribunal entendió de una reclamación de indemnización

44. *ORGA*: A/52/10, p.57.

efectuado por un originario del Territorio, residente en El Aaiún en el momento en que se produjo la retirada de España, que sufrió la destrucción de su negocio de forma intencionada, en su opinión, por su “condición de pro-marroquí”. La Sentencia negó que el reclamante cumpliera el primero de los requisitos para poder tener derecho a la indemnización, cual era la de poseer la nacionalidad española, en los siguientes términos:

“no ha quedado acreditada la condición de español del actor, sin que baste para justificar este extremo el hecho de estar en posesión de un Documento Nacional de Identidad –bilingüe– puesto que este documento se facilitaba a los saharauis de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de las normas para el reconocimiento de la condición de saharauí de 19 de noviembre de 1974⁴⁵, y como con anterioridad al Decreto de 10 de Agosto de 1976, no existe una norma que atribuyera la nacionalidad española a quienes se hallaban en la situación del actor y éste no ha acreditado haber optado por ella (por la nacionalidad española) hay que concluir que tampoco concurre el último de los requisitos que la Ley de 19 de noviembre de 1975 exige para poder solicitar la indemnización, es decir, el de ser español (...)”⁴⁶.

Como decíamos, éste ha sido, hasta fechas muy recientes, el sentir del juzgador español, que ha partido del argumento que ya hemos analizado con anterioridad de que, a pesar de la especialidad de su ordenamiento y de que sus habitantes hubieran disfrutado de un estatuto muy similar al de los nacionales de la Metrópoli, el Sahara Occidental no fue nunca territorio nacional.

Aunque aún no pueda considerarse como Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ser la primera, la *Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 28 de octubre de 1998*⁴⁷ ha venido a refutar los planteamientos anteriores

45. *Boletín Oficial del Sahara* de 30 de abril de 1975, número 336.

46. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1980, *Repertorio Jurisprudencia Aranzadi*, 1980, nº 4125.

47. En similares términos se planteó una demanda ante los tribunales franceses por habitantes de territorios que fueron administrados por Francia, aludiendo a la discriminación a la que les sometían las leyes francesas, dado que, en su opinión, las medidas adoptadas por el Estado francés, expulsándoles del territorio, habían violado el contenido del artículo 14 de la Convención Europea de los Derechos Humanos (“el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen

tanto de la doctrina de la D.G.R.N. como de la jurisprudencia española, haciendo frente a las evidentes contradicciones existentes en el ordenamiento español en la materia, aunque con desigual éxito.

Esta Sentencia resolvió un recurso de casación por infracción de Ley y defecto en el ejercicio de la jurisdicción contra una relativa a la protección jurisdiccional de los derechos de la persona, planteada por un habitante del antiguo Sahara Español. El actor, nacido en El Aaiún en 1950, había solicitado ante el Registro Civil Central certificado de inscripción de nacimiento, obteniendo una certificación, pero negativa, en la que hacía constar que no constaba ningún dato de tal inscripción.

Frente a esta situación, presentó ante la D.G.R.N. una solicitud de inscripción de nacimiento fuera de plazo, en calidad de español. La Resolución de 1 de setiembre de 1993, señalaba lo siguiente:

"le comunico que el Sahara Español nunca fue territorio español a efectos de adquisición de la nacionalidad española, 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 (...) 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".

En estas circunstancias, el actor decidió presentar una demanda ante un Juzgado de Primera Instancia de Madrid solicitando la declaración de que el Estado Español violó su derecho fundamental a la igualdad ante la Ley a través de dicha Resolución, al ignorar tanto su nacionalidad española de origen como

nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra similar") y, el artículo 3 del Protocolo Adicional nº 4 (garantía de los nacionales de un Estado contra la expulsión), ya que "el criterio de distinción adoptado por las leyes francesas estaba fundado en realidad sobre el origen étnico de las personas concernidas y sobre sus creencias religiosas". El Tribunal de Apelación de París rechazó estas argumentaciones partiendo siempre de la distinción sociológica entre "franceses de la Metrópoli" y, "poblaciones locales", no equiparables en opinión de dicho tribunal, que entendió por otra parte, que la Convención europea no garantiza el derecho a una nacionalidad concreta, y que las discriminaciones condenadas por la misma son aquéllas que carecen de "justificación objetiva y razonable", lo que no era el caso. A este respecto, *cfr.*, LAGARDE, P.: "Le droit á une nationalité", *Droits et libertés fondamentaux*, Dirigido por R. CABRILLAC, M.A. FRISON-ROCHE y TREVET, Ed. Dalloz, 2ª ed., París, 1995, pp. 124-125.

la certificación de su nacimiento en los Registros españoles, solicitando asimismo la declaración de la nacionalidad española de origen del actor y su inscripción en el Registro Civil. Esta demanda y el posterior recurso de apelación fueron desestimados por falta de jurisdicción, entendiendo los juzgadores que el orden jurisdiccional competente no era el civil sino el contencioso-administrativo⁴⁸. Sin embargo, el recurso de casación planteado ante el Tribunal Supremo, que contó además con la inesperada adhesión del Ministerio Fiscal, fue admitido por el alto Tribunal, al entender que "tratándose de un problema de nacionalidad de origen, no es dudoso que los temas litigiosos que suscita deban ser decididos por el orden jurisdiccional civil".

Este recurso planteaba la violación por el Estado del *artículo 14 de la Constitución*, en la medida en que "un español de origen ha resultado privado de tal nacionalidad sin que el mismo haya hecho renuncia expresa ni haya adquirido ninguna otra (...) siendo esta actuación de clara discriminación por razones de raza y religión e, indirectamente, de nacimiento (...)", y aportaba como "término de comparación", para justificar la existencia de discriminación, documentación referente a una persona de origen latino y de religión cristiana, nacida en El Aaiún, que poseía la nacionalidad española sin que para ello hubiera debido ejercer, tras la retirada de España del territorio, el derecho de opción ni practicar ningún otro procedimiento especial.

Una vez salvada la cuestión de la jurisdicción, que había motivado la desestimación de la demanda en las instancias judiciales previas, la Sentencia hizo frente al fondo del asunto que se le planteaba, en unos términos que, desde su primer considerando, no pretendían ocultar la complejidad de su análisis, quizás justificando de antemano lo intrincado de la propia argumentación que iba a esgrimir el Tribunal, pues ubicaba el origen del debate en

"Las confusiones creadas por la legislación interna, promulgada para la antigua colonia del llamado Sahara Español en el período histórico precedente a la 'descolonización' (que culminaría) con el abandono del territorio (que fue ocupado militarmente por otro Estado), al margen, desde luego, de la calificación objetiva que mereciera el territorio del Sahara en relación con el territorio metropolitano, según el Derecho Internacional".

48. Sentencias de 3 de marzo de 1995, del Juzgado de Primera Instancia nº 58 de Madrid, y de 16 de enero de 1996 de la Audiencia Provincial de Madrid.

Así, desde un primer momento, el Tribunal Supremo traza con claridad una *línea divisoria entre el ordenamiento interno español y el internacional* de forma que, aunque no tome apoyo expreso en este último, la Sentencia se inclina a analizar los derechos que pudieran deducirse del ordenamiento interno español en beneficio del recurrente. De esta forma, después de poner de relieve el complicado entramado legislativo español sobre la cuestión, afirma la necesaria adaptación de éste al internacional a partir de "la descolonización del territorio (*sic*)". En nuestra opinión, esta actitud del Tribunal es la correcta, dado el distinto tratamiento que los órdenes interno e internacional dan a la cuestión. Así, si por una parte, la Resolución 2625 (XXV) de la A.G. dejó bien sentada la condición jurídica distinta y separada del territorio de la colonia respecto de la metrópoli, por lo que en el plano internacional el tema no admite discusión, por otra, resulta también evidente que los ordenamientos de las diferentes Potencias que han administrado territorios no autónomos han dado un tratamiento peculiar a sus habitantes, sin tener en cuenta lo que al respecto pudiera establecer el ordenamiento internacional. De acuerdo con la citada Resolución, el Derecho Internacional no permite a las Potencias administradoras adoptar medidas colectivas de naturalización de los habitantes de los territorios que administran, pues ello supondría una medida de asimilación, contraria a los intereses de los pueblos de dichos territorios y a la propia filosofía de la Carta de las Naciones Unidas. Pero cosa diferente son los derechos subjetivos que hayan podido reconocer los diferentes ordenamientos internos en beneficio de sus habitantes, individualmente considerados, vertiente hacia la que apunta la Sentencia que analizamos.

El Tribunal afirma que, desde el punto de vista del ordenamiento interno español, la política de "provincialización" emprendida por el legislador nacional a finales de la década de los años cincuenta tuvo como corolario la *asimilación del territorio colonial al metropolitano y, en consecuencia, la de sus habitantes*, apoyando esta afirmación en la filosofía que inspiró la legislación española de la época, consistente en la "voluntaria y reiterada voluntad de equiparar aquel territorio, no obstante sus peculiaridades, con una provincia española y, por ello, a considerarla como una extensión del territorio metropolitano"⁴⁹. Sin embargo el Tribunal no obvia, como de hecho no podía

49. Así, por ejemplo, la Sentencia recuerda que la Ley de 19 de abril de 1961, que estableció *las bases sobre las que debe asentarse el ordenamiento jurídico de la Provincia del Sahara en sus regímenes municipal y provincial*, disponía que "la Provincia del Sahara gozará de los derechos de representación en Cortes y demás organismos públicos correspondientes a las provincias españolas", permitiendo de esta forma la incorporación de representantes saharauis a las Cortes y al

hacer, la referencia al planteamiento del ordenamiento internacional sobre la cuestión, reconociendo la necesaria adaptación del orden interno a éste, experimentada a partir de la Ley de Descolonización del Sahara de 19 de noviembre de 1975. A partir de entonces, el ordenamiento español considerará que el Sahara Occidental "nunca formó parte del territorio nacional ". Pese a ello, el Tribunal concluye que, aún siendo claras las restricciones al *status civitatis* de los habitantes del territorio colonial, hasta ese momento y durante todo el tiempo que España administró el territorio, *los saharauis poseyeron la nacionalidad española*⁵⁰. Esta afirmación del Tribunal tiene dos vertientes. Así, si por un lado está proclamando que hasta ese momento los mismos poseyeron la nacionalidad española, por otra, establece un límite temporal a ésta, al negar que a partir de entonces la mantuvieran, de forma que, implícitamente, está dando a entender que *el título inscrito en el Registro Civil decayó* tras la mal llamada descolonización del territorio. En nuestra opinión es ésta la única vía de interpretación posible que permite "comprender" el salto en el vacío que dará posteriormente la Sentencia, al aplicar al caso el artículo 18 del Código Civil.

Una vez sentado que los saharauis "poseyeron" la nacionalidad española y que, por lo tanto, dejaron de poseerla, el Tribunal trata de buscar paralelismos con la actitud de otras Potencias administradoras al respecto, concluyendo la

Consejo Nacional. En opinión del alto Tribunal, la filosofía que inspiró esta norma "pretendía, sin duda, hacer manifiesta la equiparación de los 'stati' entre 'españoles peninsulares' y 'españoles nativos' a los que se refiere la Orden de 29 de noviembre de 1966, que dicta instrucciones para ejercer el derecho de voto en el referéndum convocado por el Decreto 2930/1966" (el artículo 1 del Decreto establecía que "los españoles, tanto nativos como peninsulares, residentes en las provincias del Sahara (...) que tengan derecho a votar con motivo del referéndum convocado por el Decreto 2930/1966, de 23 de noviembre"), por lo que, desde la perspectiva de la participación política, que es uno de los elementos principales del *status civitatis*, "la asimilación era completa" (Considerando Tercero). En este aspecto, el Tribunal considera lógico el planteamiento de la Sentencia de 22 de febrero de 1977, a la que nos hemos referido anteriormente, entendiéndolo que, al margen de lo que establezca el Derecho Internacional al respecto, desde el punto de vista del ordenamiento español, efectivamente "El Aaiún (*sic*) era una provincia española y la palabra España comprendía todo el territorio nacional", aunque, como hemos tenido oportunidad de señalar, tal afirmación, realizada dos años después de la retirada de España del territorio y de la entrada en vigor de la Ley de Descolonización, esté fuera de lugar.

50. En este sentido, la Sentencia señala que "*pese a las realidades de la heterogeneidad territorial los estatutos personales emergían sobre la retórica legislativa y gubernativa acerca de la plenitud de la asimilación (...) de lo que no cabe ninguna duda, con referencia a la nacionalidad de los saharauis, durante el plazo de la tutela de nuestro Estado sobre el territorio del Sahara Occidental, es que ésta fue la española*" (*ibid.*, Considerando Quinto. El destacado es nuestro).

existencia en la práctica internacional de diferencias entre "nacionales-ciudadanos" y "nacionales-súbditos", diferencias que, tal como hemos señalado anteriormente, no son propias del Derecho español. Pese a ello, el Tribunal aplica esta distinción al caso que nos ocupa, lo que le permitirá más tarde distinguir entre dos tipos diferentes de nacionalidad en el ordenamiento español: la "nacionalidad plena", propia de los habitantes de la metrópoli, y la "nacionalidad no plena", propia de los originarios del territorio colonial, a la que también parecía aludir la Resolución de la D.G.R.N. mencionada, cuando se refería al plazo que se concedió "para que los habitantes de la antigua colonia española pudieran hacerse españoles *con plenitud de derechos* mediante una solicitud específica".

El Tribunal afronta a continuación el análisis del problemático *derecho de opción* regulado por el Decreto de 10 de agosto de 1976, y lo hace desde una perspectiva diferente no solo a la de los estudios doctrinales que se han encargado de la materia, sino también diferente a la que planteó la propia demanda. Tanto es así que, aunque analiza determinadas cuestiones relacionadas con el Decreto, elude abiertamente un pronunciamiento expreso sobre su validez o vigencia, para examinar si el mismo debió ser aplicado al demandante o si, por el contrario, con su aplicación al caso concreto del actor, la D.G.R.N. incurrió en discriminación, violando el artículo 14 de la Constitución.

Aunque no tuviera mayores repercusiones en el resto de la Sentencia, como punto de partida, incide en una cuestión a la que ya hemos hecho referencia y que compartimos plenamente, al calificar el Decreto de "*falso o mal llamado derecho a optar* por la nacionalidad española", dada "la imposibilidad de hablar técnicamente de '*opción*', por la carencia de otra nacionalidad sustitutoria de la que por su naturaleza y circunstancias de colonización les correspondía" para, a continuación, entrar en la determinación de sus posibles destinatarios. El Decreto preveía expresamente dos tipos de destinatarios: por una parte, los saharauis residentes en territorio nacional, provistos de "documentación general española", entendiéndose por territorio nacional, "una vez que se había producido la descolonización (*sic*)", el metropolitano y, por otra, los saharauis residentes fuera del territorio nacional, poseedores de documentos concretos (D.N.I. bilingüe, Pasaporte) o "que estén incluidos en el Registro de las representaciones españolas en el extranjero". En opinión del Tribunal Supremo, el caso del actor constituye un *tertium genus* no equiparable a los dos previstos por el Decreto, al no residir entonces

"ni en España ni en el extranjero, sino en el Sahara⁵¹, territorio que, pese a haber sido ya descolonizado (la Sentencia incurre nuevamente en el error de hacer esta calificación) no pensamos que encajara en el segundo supuesto (...) 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".

Partiendo de esta afirmación, el Tribunal entiende que la D.G.R.N. incurrió en discriminación violando el artículo 14 de la Constitución pero, sorprendentemente, no respecto del término comparativo aportado por el recurrente, es decir, respecto de los españoles nacidos en el Sahara, pero de raza latina y religión cristiana sino respecto del resto de saharauis que sí se encontraban en una de las dos situaciones previstas por el Decreto. Por otra parte, el Tribunal entiende que el Decreto de opción venía a confirmar la diferente condición de los "españoles indígenas" del territorio respecto de los de la metrópoli, de forma tal que los primeros poseían una "nacionalidad no plena". Esta última afirmación le permitía retomar la cuestión de la "no plenitud" de la nacionalidad española de los saharauis, para abandonar el análisis del Decreto y remitirse al Código Civil.

Lo más llamativo de la Sentencia es que utiliza el Decreto para establecer la existencia de la discriminación, en términos absolutamente diferentes a los utilizados por la demanda, y lo abandona para remitirse al *artículo 18 del Código Civil* vigente⁵², artículo que, por otra parte, no habían invocado ni la parte actora ni el Abogado del Estado. En este contexto, afirma que, pese a que a partir de la retirada de España del territorio la legislación sobre esta cuestión cambiara radicalmente, "ello no significa que al amparo de la calificación bajo la que se desarrollaron o tuvieron ocurrencia los hechos determinantes del título no se produjera una apariencia legitimadora ", para concluir que, dado que el demandante estaba en posesión tanto de la documentación general como de la concreta a que se refiere el Decreto, además de otros documentos que acreditaban el ejercicio de actividades propias del nacional español, resulta

51. La Sentencia llega a referirse al Sahara Occidental como "territorio de marras", lo que resulta realmente desafortunado (*cf. ibid.*, Considerando Octavo).

52. El artículo 18 del Código Civil, redactado conforme a la Ley 18/1990, de 17 de diciembre (*B.O.E. núm. 302*, de 18 de diciembre), señala lo siguiente: "La posesión y utilización de la nacionalidad española durante diez años, con buena fe y, basada en un título inscrito en el Registro Civil, es causa de consolidación de la nacionalidad, aunque se anule el título que la originó".

probada "la posesión del estado de nacional español por el actor, así como su utilización continuada, durante diez años como mínimo"⁵³, afirmando, en consecuencia, "la consolidación de la posesión de hecho de su nacionalidad española" por el señalado plazo y "conforme a la buena fe"⁵⁴.

En nuestra opinión, el Tribunal trató de enmendar la "deuda moral" de España respecto de la población saharauí, para lo cual optó por aplicar un artículo del Código Civil que hasta el momento no había sido nunca utilizado para establecer la consolidación de la nacionalidad ni por la doctrina de la D.G.R.N. ni aún menos, por la jurisprudencia. En resumidas cuentas, el argumento que utiliza para llegar a establecer la nacionalidad española del recurrente es el siguiente:

— el saharauí que planteó el recurso poseyó un título *inscrito en el Registro Civil* que le dio la nacionalidad española con su nacimiento. Su inscripción en el Registro Civil no pudo ser comprobada, pero por motivo no atribuible al actor sino a la Administración española, por lo que la Sentencia lo da por bueno, en base al resto de la documentación aportada;

— los saharauis, en su condición de habitantes de un territorio no autónomo, poseían una *nacionalidad española "no plena"*, situación en la que, lógicamente, se encontraba el actor. El Decreto de opción daba la oportunidad de "plenificar" esta nacionalidad pero el actor no pudo ejercitar este derecho, al no ser destinatario del mismo, por lo que fue objeto de discriminación respecto de los saharauis que efectivamente sí lo eran;

— la Ley de Descolonización tuvo como consecuencia la *anulación del título* inscrito en el Registro Civil, explicación última que permite al Tribunal recurrir al artículo 18 del Código Civil⁵⁵, aunque no lo dice expresamente;

— la vía adecuada para atribuir la nacionalidad española al recurrente, objetivo que parece perseguir la Sentencia desde un principio, es la establecida

53. *Cfr.* Considerando Noveno de la Sentencia del T.S. de 28 de octubre de 1998..

54. *Cfr. Ibid.*, Considerando Décimo.

55. Tal y como señala la Instrucción de 20 de marzo de 1991 sobre nacionalidad (*B.O.E.* n° 73, de 26 de marzo), "el vigente artículo 18 del Código contiene la novedad de conceder a la posesión y utilización de la nacionalidad española, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil, fuerza suficiente para consolidar la nacionalidad utilizada aunque se anule el título que la originó (...). a) La expresión 'posesión y utilización' implica una actitud activa del interesado respecto de la nacionalidad española poseída. Ha de exigirse que se haya comportado como español, ejerciendo derechos y deberes derivados de su cualidad de español".

por el *artículo 18 del Código Civil*, en la medida en que poseyó y utilizó esta nacionalidad de buena fe, durante más de diez años, con base en un título inscrito en el Registro Civil que había decaído tras la "descolonización" del territorio.

De esta forma, el Tribunal incide en la consolidación de la nacionalidad española "de hecho" o de esa "nacionalidad no plena" del actor, poniendo de manifiesto las dificultades que ofrecería su consideración como nacionalidad española "de derecho", equiparable a los españoles de la metrópoli por el mero hecho de haber nacido en el territorio saharauí⁵⁶. Así, el Tribunal vuelve a demostrar una sorprendente capacidad para esquivar un pronunciamiento sobre una cuestión realmente comprometida, por sus posibles consecuencias, no afirmando ni negando la nacionalidad de origen de los "españoles indígenas", sino simplemente insinuando la dificultad de su afirmación. El fallo de la Sentencia declara finalmente la nacionalidad española del demandante, considerando que la Resolución de la D.G.R.N. recurrió a una norma que no era aplicable al supuesto de hecho sometido a su consideración, incidiendo en clara discriminación, contraria al artículo 14 de la Constitución, respecto de los saharauis que sí se encontraban en una de las dos situaciones previstas por el Decreto, en la medida en que

"la igualdad ante la ley, en el plano de la aplicación obliga a que ésta sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquéllos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en las normas".

A pesar de que compartimos la preocupación del Tribunal por los derechos subjetivos de los habitantes de la antigua colonia española, surgidos a

56. En este sentido, la Sentencia señala lo siguiente: "la oposición alegó frente al actor que debió haber alegado y aportado un 'término' de comparación, tal como exige la jurisprudencia constitucional para justificar la discriminación de trato, y el actor ha aportado documentos que prueban que personas nacidas en El Aaiún, como él mismo, tienen la condición de nacionales españoles. Mas 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 los razonamientos expuestos, resulta dudoso, a la luz de las normas nacionales e internacionales, que deben ponderarse*" (cfr. Considerando Undécimo de la Sentencia del T.S. de 28 de octubre de 1998. El destacado es nuestro).

la luz del ordenamiento interno español en la "fase de asimilación" iniciada en 1957, en nuestra opinión, la construcción jurídica empleada refleja, ante todo, la voluntad inicial del juzgador de concluir la existencia de una discriminación para, a continuación atribuir la nacionalidad española al recurrente, pero la técnica jurídica utilizada posee puntos débiles que le llevan a incurrir en varias contradicciones a lo largo de la Sentencia. En este sentido, llama poderosamente la atención la falta de convicción que parece tener el Tribunal en sus propios argumentos, ya que en algunos momentos parece dudar de ellos y se ve obligado a justificarse⁵⁷

En primer lugar, resulta decepcionante la forma en que el Tribunal elude pronunciarse sobre *la validez del Decreto de opción*, al considerar que existen razones suficientes para la estimación del recurso sin necesidad de entrar a analizar una cuestión tan complicada y que puede tener consecuencias importantes. Tal y como hemos tenido ocasión de señalar anteriormente, las dudas que ofrece su legalidad no son pocas. En cualquier caso, muy probablemente, el pronunciamiento del Tribunal sobre la validez del Decreto no se hará esperar, pues son muchas las demandas que, a partir de la publicación de la Sentencia, se están presentando ya por habitantes de la antigua colonia en diferentes lugares de la geografía española, solicitando la declaración de la nacionalidad española.

A pesar de ello, lo cierto es que la principal consecuencia que se deriva de la afirmación de que el caso concreto del demandante constituía un *tertium genus* no previsto por el Decreto, para concluir su no aplicabilidad al mismo, consiste en hacerlo inaplicable a la mayor parte de los habitantes del Sahara Occidental, que vendrían a formar parte de ese *tertium genus*, pues mayoritariamente se encontraban bien en el territorio ocupado por Marruecos, bien en los campamentos de refugiados de Tinduf, siendo contados los que se encontraban en uno de los supuestos previstos por el Decreto y aún menos quienes pudieron ejercer el derecho previsto en él. En nuestra opinión, aunque de forma indirecta, la Sentencia viene a hacer prácticamente ineficaz el Decreto, que podrá ser tenido en cuenta tan sólo en esos contados casos previstos por el mismo.

En segundo lugar, alude a la *diferente condición de los "súbditos" y de los "nacionales"*, tomando como referencia para ello el tratamiento que han dado a la cuestión los ordenamientos de las diferentes Potencias que han administrado

57. Así, por ejemplo, señala que "los expuestos criterios formales no son artificiosos, pues ha de considerarse que..." (Considerado Séptimo).

territorios coloniales, y una doctrina de autores que, por otra parte, ni siquiera cita. Sin embargo, tal y como hemos tenido ocasión de comprobar, si bien estas diferencias conceptuales sí se han dado en otros ordenamientos, lo cierto es que son ajenas al español. A la postre, este planteamiento le permitirá al Tribunal afirmar que la nacionalidad de los habitantes de los territorios dependientes era una "nacionalidad no plena", planteamiento que le servirá de apoyo para recurrir al artículo 18 del Código Civil.

Por otra parte, sorprende el hecho de que la Sentencia obvie la *condición de funcionario* español del demandante, debidamente acreditada en la demanda, condición reservada, como hemos tenido ocasión de señalar con anterioridad, a los nacionales españoles⁵⁸, ya que en opinión de algunos autores, éstos no perdieron nunca la nacionalidad que les permitió acceder a la función pública. Al menos debió hacer alguna referencia a esta cuestión, pero probablemente esta actitud tiene su explicación en la gran repercusión que hubiera tenido un pronunciamiento en este sentido dado el gran número de saharauis que se encontraban en las mismas circunstancias. Esta "prudencia" es patente a lo largo de toda la Sentencia.

Aunque debe celebrarse el hecho de que la Sentencia califique de "*falso derecho de opción*" el regulado por el Decreto, en la medida en que no había otra alternativa a la nacionalidad española que la apatridia, apuntando de esta forma un motivo más para sospechar de su invalidez, en varios de sus pasajes incurre en el error de calificar la retirada de España del territorio como "*descolonización*", lo que no se ajusta en absoluto a la realidad, cuestión negada incluso por los sucesivos Gobiernos españoles que, en diferentes ocasiones han manifestado expresamente que no considerarán concluido el proceso de descolonización hasta el momento en que el pueblo saharauí haya ejercido libremente su derecho a la libre determinación.

Finalmente, resulta también sorprendente la utilización que hace el Tribunal del *artículo 18 del Código Civil* pues, tal y como hemos señalado, este precepto no fue invocado en ningún momento por las partes (el demandante invocó el artículo 17, solicitando la declaración de la nacionalidad

58. El acceso a la función pública está reservada a los nacionales españoles con las únicas excepciones reguladas por la Ley 17/93, de 23 de diciembre (B.O.E. de 24 de diciembre) sobre *el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea*, complementada por el Real Decreto 800/95, de 19 de mayo (B.O.E. de 7 de junio de 1995), que limita tal acceso a determinadas actividades.

española de origen y su inscripción en el Registro Civil⁵⁹). Pero no es éste el único motivo que provoca sorpresa. Así, la Sentencia da a entender, pues no lo dice y otra interpretación no avalaría la aplicabilidad de este artículo, que el título inscrito en el Registro Civil, cuya "inexistencia no probó" la Administración española, decayó tras la retirada de España del territorio⁶⁰. Sin embargo, cuando la doctrina civilista ha analizado el contenido de este polémico artículo ha partido siempre de la consideración de que la nulidad del título adquisitivo de la nacionalidad española se produce cuando ésta es declarada "por la vía judicial oportuna, bien sea la contencioso-administrativa (cfr. art. 22.5 del Código Civil), bien sea la civil ordinaria (cfr. art. 25.2 del Código Civil)"⁶¹. Este es el aspecto en el que, en nuestra opinión, el Tribunal da un salto en el vacío, forzando el contenido literal del artículo 18 del Código Civil, pues una conclusión de este tipo requería una explicación expresa y detallada de sus motivos, máxime cuando se trata de un precepto que no ha sido nunca aplicado para declarar la consolidación de la nacionalidad.

A modo de conclusión, y con independencia de las dudas que pueda suscitar la argumentación jurídica empleada por el alto Tribunal, resulta evidente la trascendencia de la Sentencia, pues tras más de veinte años desde que se produjo la retirada de España del territorio, viene a reconocer la nacionalidad española a una persona originaria de la antigua colonia española, con base en la posesión de la misma de hecho y de forma continuada durante más

59. Sobre el contenido y alcance del artículo 17 del Código Civil vigente hasta la reforma efectuada por la Ley 18/1990, cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: "Comentario al artículo 17 del Código Civil", en la obra colectiva *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela*, Tecnos, 1986, pp. 17-52.

60. Quizás esté aludiendo a esta cuestión la Sentencia cuando se refiere a "la anulación posterior de la razón jurídica sustentadora" (Considerando Octavo), aunque lo enigmático de estos términos no permite afirmarlo sin vacilación.

61. A este respecto, cfr. DÍEZ DEL CORRAL y RIVAS, J.: "Consecuencias de la posesión de la nacionalidad española. Reflexiones sobre el artículo 18 del Código Civil", en la obra colectiva *Jornadas sobre nacionalidad y extranjería*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, p. 260. También, GARCÍA RUBIO, M.P.: "Consolidación de la nacionalidad española", *Anuario de Derecho Civil*, julio-setiembre, 1992, pp. 932-1010. Por su parte, GIL RODRÍGUEZ ha destacado la dificultad añadida que constituye la referencia a la utilización ("la posesión y utilización continuada de la nacionalidad española..."), en la medida en que "se hace depender la consolidación no tanto de los parámetros objetivos como de la apreciación acerca de si el concreto interesado ha hecho un 'uso adecuado y suficiente' de la nacionalidad que tuvo atribuida" (GIL RODRÍGUEZ, J.: "Capítulo XII. Nacionalidad" en la obra colectiva *Manual de Derecho Civil, vol. 1, Introducción y derecho de la persona*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 1997, p. 304).

de diez años. Pero es que además, considera inaplicable el Decreto de opción al caso de quienes se vieron forzados a sufrir la ocupación del territorio por Marruecos y, en buena lógica, al de quienes desde entonces residen en los campamentos de refugiados sites en el sur de Argelia, por no ser destinatarios de los beneficios previstos en el Decreto.

Las posibilidades que se abren de esta forma a un gran número de habitantes de la antigua colonia española (incluidos tanto aquéllos que, habiendo nacido en el territorio, puedan demostrar haber poseído de buena fe, durante diez años, la nacionalidad española, como aquellos otros que se encuentren en circunstancias similares aunque diferentes –las demandas de nacionalidad proliferan en los juzgados españoles–), y los problemas que acarrearía la obtención de la nacionalidad española por todo ese gran colectivo, podrían avalar, aunque sólo fuera en defensa de sus propios intereses, una nueva perspectiva de acción de España en la defensa activa del derecho a la libre determinación del pueblo saharauí que, hasta el momento, desgraciadamente, ha brillado por su ausencia.

Documentación

Sección coordinada por
PILAR POZO SERRANO, Profesora Titular de Derecho Internacional Público,
con la colaboración de RICARDO LLOPIS CARRASCO, Becario FPU.
(Universidad de Valencia)

