

Sentencia del Tribunal Supremo sobre la nacionalidad de una saharauí

ELEGIR LA NADA

INTRODUCCION

1.- Una vez acabado el primer Estado de Alarma conocimos la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 29 de mayo de este año en la que se rechazaba la pretensión de una ciudadana saharauí de que se reconociera la nacionalidad española de origen. La demanda, inicialmente, fue rechazada en el Juzgado de Primera Instancia, el recurso de apelación interpuesto por la actora fue estimado, por otros motivos, por la Audiencia Provincial, y finalmente, la casación llegó al Tribunal Supremo. Retendremos, de este largo proceso, tres datos que revisten importancia. El primero, que los progenitores de la postulante eran también saharauís. El segundo, que su nacimiento se produjo en 1973, año en el que el Sáhara figuraba como provincia española; y por último, que dicho nacimiento se inscribió en el Registro Civil.

2.- La resolución del Alto Tribunal concluye que no son españoles aquellas personas que nacieron en el territorio saharauí antes de la descolonización. Para ello considera que los términos “España” y “territorio español” son equivalentes en el artículo 17 del Código Civil, y que los espacios geográficos de las colonias no conformaban España. Consta de un voto particular seriamente argumentado en el que se explicitan, además de una óptica diferente, muchos aspectos de interés, y novedosos, en el derecho de la nacionalidad cuando quienes reclaman son originarios de las antiguas colonias de España en el continente africano.

3.- Con posterioridad, el 20 de julio, se dictó otra Sentencia que desestimaba la petición de nacionalidad española de origen de una mujer, nacida en Barcelona en 1995 e hija de ecuatoguineanos. La casación será igualmente rechazada en base a negar *la condición de españoles de origen a los naturales de las colonias*.

Aunque el Tribunal llega a idénticas conclusiones resaltemos que los supuestos de hecho son diferentes en ambos pronunciamientos, el concreto artículo del Código Civil analizado varía, el 17.1.b) en este segundo caso, o que el devenir, y sobre todo, el proceso de descolonización no fueron los mismos en cada uno de los enclaves africanos. Pero, en lo que nos interesa, los argumentos y la definición de los territorios no van a ser exactamente los mismos.

LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO HASTA LAS SENTENCIAS DE 2020

1.- Anteriormente a estas resoluciones el Tribunal de Casación había abordado de la nacionalidad de las personas originarias del Sáhara. La primera ocasión la Sala Civil en su Sentencia de 28 de octubre de 1998, en la que se concede la nacionalidad en base a la posesión de estado del artículo 18 del Código Civil. Y, por otro lado, la Sala Contenciosa de 7 de noviembre de 1999, la cual otorgaba la nacionalidad por residencia puesto que se consideraba que la referencia del Código Civil en su artículo 22 comprendía el Sáhara.

Muy a pesar nuestro no tenemos datos acerca de cuál fue la redacción del CC vigente a la fecha de las solicitudes de nacionalidad, si la resultante de la reforma de 1982, o si estaba ya en vigor la producida en 1990.

2.- En ambos pronunciamientos aparece ya el debate sobre la naturaleza del territorio del Sáhara y sobre la nacionalidad de sus habitantes. Así, la Sala Primera afirma: *“que en cualquier caso de lo que no cabe duda, con referencia a la "nacionalidad" de los saharahuis, durante el plazo de la tutela de nuestro Estado sobre el territorio del Sahara Occidental, es que ésta fue la española (de "españoles indígenas", habla alguna disposición), pues resulta evidente, conforme a las reglas generales del Derecho de la nacionalidad, que "los naturales del territorio colonial carecen de un nacionalidad distinta de los del Estado colonizador , dado que no poseen una organización estatal propia.”*

No obstante se referirá a los Dictámenes del Consejo de Estado de 1968 referidos Guinea Ecuatorial e Ifni y que posibilitaron, la independencia en el primero de los casos, y la devolución a Marruecos, en el segundo, sin que ello afectara a la integridad del Estado Español de entonces, negando que ambos espacios geográficos, a pesar de su denominación de provincias, formaran parte del territorio nacional.

Será precisamente la distinción entre territorio nacional y territorio español uno de los argumentos de la Sala Tercera. Circunscrito el primero, en exclusividad al territorio metropolitano, y por su parte, el territorio español incluiría, además del nacional, a las colonias españolas en África. Al incluir el Sáhara en esta segunda acepción del espacio, integrante del territorio español, el nacimiento de peticionario en la colonia permitía la adquisición de la nacionalidad española por residencia en el privilegiado plazo de un año.

3.- Esta jurisprudencia, fundamentalmente la contenciosa, ha sido estable en el tiempo, y ha constituido una referencia a la hora de abordar las solicitudes de nacionalidad bien de origen, bien por residencia, del colectivo saharauí. Se puede argüir que no solucionaban todos los aspectos de la problemática, de cierta incongruencia (sobre todo la primera de ellas en la que se concede la nacionalidad en base a un título no explícitamente pedido como la posesión de estado) y que no ponen en cuestión normas dictadas tras el abandono del Sáhara, como el RD de opción de 1976. Pero, al menos, ofrecían resultados paliativos a quienes, a diferencia del caso de Guinea, no tenían ni un acceso privilegiado a la ciudadanía en el Código Civil, ni preferencia alguna en la legislación de extranjería.

4.- Somos conscientes que nos dejamos en el tintero otras Sentencias del TS que, directa o tangencialmente, han abordado la naturaleza del territorio del Sáhara y la nacionalidad de quienes lo poblaban, por ejemplo, las dictadas en la jurisdicción penal. Pero sí resaltaremos un nutrido grupo de resoluciones dictadas por la Sala Tercera, por todas la de 17/05/2013, nº de Recurso 826/2011, que versaron sobre la concesión de las pensiones de supervivencia a los familiares de saharauis que hubieran prestado servicios en los disueltos cuerpos de Policía Territorial o en la Agrupación de Tropas Nómadas. De hecho, tales pensiones se concedieron desde 1982 hasta 1998 con la presentación del DNI bilingüe como prueba suficiente para acreditar la nacionalidad española en el momento del retiro, porque la posesión del documento nacional de identidad expedido por las autoridades españolas era el documento que servía para acreditar dicha nacionalidad, ya que a los no nacionales que residían en estos territorios se les expedía otro tipo de documento o tarjeta.

A partir de 1999 la Administración modificará este criterio, entendiendo insuficiente el citado DNI para constatar la ciudadanía española. Finalmente, tras una multiplicidad de resoluciones de los TSJ de Canarias y Madrid confirmadas por el Tribunal Supremo se volvió al criterio inicial.

METROPOLIS Y COLONIAS

1.- La relación que une a una colonia con el espacio metropolitano, y la consideración de sus habitantes se trata, sin duda, de una cuestión compleja. En el reparto del mundo del siglo XX observaremos fórmulas de relación diferentes dependiendo del país y también del espacio colonial, cambiantes incluso en el tiempo. Así no es lo mismo la forma en el que el Reino Unido definió a sus dominios que la práctica francesa cuando optó por la departamentalización de los territorios de ultramar.

En todos los casos se parte de un derecho ya establecido siglos atrás que legitima la colonización, y con un cuerpo común que se plasma en su ejercicio de distintas formas, acordes no sólo con las tradiciones históricas de cada Estado sino con las especificidades que cada enclave dominado tenga.

Hablamos, pues, de un ordenamiento unilateral, que expresa en cada momento las conveniencias de los países ocupantes, y cuya influencia no siempre desaparece cuando se constituye un nuevo estado poniendo fin a la época colonial.

2.- Consustancial a la idea misma de colonización, y como su fundamento moral, político y económico, es la supuesta incapacidad del pueblo autóctono de autogobernarse, aunque sea de forma transitoria, como cualquier nación pretendidamente civilizada o desarrollada lo haría. Es decir, desde su inicio, se basa en un trato desigual y discriminatorio hacia los habitantes de los territorios poseídos, de tal forma que su voluntad en principio importa muy poco, al estar necesitada de la tutela del Estado metropolitano.

Es evidente que subyacen razones muy alejadas de la generosa acción emprendida. Así, las colonias se adscriben a la concepción de Imperio y de su extensión e influencia, atesoran una indudable utilidad crematística, otras veces se enlazan con la conversión religiosa, y en no pocas con la voluntad de cincelar y trasladar a otras latitudes el modelo metropolitano. Hay, sin embargo, una característica común a todos estos ejemplos, la apacible pretensión civilizadora que se tomaba como guía, supuso, en demasiadas ocasiones, en un deshumanizado ejercicio del poder.

3.- El Estado Español, como había hecho Portugal, optó en un momento determinado (a partir del año 1958) por adscribir, al menos formalmente, al espacio colonial al territorio de la Metròpoli, provincializando los enclaves africanos, convirtiendo así, con las matizaciones que sean necesarias, en nacionales a sus poblaciones al incorporar el espacio geográfico.

Tal proceder, empero, no era acorde con el derecho internacional y el proceso descolonizador surgido tras la segunda gran guerra. Desde esa perspectiva no cabía estimar que los enclaves ocupados estaban sometidos a la soberanía de los Estados metropolitanos, sino que se consideraba a estos últimos como una provisional Potencia administradora. Si hablamos de la nacionalidad de los pobladores de las colonias tampoco cabía considerarlos, sin más, como nacionales de la metròpoli si

no se tenía en cuenta su voluntad. Aunque la atribución de ciudadanía (y empleo el término como sinónimo de nacionalidad), en la práctica, ha sido un terreno en el que las potencias dominantes se han movido con más libertad, y perceptible en el paso de colonia a un nuevo estado independiente en la esfera internacional.

4.- Cuando se opta por asimilar el espacio colonial, definir la naturaleza de su territorio y el estatus de la población nos sitúa ante una sutil línea en la que las afirmaciones no pueden ser categóricas y hay que matizarlas, pero en la que las negaciones absolutas tienen escasa cabida. En otras palabras, concluir que el espacio de la colonia constituyera parte integrante del Estado administrador resulta problemático, y no sólo a los ojos del derecho internacional. Sostener, igualmente, que a consecuencia de su adscripción a la metrópoli, sus habitantes adquirieron de forma automática la misma nacionalidad entraña complejidades, aunque, de facto, no se les pueda atribuir una ciudadanía distinta.

Sin embargo, pensamos que resulta un ejercicio más difícil negar que en algún momento el espacio administrado se consideró, de una u otra forma, parte integrante de la potencia administradora. Y mucho más complicado se nos hace sostener que sus pobladores no se les atribuyó, bajo ninguna circunstancia, la categoría de ciudadanos, por muy insuficiente que fuera el estatus otorgado. Dada además, una ausencia de normas que permitan establecer, de hecho y de derecho, que ni el territorio conformara otro Estado, ni que su población tenía una nacionalidad propia y reconocida a nivel internacional. A nuestro juicio, también de las proposiciones en negativo se pueden extraer conclusiones jurídicas.

5.- Nos movemos, pues, en un terreno en el que el derecho no nos ofrece siempre explicaciones clarificadoras, y en el que a pesar de la profusión de normas, escasean las soluciones jurídicas. Se trata además de un problema heredado que sigue sin explicarse, después de tantos años, que en la actualidad algunos espacios sigan considerándose territorios no autónomos, unos 16 o 17, según fuentes oficiales. Asimismo, excepto si se hace abstracción del peso diferente de los países en el tablero mundial, cuesta comprender las condiciones en las que antiguas colonias así consideradas, hoy hayan perdido tal condición y han pasado a ser partes integrantes, de hecho y de derecho, de la Potencia Administradora.

6.- En la época de provincialización del Sáhara, el régimen político era una dictadura, con la consiguiente falta de derechos y libertades básicas, por lo que las condiciones en que desarrolla cualquier asimilación eran necesariamente más limitadas. A ello habrá que unir, que por razones históricas la administración de los territorios africanos, no sólo las colonias o el protectorado marroquí, tuvo siempre un acusado sesgo militar. Igualmente, habremos de retener que el proceso descolonizador va parejo en el tiempo a la desaparición física de la figura de Franco, personificación de las estrechas relaciones entre saharauis y españoles.

LAS SENTENCIAS DE 2020

1.- La Sentencia de 29 de mayo de 2020 estima el recurso de la Dirección General de Registros y el Notariado y concluye que el Sáhara Occidental no forma parte de España a los efectos del art. 17.1c) CC.

Explicitados los argumentos en el orden en que se muestran en la resolución, esta no considera que sea aplicables anteriores resoluciones de la misma Sala, entre otras la de 28 de octubre de 1998 ya citada puesto que se refiere a la posesión de estado del artículo 18 CC.

Igualmente, aduce en su favor la distinción entre territorio español y territorio nacional establecida por la Sentencia de la Sala Tercera de 7 de noviembre de 1999, aunque considera que *“a la anterior distinción cabría ciertamente oponer que dentro del propio art. 17 CC, la expresión «territorio español» aparece como equivalente a «España»*.

Y para finalizar, postula atenerse a la normativa española más específica sobre la materia, constituida por la Ley 40/1975, de 19 de noviembre, sobre descolonización del Sahara, y el Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sahara. Todo ello en armonía, sigue la resolución que comentamos, con las Sentencias de 20 de noviembre de 2007 y 18 de julio de 2008 viene reconociendo el estado de apátridas a las personas nacidas en el Sahara Occidental **antes de su descolonización** (la negrita la añadimos nosotros) y cuyas circunstancias son similares a las de la demandante del presente litigio.

2.- Transcribimos literalmente un párrafo que sintetiza los argumentos señalados:

“En consecuencia, cualquiera que sea la opinión que merezca esa normativa específica y cualquiera que sea la opinión sobre la actuación de España como potencia colonizadora a lo largo de toda su presencia en el Sahara Occidental, lo indiscutible es que se reconoce la condición colonial del Sahara -algo por demás difícilmente cuestionable incluso durante la etapa de «provincialización»- y que, por tanto, el Sahara no puede ser considerado España a los efectos de la nacionalidad de origen contemplada en el art. 17.1c) CC. En otras palabras, no son nacidos en España quienes nacieron en un territorio durante la etapa en que fue colonia española.”

3.- Por parte de una Magistrada, al que se adhieren otros dos componentes de la Sala, se articula un voto particular en dos sentidos. El primero, que se debía haber rechazado el recurso de la antigua DGRN (en la actualidad Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) y estimarse la demanda original de la actora, basada no en ese precepto sino en los anteriores a) y b) del mismo artículo; y el segundo, que incluso de no haber sido así le correspondía la nacionalidad española originaria.

Son numerosos los puntos en los que se expresa la discrepancia. Así, cuestiona la legalidad del RD de 1976 de opción por la nacionalidad española del colectivo saharai, la aplicabilidad de la Constitución española respecto a la pérdida de la nacionalidad,

Dada la densidad y la multiplicidad de cuestiones jurídicas que la opinión disidente expresa nos remitiremos, y recomendaremos, a su sosegada lectura.

4.- La resolución no resulta extensa en sus argumentos, al contrario, es muy esquemática y parca en su exposición. Más allá de expresiones como *“el camino*

más seguro”, se echa en falta una argumentación más razonada, sobre todo, como es nuestra opinión, se rompe con una jurisprudencia anterior que había consolidado la distinción entre territorio español y territorio nacional.

En la construcción de la Sentencia está presente un silogismo muy simple que sólo podía ofrecer el resultado final de denegar la solicitud. Así, el Sáhara se conceptúa en una sencilla expresión: colonia, aunque provincia en algún momento, pero no España.

Esta simplificación impide analizar la normativa dictada sobre el Sahara, y dejar de evaluar, jurídicamente, el papel que España desarrolló – y dejó de desarrollar– como potencia administradora.

5.- Hay algunas cuestiones de la Sentencia sobre las que reflexionar. La primera es el alcance de los recursos de casación actuales y su creación de una jurisprudencia uniforme. La segunda, los límites de la defensa de la postulante de la nacionalidad, al tener que sostener ante el Tribunal Supremo un título jurídico de adquisición que no había sido el esgrimido en su demanda. Y por último, la virtualidad del recurso interpuesto y la consiguiente congruencia de la Sentencia, puesto que, a pesar de ser desestimatoria, la resolución de primera instancia aseveró que el concepto España incluido en el artículo 17 del Código Civil, incluye al Sahara Occidental.

6.- La segunda sentencia, sobre la petición de ciudadanía de la mujer ecuatoguineana, los argumentos son distintos, aunque se llegue a misma conclusión y se afirma que:

“...Así, en coincidencia con las sentencias de las instancias, el criterio seguido en el dictamen del Consejo de Estado núm. 36227/1968 de 20 de junio y en reiteradas SSTS de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (de 7 de noviembre de 1999, 20 de noviembre de 2007, 16 de diciembre de 2008, 3 de julio de 2009 y 9 de marzo de 2010), es que Guinea, en unión del Sahara Occidental e Ifni, si bien eran territorios españoles, sometidos a la autoridad del Estado español, no formaban parte del territorio nacional, pues aquellos y no éste eran los únicos susceptibles respectivamente de poder independizarse o iniciar su autodeterminación.”

7.- La cuestión jurídica del Sáhara ha sido objeto de innumerables estudios, que han abarcado prácticamente todas sus perspectivas jurídicas hemos elegido tan sólo algunos puntos en los que expresamos nuestra discrepancia con la conclusión del Tribunal Supremo.

EL TERRITORIO

1.- En el ámbito de la nacionalidad, las referencias del Código Civil actual al lugar de nacimiento son dos: territorio español y España. Ambas se usan en el artículo 17 que regula la nacionalidad de origen, y en el artículo 22 (plazo abreviado para la nacionalidad por residencia) tan sólo se menciona el primero de ellos, territorio español. Ya no consta la mención, presente en la Exposición de Motivos de la reforma de 1954 al *territorio nacional*, ni se observa que el término *“territorio provincial”*, que menciona el recurso de la antigua DGRN, posea una relevancia o sustantividad propias y diferenciadas de los otros, por lo que habrá que descartar su incidencia en la resolución de la litis.

2.- En la Sentencia que aborda la petición de julio sobre Guinea aparece mejor reflejada la tesis de la Abogacía del Estado. En su opinión: “...*es "España" la expresión que de forma precisa y concreta utiliza el actual artículo 17,1 b) del CC, superando otras expresiones como las de "territorio español" que por razones históricas se han contemplado en redacciones anteriores- art 22 del CC en redacción dada por ley 1982-.*”

Para concluir, se transcribe literalmente, que: “...*, si bien la expresión "nacidos en España" puede no abarcar todas las situaciones concomitantes al momento del nacimiento de los progenitores de la demandante el legislador del año 1990 (redacción actual del precepto) proviene de la reforma operada por Ley 18 /90 de 17 de diciembre, ha querido precisar y concretar que sólo pueden acogerse al criterio del ius soli aquellos cuyos padres o alguno de ellos hubiera nacido en España, tal y como se concibe en el momento en que entra en vigor la citada ley de 1990, esto es, sin territorios, colonias o provincias fuera del territorio geográfico ni sometidos políticamente a la soberanía española, como lo prueba la redacción del art. 17,1 c del CC que equipara a los nacidos en España con los nacidos en territorio español.*”

3.- En la jurisprudencia contenciosa se diferencia entre territorio español y territorio nacional. Esta distinción resulta útil y ofrece, cuanto menos, una teoría jurídica no exenta de solidez, con base en los Dictámenes del Consejo de Estado sobre Guinea e Ifni de 1968, consideran a ambos espacios como territorio español pero no como partes perteneciente al territorio nacional, posibilitando el acceso a la independencia y su devolución a Marruecos, respectivamente.

4.- En la legislación interna de la época, sin embargo, ambas denominaciones reflejan un mismo contenido, al igual que una de las fórmulas preferidas para denominar España, sea el Estado Español.

Podríamos, sin ánimo de hacer una exhaustiva exposición, constatar la evolución de las leyes de hidrocarburos, que en 1958, artículo primero, llegaba a hablar de territorios nacionales en plural, incluyendo las tres colonias africanas. En la que la sucedió en 1974, artículos 1 y 2, se contempla tan sólo el Sáhara, el cual desaparece en su Reglamento de desarrollo de 1976.

Por su lado, el artículo segundo de ley de 1961 sobre organización y régimen jurídico de la provincia, en se habla del “*resto del territorio nacional*”, lo que otorgaba esa catalogación a la colonia africana. Si estamos a otras normas, la Orden del Ministerio de Presidencia de 20 de octubre de 1966, que extiende al territorio del Sáhara la legislación social española, sobre la base de hacerlo a “*territorios que habían adquirido una situación indiferenciada con la de las demás provincias españolas.*”

5.- La redacción del Código Civil vigente en la fecha de la solicitud de la demandante proviene de la reforma de 1990, que, en la adquisición originaria de la nacionalidad, se mantiene incólume a día de hoy. Por el contrario, la que sirvió de base para la Sentencia de la Sala de lo Contencioso en 1999, era la de 1982, que vino a sustituir a la de 1954.

En cuanto a la nacionalidad de origen, el artículo 17 mantiene una redacción similar desde la reforma del Código Civil en 1982, fecha en la que ya no existía ningún territorio autónomo o colonia. Esta reforma carece de un Preámbulo que nos pueda clarificar el alcance y el sentido del cambio legislativo.

La redacción de 1982 no fue alterada en lo sustancial por la posterior reforma de 1990. El Preámbulo de esta última norma así lo expresa, remitiéndose, eso sí, a mejoras técnicas. De hecho, los apartados 1, 2 y 3 de 1982 se convertirán en los incisos a), b) y c) con idéntica redacción. El término “territorio español” aparece en el punto 4 de 1982 y en el d) de 1990. En otras palabras, los términos “España” y “territorio español”, ya estaban presentes en el anterior texto.

Además, en la citada reforma de 1990 no se modifica el artículo 22, el cual se refiere a la adquisición por residencia y contempla el supuesto de los nacidos en territorio español a efectos de aplicar un plazo abreviado de residencia de un año.

No hay, por tanto, ningún elemento que permita concluir que el legislador de 1990 pretendió, frente al de 1982, otorgar otro sentido a las *circunstancias concomitantes* a la fecha de nacimiento.

6.- No conocemos todavía la incidencia de la Sentencia en la doctrina contenciosa, pero resultaría un contrasentido que el término territorio español varíe si se demanda la nacionalidad por residencia, más amplio, que cuando lo que se pretende sea la adquisición originaria. No obstante, tampoco podemos descartar, a pesar de su escasa coherencia, que convivan diferentes acepciones en función de la causa que justifique otorgar o reconocer la nacionalidad.

7.- Si tal nacimiento, acaecido cuando el Sáhara se catalogaba como provincia, no se produjo en territorio español o en España, habrá que presumir que se produjo fuera del Estado Español. Es decir, que sucedió en un punto geográfico situado en el extranjero.

Si ello fuera así ningún sentido tendría el inscribirlo en un Registro Civil también español, por muy peculiar o especial que se le califique.

8.- En consecuencia, los términos territorio español y territorio nacional han acogido, a lo largo de su historia reciente, diferentes extensiones. El vocablo España, por su lado, en su acepción política y constitucional, también ha sido variable, y de esta forma, en cada concreta dimensión de momento, se ha trasladado a las normas del Código Civil.

LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO

1.- Los nombrados Dictámenes del Consejo de Estado de 1968 sobre Ifni y Guinea Ecuatorial ofrecieron razón sobre las cuestiones planteadas, entre otras, la vigencia de la Constitución de 1876, la virtualidad de la provincialización o la intervención de las Cortes Generales en su desanexión de España. Valoraron, asimismo, el proceso asimilador desplegado por el franquismo, o la naturaleza colonial de las posesiones y de su población a la vista del proceso descolonizador de las Naciones Unidas.

No se ha de ignorar la calidad de sus argumentos, desplegados con amplitud y erudición en un artículo de Herrero de Miñón, ponente en ambas opiniones, en el Libro Jubilar de 1972 del órgano consultivo. Constituyeron la base doctrinal para que ambas colonias pudieran ser desgajadas del Estado Español sin que este sufriera en su integridad territorial, aun cuando ambos territorios ostentaran la categoría de provincias. El Consejo se pronunció, incluso,

contrariamente en muchos aspectos con lo que el régimen, o una parte de él, mantenía.

2.- Sin embargo, la trascendencia de los Dictámenes creemos que fue más allá de una respuesta a las consultas planteadas.

A nuestro parecer, la cualificada opinión del Consejo rompía, en primer lugar, con las tesis de un influyente y bien instalado lobby colonialista. Pero, en un segundo término, y no fue el único caso en nuestro entorno, sirvió para definir la identidad del cuerpo y del territorio metropolitanos.

Se altera, en cierta medida, la concepción clásica del territorio, a través de la definición del territorio nacional, pasando de considerarlo como un elemento del Estado, a un factor de integración material del mismo, como con posterioridad ha expresado el que fue su ponente. Tomando sus propias palabras en el año 2014, el territorio de un estado *“no es todo aquel sobre el que ejerce sus competencias, sino el que lo identifica como tal y a la población que en él se enraíza y cuyos sentimientos lo califican así.”*

De tal forma, se dotaba al territorio de una cierta cualidad mítica, adscribiendo al Estado enclaves geográficos a los que ni siquiera era posible acceder en la época, nos referimos a Gibraltar, y desgajando las que meramente se poseen, pero no forman parte. Será en ese territorio, el real y el deseado, en el que se integre y asiente una comunidad política, en la que no tenía cabida ya, en el tiempo de los Dictámenes, ni la población de Ifni, ni la de Guinea Ecuatorial, ni va a tener cabida en el entonces futuro próximo, el pueblo saharauí. A la par que se procedía a descolonizar, cumpliendo escrupulosamente el proceso en curso, se esbozaba también, una nueva identidad de la potencia administradora que ha llegado a nuestros días.

3.- Si en los casos de Ifni o Guinea esta teoría significó de forma continuada bien la devolución a Marruecos, bien la independencia, en el caso del Sáhara en la práctica significó que se decidió el abandono del territorio no hubiera un Estado Sucesor establecido en el antiguo espacio geográfico y ocupado por el reino alauita. Incumpliendo el mandato intransferible de las Naciones Unidas.

Si la racanería jurídica de España para favorecer la opción de la nacionalidad a la población de Ifni fue casi impracticable y la concedida a Guinea tardó en llegar 10 años, establecer un derecho de acceso para quienes resistían a la invasión o se exiliaban en el desierto no sólo resultaba una quimera, sino una simple ilusión jurídica ya que no existía alternativa alguna.

4.- Y volvemos a la Sentencia de mayo de 2020. Aunque no se explicita, esta tesis de lo que era España y lo que poseía España, está claramente presente, y tan sólo lo que *“era”* sustenta la nacionalidad del origen. Pero si cualquier teoría jurídica ha de confrontarse siempre con la realidad, ni lo que se poseía ha dejado de ser nuestra responsabilidad ni se ha evitado una de las anomalías de la nacionalidad, la ausencia de ella en miles de personas, que no pueden pertenecer a un Estado saharauí que no existe, ni acceder voluntariamente a la española.

TERRITORIO Y POBLACION

1.- En la doctrina clásica del estado el territorio constituye uno de sus tres componentes inescindibles, y se considera como el ámbito geográfico en el que se

plasma el poder estatal, esto es, el espacio en el que se extienden las normas jurídicas a una población.

Se podría predicar, en aras a una interpretación rígida, que una vez definido el estatus territorial de la colonia, la población autóctona ha de seguir idéntica adscripción. No creemos que necesariamente haya de ser así.

No obstante, la naturaleza colonial no comporta una relación estática y uniforme en todo momento. Si atendemos al Sáhara, atribuirle en todo su devenir un mismo contenido de relaciones con la metrópoli no sería acorde con la realidad. Ni tales relaciones fueron siempre las mismas, ni revistieron la misma intensidad.

2.- Por muy formal que consideremos la conversión de la colonia en provincia, tal hecho supuso cambios para el colectivo saharauí. Es pacífico, y reiterado, que en la expresión publicista de la nacionalidad, poseyeron documentos de identidad bilingües y pasaportes españoles, y se les inscribió en el censo que les consideraba vecinos, por ser españoles. También sus actos fueron inscribibles en el Registro Civil español. A nivel político designaron representantes en las Cortes Generales, ejercieron el derecho al voto en el referéndum de 1966, y una pequeña parte de la población accedió a la función pública, reservada a los nacionales españoles. En suma, en ningún momento se les aplicó las normas relativas a los extranjeros. Antes, al contrario, de forma pública y notoria la potencia administradora reconocía derechos a los pobladores que sólo podían ser ejercidos considerando a los mismos como nacionales, incluso en el período de autonomía que no llegó a ver la luz.

3.- Su asimilación en estos derechos al resto de compatriotas no tuvo los resultados apetecibles para la Potencia Administradora, como sucedió en otras experiencias coloniales. Dudamos que hiciera más apetecible la presencia española o que la población autóctona aparcara sus anhelos de independencia. Pero resulta indudable que hizo que surgieran determinados derechos para la población, que se consolidaran otros, y que el estado metropolitano adquiriera obligaciones jurídicas que antes no existían, más allá de la protección diplomática. En resumen, junto a disposiciones excepcionales y transitorias para una población colonial, aparecieron otras con vocación de permanencia.

4.- En cuanto a las normas aplicables a la población saharauí, la asimilación no implica ni en su máximo grado una aplicación mimética de la legislación metropolitana, sino la coexistencia de varias expresiones jurídicas. Algunas, anteriores a la colonización, como las costumbres existentes o las derivadas del derecho musulmán, cuya pervivencia y aplicación se residencia en determinadas élites potenciadas por el interés de la potencia administradora (la Yemaa, los chejs tribales o los tribunales cheránicos).

Otras normas provienen de la Metrópoli. En el caso concreto, se trata de disposiciones que se van extendiendo paulatinamente sobre el derecho de asociación, la administración de justicia (con la peculiaridad de los tribunales mencionados en el párrafo anterior) o la normativa laboral. Y por último, algunas normas francamente excepcionales en el régimen como el respeto a la práctica de la religión musulmana o la que posibilitó la creación de partidos políticos, el PUNS, como instrumento para contrarrestar al nacido Frente Polisario.

5.- En la práctica, hay que tener en cuenta la arbitrariedad del régimen, y la ausencia de única noción de cómo administrar, y, sobre todo, cuándo y cómo proceder a la descolonización.

No es extraño que nos encontremos con un proyecto de Estatuto de Autonomía que no llegó a ver la luz, que se contemplara la posibilidad de constituir un Estado asociado a España, la convocatoria de un referéndum relegado por la consulta al Tribunal Internacional de Justicia a instancias del Reino de Marruecos; o, para finalizar, la publicación en diciembre de 1975 de un crédito extraordinario para realización de obras por de 400 millones de pesetas de ese año, cuando se había abandonado el territorio.

6.- No se observan disposiciones que con precisión diferenciaron entre un régimen de nacionalidad estrictamente español y pleno, vinculado sólo a los originarios del territorio nacional, y una concepción de inferior mérito, aplicable a los naturales del Sáhara. Ni cabe concluir que el disfrute o beneficio de esa nacionalidad se convirtió en plena, o fue un paso previo, a través del RD de 1976.

A diferencia de otros países, no se concibió una ciudadanía indígena puramente local y, paralelamente, una metropolitana. La asimilación, en ningún caso perfecta, se llevó en este terreno a sus últimas consecuencias, fuera o no coherente hacer distinciones formales entre naturales de la colonia y del resto del Estado. Por lo que habrán de incluirse las normas sobre nacionalidad contenidas en el Código Civil en la redacción que tuviera en ese momento, que era la de 1954.

7.- Si atendemos a la simbología del régimen, y a la significación de la figura que lo encabezaba, se trasmitía una estrecha convergencia de intereses entre los distintos pueblos español y saharauí.

Algo similar se había predicado en el protectorado de Marruecos invocando un ininterrumpido pasado común con el punto de conexión en Al-Ándalus. Hasta qué punto nos adentramos en el terreno de lo mitológico y simplemente justificativo de la colonización o si respondió a una determinada concepción de diferentes expresiones jurídicas, al igual que la insular o la foral, que coexistían en el Estado habrá de reputarse como una cuestión no resuelta, e implica, en todo caso, una lectura que desborda el presente comentario.

LA LEY DE DESCOLONIZACION Y EL RD DE OPCION DE 1976.

1.- A diferencia de lo que se mantiene en la resolución que comentamos tampoco la Ley de Descolonización de 1975, o el RD de opción de nacionalidad del año siguiente suponen argumentos de peso para la conclusión a la que llega el Pleno de la Sala Civil. Ni pensamos que sean la única expresión normativa específica.

El texto legislativo, textualmente, en su escueto Preámbulo alude a que el Sáhara no ha formado nunca parte del territorio nacional. Concretando, no utiliza la palabra territorio español.

Más allá de incidir en la falta de la eficacia jurídica de los Preámbulos, en un apresurado análisis se podría afirmar que es fruto de la utilización habitual de ambos términos habitual en el ordenamiento de la época. No podemos compartir tal conclusión, sino que estimamos que se redactó en consonancia con los Dictámenes del Consejo de Estado antedichos. No podemos establecer otra conclusión si se observan otras frases en las que se hace referencia al *“régimen peculiar con*

analogías al provincial”, y a la Carta de las Naciones Unidas, aspectos en los que incidió la respuesta del Consejo de Estado. Y confirmatorio de todo ello es el Discurso del Ministro de Presidencia a las Cortes Generales a fin de informar u obtener el consentimiento que fuera necesario.

El Real Decreto, por su parte, toma como referencia de documentación los DNI bilingües, el pasaporte español o la inscripción consular. Incluso obviando el primero de los documentos, resulta difícil concebir que alguien que no ostentara la nacionalidad española estuviera en su posesión de tales credenciales. Sobre la validez de este Real Decreto el voto particular de la Sentencia contiene una aguda y crítica valoración, al cual nos remitimos.

2.- La ley de 1975 legitima el abandono del territorio por parte de la que aun a día de hoy es la potencia administradora, como nos ha recordado el Tribunal de Unión Europea. La solución adoptada, una administración conjunta con Marruecos y Mauritania, no llevó a la práctica y la consecuencia directa ha sido una ocupación militar del reino alauita. La condición de Potencia Administradora no podía ser cedida a terceros ni renunciada unilateralmente, quizás con la excepción de cederla a las propias Naciones Unidas. Desde este punto de vista, la ley carece de respaldo en el derecho internacional.

3.- Cualquiera que sea la motivación, o motivaciones en plural, que llevó al legislador de la época al abandono, y sean estas públicas u ocultas, la ley 40/1975 no ampara la conclusión de la Sentencia, sino que desvela las insuficiencias de una decisión que, tanto tiempo después, resulta una descolonización inacabada.

De hecho, más allá de promulgar el RD sobre nacionalidad y establecer indemnizaciones por el abandono, al Gobierno se abstuvo de dictar cualquier disposición compatible con la ley.

LA NACIONALIDAD COMO DERECHO

1.- Es probable que la controversia suscitada en la Sentencia que comentamos no pueda tener su solución en el análisis, inexistente en la resolución por cierto, de la legislación de épocas anteriores. Tampoco en trasladar la consideración del territorio saharauí a una cambiante normativa de nacionalidad.

En el supuesto analizado no hay ninguna referencia que permita deducir que la solicitante tuviera otra nacionalidad. Sabemos que la misma era poseedora de un pasaporte argelino, el cual, según consolidado criterio jurisprudencial, no le otorga tal nacionalidad. Por su lado, el acceso a la ciudadanía marroquí no es una alternativa plausible si no se observa voluntariedad en adquirirla, y la ocupación de los territorios se revela como un escuálido título jurídico para ello, disconforme, asimismo, con el derecho internacional. Si el Tribunal Supremo concluye que el Sáhara bajo administración española no era España, atribuirlo a Marruecos carece aún más de solidez.

Por tanto, la demandante devendría apátrida, sin ninguna nacionalidad que el ampare.

2.- El pueblo saharauí se encuentra esparcido en varias zonas geográficas. La primera, los territorios ocupados por Marruecos que les considera de la misma

nacionalidad, lo que de forma palmaria incumple la legalidad internacional. En otros casos bajo documentos de Argelia en campos de refugiados, o Mauritania. Más que un reconocimiento de nacionalidad se cubre una carencia de documentación.

En estas condiciones, una parte del colectivo proveniente del Sáhara ha optado por que se le reconozca el estatus de apátrida. Sería, con probabilidad, una petición con toda coherencia, que implica reconocer la ausencia de una nacionalidad a la espera de constituir un Estado propio, y como expresión de un grupo humano que ni se contempló como español en su momento, ni ahora quiere que se le tome por parte integrante de Marruecos, ni dependiente de las autoridades argelinas o mauritanas.

3.- Ha habido, sin embargo, quienes han reclamado, con persistencia, la nacionalidad española, en base a las vías posibles, las abiertas por las Sentencias de 1998 y 1999. La primera de ellas, sin embargo, obliga a disponer de una documentación acreditativa que nunca es fácil de conseguir para acreditar la posesión de estado. Y la segunda, presupone un punto de partida que es la residencia regular por un plazo de al menos dos años, pero implica partir de la condición de extranjería, que tampoco contempla trato favorable al colectivo saharauí.

4.- Cualquiera de las alternativas que se elija está influenciada por las especiales circunstancias en las que se encuentra la población saharauí, la penosidad de la vida en los campamentos de refugiados, la movilidad que otorga una nacionalidad o documentación europea, el acceso a la regularidad administrativa, los lazos que se tejieron el tiempo en que fue colonia española, ...; e igualmente, la diferente voluntad que se expresa en uno y otro caso.

5.- La resolución de mayo de 2020 rompe con la doctrina jurisprudencial que permitía el acceso a la ciudadanía, a la de origen y a la derivativa. Y ello sin que se constate ningún argumento nuevo que pueda servir para motivarlo. En la práctica, y hasta que no se observe la influencia del nuevo criterio en la jurisdicción contenciosa, será la apátrida la fórmula más común de permanecer en el país, orillando la concesión de la nacionalidad y teniendo en cuenta las dificultades para acceder a la regularidad administrativa.

6.- En momento actual tendemos a considerar que las categorías de español y extranjero son mutuamente excluyentes, y que adoptar la nacionalidad española implica una negativa a ostentar la anterior. No es sino una consecuencia de la construcción de los estados-nación europeos en los que la adscripción a uno de ellos comporta no solo un cúmulo de derechos y deberes, o la legislación aplicable al estado civil, sino que requiere una merecida y efectiva pertenencia efectiva a la comunidad nacional.

Como todas reglas, el enunciado anterior tiene sus excepciones o anomalías. Existen, por un lado, situaciones de doble ciudadanía reguladas por convenios internacional. Y se crea una ciudadanía europea (con base en la nacionalidad de cada estado), que nos daría lugar a una tercera clasificación de seres humanos, la de quienes sin ser nacionales, tampoco cabe estimar que son “simples extranjeros”, o son algo menos extranjeros.

Aunque pueda parecer contradictorio, el acceso a la nacionalidad contempla diferentes sistemas de acceso (ius sanguinis como preferente y un atenuado ius

soli). En el plazo más favorable de adquisición por residencia, se superponen las provenientes de una peculiar construcción histórica, considerando exclusivamente la América Ibérica, que responde a las conquistas de las Coronas de España y Portugal en ese continente. En otros casos de reparación, como el colectivo sefardí o las leyes de memoria histórica. Y para finalizar, dos menciones que responden a antiguas colonias, como Filipinas y Guinea Ecuatorial. Existen ausencias que nadie puede explicar, como la del Sáhara.

7.- En cualquier caso, esta rígida concepción de la nacionalidad resulta muy poco adecuada cuando se ejerce la administración colonial, período en el que no existe nacionalidad e Pero se advierte con más claridad su insuficiencia para enfocar el caso el del Sáhara, en los que a la colonia no le sigue un Estado que albergue una nacionalidad nueva y diferenciada de la metrópoli.

8.- No siempre estas categorías, español y extranjero, han estado tan rígidamente separadas nuestra tradición jurídica. En la Edad Moderna a la que nos retrotrae la profesora Tamar Herzog el vínculo nacional no fue todo lo claro que parecería indicar y el estatus entre extranjero y nacional propiamente dicho, fue más un continuum que una situación estable y duradera en el tiempo.

A su juicio, los status de “natural” o “extranjero” no eran fijos, sino más bien una clasificación que reflejaba la situación que unas personas tenían en relación con el grupo social que les rodeaba. Este reflejo no sólo cambiaba de forma continua sino que era además plurivalente.

9.- La nacionalidad es algo más que un otorgamiento unilateral del Estado. El derecho a la nacionalidad constituye un derecho básico consagrado a nivel internacional. No solamente a establecer su vinculación con el Estado en concreto, sino a que este le dispense el amparo jurídico del Estado con el que se vincule, y a no verse privado de sus derechos políticos y civiles.

Esta prevención de la apatridia a quien en su momento se consideró parte de la comunidad española, merecía, sin duda, mayor consideración en la Sentencia. Quizás no nos hace falta sólo una teoría sobre el territorio, sino una reformulación de la nacionalidad dado que nos encontramos ante sociedades cada vez más heterogéneas y con más aspiraciones de movilidad. Pero sobre todo tendremos que afrontar la validez de las leyes de extranjería, que consagran una discriminación tanto por la procedencia como de la situación administrativa. En el mundo actual cada vez es más patente que la inmigración no es sino un ejercicio de supervivencia.

10.- Acabamos ya. En una de sus novelas, el escritor William Faulkner nos abocaba a elegir, en el mundo de los afectos y también en el de las carencias, entre la pena y la nada. Podemos decir que, en el caso del colectivo saharauí, la Sala Civil ha optado por esta última. A quienes no compartimos la idea, nos quedaría, pues, inclinarnos por la pena. Sin embargo, la pena no es una buena forma de vida ni, sobre todo, un remedio jurídico que desde hace 45 años demanda un pueblo cada vez más nómada, pero cada vez menos libre.