

## TRAVESÍA HACIA LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA: OASIS Y DESIERTOS EN EL SAHARA

JAVIER PÉREZ MILLA

Prof. Titular de Derecho Internacional Privado  
de la Universidad de Zaragoza

**Resumen:** *El 26 de febrero de 1976 España puso término a su presencia en lo que se denominó el Sahara español; sin embargo, los efectos de esa colonización han trascendido hasta hoy en relación a la nacionalidad de quienes, en su momento, fueron considerados españoles. Este trabajo pretende dar una visión dinámica de cómo la Jurisprudencia española y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado han valorado el estatus nacional de los saharauis. Si el punto de partida es una desvinculación absoluta, con la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 se inicia una nueva vía que afirma que aquel territorio debía ser considerado territorio español y se reconocen vínculos de nacionalidad española a los saharauis. Este planteamiento tiene trascendencia sobre todo el régimen de nacionalidad regulado en el Código Civil y en relación a ciertos aspectos del Derecho de extranjería. El análisis individualizado de cada uno de estos aspectos permite concluir que las teorías de la vinculación quedan desactivadas cuando se exige la prueba fehaciente de circunstancias como el nacimiento o la nacionalidad de los sujetos saharauis.*

**Palabras clave:** *Sahara occidental, estatus nacional, nacionalidad española, Derecho de inmigración, Teoría de la vinculación.*

**Abstract:** *On February 26, 1976 Spain ended its presence in the Spanish Sahara; however, the effects of the colonization have gone into the nationality of those who were deemed Spanish. This paper aims to give a dynamic view of how the Case Law of the Spanish Court and the Dirección General de los Registros y del Notariado have assessed the national status of Western Sahara. The starting point is an absolute decoupling from this people; but the Supreme Court Judgement of October 28, 1998 changed this theory and it says that land should be considered Spanish territory and recognizes the «consolidation» of the Spanish nationality. This approach has particular significance to the nationality regime and in relation with certain aspects of immigration law. After the individual analysis of each aspect, it can be concluded that the «bond Theory» is switched off when the Court requires proof of circumstances such as birth or the Saharawi's nationality.*

**Key words:** *Western Sahara, Saharawi, Spanish nationality, immigration Law, bond Theory.*

**Sumario:** I. Introducción histórica: posesión, provincialización y abandono.— II. Proceso de descolonización del Sahara y nacionalidad.— III. La travesía saharauí: 1. Inicio: desvinculación, vinculación o asimilación. 2. Etapa 1. Desvinculación: a) Desvinculación territorial y personal. b) Excepciones que confirman la regla. 3. Etapa 2: origen de la teoría de la vinculación personal. 4. Etapa 3: asimilación territorial y vinculación personal tras la STS de 7 de noviembre de 1999.— IV. Aplicabilidad del régimen de nacionalidad española a los saharauíes: 1. Apatridia, extranjería y art. 17.1 c) y b) del CC. 2. Art. 17.1 a del CC. 3. Art. 20.1 a del CC. 4. Art. 20.1 b del CC. 5. Art. 22.2 b, a y f del CC. 6. Arts. 18 y 26 del CC.— V. Vinculación y desvinculación personal en materia de extranjería.— VI. Conclusión.

### I. Introducción histórica: posesión, provincialización y abandono

La presencia española en África se remonta al siglo XV si bien no cobra importancia hasta finales del s. XIX coincidiendo, por una parte, con la pérdida de las colonias americanas y por otra, con el reparto colonial por las potencias europeas a raíz de la Conferencia de Berlín de 1885. Tras la expedición del coronel Bonelli (1884) se establece la colonia de Río de Oro; este territorio, junto a *Sakiet El Hamra*, conformarán el denominado Sahara español. Esta presencia española será reconocida internacionalmente mediante el Tratado franco-español de 27 de noviembre de 1912 que delimita el Protectorado en Marruecos y ratifica el reparto colonial de la zona<sup>1</sup>.

Institucionalmente, la colonización española se organiza desde un organismo creado en 1925 —la Dirección General de Marruecos y Colonias— que pasará a denominarse Dirección General de Plazas y Provincias africanas por el Decreto de 21 de agosto de 1956<sup>2</sup>. Esta fecha señala el inicio de un cambio de rumbo de la política colonial española conocida como etapa de provincialización: se pretende establecer una verdadera Administración colonial en África e implantar una política de asimilación de la colonia y la metrópoli<sup>3</sup>. El fenómeno de la provincialización afecta a todos los territorios coloniales africanos: se inicia en Guinea<sup>4</sup> y llega al Sahara, primero con el Decreto de 10 de enero de 1958 (de marcado cariz militar)<sup>5</sup> y después con la Ley 8/61 de 19 de abril de 1961<sup>6</sup>; la organización y régimen de gobierno de la provincia del Sahara se completa con los Decretos de 14 de diciembre de 1961<sup>7</sup> y de 29 de noviembre de 1962<sup>8</sup>.

La fórmula provincializadora fue más una respuesta política del Gobierno español tras la petición por parte de Naciones Unidas de iniciar el proceso de descolonización. La comunicación del Gobierno español a la ONU de 10 de noviembre de 1958<sup>9</sup> (reiterada el 28 de junio de 1959), expresa que

«España no posee territorios no autónomos, pues los que están sometidos a su soberanía tienen la condición y clasificación de provincias españolas con arreglo a la legislación vigente»<sup>10</sup>. No obstante, ante los repetidos requerimientos de Naciones Unidas y la amenaza de un Proyecto de Resolución en el que se enumeraban los territorios no autónomos administrados por España, el Gobierno se compromete en 1960 a informar de la situación de estos territorios, aceptando su consideración como territorios no autónomos<sup>11</sup>; tal calificación suponía reconocer que eran territorios exteriores al Estado<sup>12</sup>. Internamente también se admitió que no era posible la vía de la asimilación o provincialización de los territorios africanos como se desprende de los dictámenes del Consejo de Estado sobre Guinea e Ifni de 1968<sup>13</sup>.

Si la descolonización es un proceso acabado en relación a Guinea Ecuatorial —Ley 49/68, de 27 de julio<sup>14</sup>— e Ifni —Convenio de retrocesión a Marruecos de Ifni, de 4 de enero de 1969<sup>15</sup>—, no puede decirse lo mismo respecto del Sahara. La situación actual se asemeja más a un proceso inacabado en cuya solución jurídico-política coexisten numerosas Resoluciones de Naciones Unidas (que abogan por el derecho a la autodeterminación del pueblo saharauí mediante la celebración de un referéndum y reprochan la ocupación del territorio por Marruecos), Dictámenes del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya que no reconocen presuntos derechos históricos del Reino de Marruecos sobre el territorio<sup>16</sup> y la ocupación marroquí de hecho, administrativa y militar derivada bien del abandono del territorio por parte de España, bien de los Acuerdos «secretos» de Madrid de 1975<sup>17</sup>.

En un contexto histórico donde se combinaban las presiones de Marruecos, Mauritania, Naciones Unidas, el Frente Polisario y la delicadísima situación política interna española, el 14 de noviembre de 1975 se firma el Acuerdo tripartito de Madrid entre España, Marruecos y Mauritania, por el que España procede «a la institución de una administración interina en el territorio con la participación de Marruecos y Mauritania y la colaboración de la Yemaa»<sup>18</sup>. Como último dato legislativo está la Ley 40/1975, de 19 de noviembre de descolonización del Sahara<sup>19</sup>, cuyo Preámbulo expresa que «El Estado español ha venido ejerciendo, como potencia administradora, plenitud de competencias y facultades sobre el territorio no autónomo del Sahara, que durante algunos años ha estado sometido a un régimen peculiar con analogías al provincial y que nunca ha formado parte del territorio nacional».

## II. Proceso de descolonización del Sahara y nacionalidad

La colonización española en África repercutió en el estatus ciudadano de los habitantes de dichos territorios. En un primer momento la presencia española se justifica oficialmente mediante la invocación de una misión tutelar y civilizadora y, desde esta perspectiva, es clara la diferenciación respecto de los nacionales españoles: el indígena no es sino un sujeto tutelado por la autoridad colonial que, excepcionalmente, podía obtener la emancipación<sup>20</sup>. La etapa de provincialización está caracterizada por una política de asimilación entre nacionales del Sahara (y los otros territorios africanos) y de la metrópoli, que se mantiene formalmente incluso cuando el Estado español acepta la calificación como territorios autónomos. Sin embargo, junto a datos legislativos que demostrarían la voluntad de asimilación nacional, existen otros cuya dirección es, exactamente, la contraria<sup>21</sup>. El Tribunal Supremo, en su trascendente Sentencia 1026/1998 de 28 octubre<sup>22</sup>, observa esta esquizofrenia («dicotomía entre voluntarismo y realismo jurídico») y diagnostica: «En España, pese a la inexistencia de normas que frontalmente establecieran discriminaciones en cuanto a los derechos y deberes de los ciudadanos, pese a la ambigüedad normativa y pese a las opiniones de sectores doctrinales, sobre la calificación de los territorios pertenecientes a colonias y su identificación con el territorio nacional, las realidades de la heterogeneidad territorial y de los estatutos personales emergían sobre la retórica legislativa y gubernativa acerca de la plenitud de la asimilación».

Pero al margen de cual fuera la realidad nacional de los saharauis durante esa etapa provincial, la posterior descolonización consolida la teoría de la desvinculación sobre dos bases muy concretas. Estos dos fundamentos tienen sus antecedentes en el art. 3 del Tratado de Retrocesión del Ifni que diferencia entre «los que hayan adquirido la nacionalidad española» y «las personas nacidas en el territorio y que se hayan beneficiado de la nacionalidad española». Esta idea —que los habitantes de las colonias no eran nacionales sino que tan solo se habían beneficiado de la nacionalidad española y que las posesiones africanas no fueron territorio español— se reitera en los Dictámenes del Consejo de Estado sobre estos territorios<sup>23</sup> y es la que, tras la descolonización y a los efectos del régimen de la nacionalidad española del Código Civil (en adelante CC), se mantiene y desarrolla por los Tribunales españoles.

El único instrumento legal<sup>24</sup> de descolonización del Sahara es la Ley de 19 de noviembre de 1975 por la que se faculta al Gobierno «para que

realice los actos y adopte las medidas que sean precisas para llevar a cabo la descolonización»<sup>25</sup>. España, el 26 de febrero de 1976, puso «término definitivo a su presencia en dicho territorio (...) concluyendo así un prolongado periodo de vinculación permanente y afectiva de su población con nuestro país»<sup>26</sup>. Nueve meses más tarde, el art. 1º del RD 2258/1976 de 10 agosto<sup>27</sup> «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».

El plazo para ejercitar el «derecho de opción» fue de un año a partir de la entrada en vigor del Decreto (en concreto, hasta el 11 de agosto de 1977) 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. 2º). Con los informes preceptivos de los Ministerios de Asuntos Exteriores, de la Gobernación y de la Presidencia del Gobierno, el Juez «calificará... 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». No se hace ninguna referencia al requisito de renuncia previa de otra nacionalidad y juramento de fidelidad al Jefe del Estado<sup>28</sup>, aunque parece factible que estas omisiones fueran motivadas por la peculiar descolonización del Sahara, donde el Estado español cede «secretamente» la administración a Marruecos y abandona del territorio. Finalmente, la Disposición Final 2ª establece la anulación de la documentación española «a los que no ejerzan su derecho de opción»<sup>29</sup>.

El análisis técnico del así llamado «derecho de opción» es problemático. El RD 2258/1976 reconoce «el derecho a optar por la nacionalidad española» (art. 1º) y en su E. de M. expresa la concesión del derecho, «en uso de las atribuciones que confiere el artículo diecinueve del C.c.» (que regulaba la Carta de naturaleza). Por ello, según la doctrina, este Decreto «reconoce un derecho de opción pero se articula como una carta de naturaleza colectiva (de ahí el rango de simple Decreto)»<sup>30</sup>; aunque «¿no es claro que sólo por Ley cabe crear nuevos derechos de opción? ¿Cómo va a ser posible entonces 'defraudar' la reserva de Ley otorgando mediante Decretos cartas de naturaleza colectivas, sin previa solicitud?»<sup>31</sup>. Elisa Pérez Vera opina que el RD 2258/1976 «no consagra un derecho de opción»<sup>32</sup> y para González Campos

supone «operar una concesión real de nacionalidad, con carácter colectivo»<sup>33</sup>. El Tribunal Supremo, en su Sentencia 1026/1998 de 28 de octubre lo considera, simplemente, un «falso o mal llamado 'derecho a optar por la nacionalidad española a los naturales del Sahara'».

En todo caso, con este RD y el plazo de caducidad de la opción, el Estado quiso dar por terminada la vinculación con el territorio del Sahara Español y con sus habitantes. Pero este sentimiento no es el saharauí que, constantemente, explora las posibilidades para que les sean reconocidos vínculos nacionales españoles.

### III. La travesía saharauí

#### 1. Inicio: desvinculación, vinculación o asimilación

La jurisprudencia y la doctrina de la DGRN utilizan en la solución de los supuestos de nacionalidad de los saharauís argumentos que cabe encuadrar en tres teorías o doctrinas distintas. Tales diferencias afectan sólo a la condición personal (eventual nacionalidad española de los saharauís) ya que, en relación al territorio, se sigue la teoría de la asimilación. Desde la Sentencia de 7 de Noviembre de 1999<sup>34</sup> quedó asentado que cuando el Código Civil utilice la expresión territorio español o similar, comprenderá el Sahara español si los hechos (básicamente, el nacimiento) acontecieron allá antes del 26 de febrero de 1976<sup>35</sup>; expresa el Tribunal Supremo<sup>36</sup> además, que esta asimilación territorial tiene validez o carácter general (en relación a todo el régimen de la nacionalidad española establecido en el CC.).

Las teorías sobre la condición personal saharauí que maneja la Justicia española dependen de si se considera o no que fueran españoles y, en caso afirmativo, de los efectos posteriores que le son reconocidos a tal nacionalidad española (validez general o no). Resumidamente, son:

Desvinculación personal absoluta: los saharauís eran súbditos que se beneficiaron de la nacionalidad española pero no eran nacionales españoles.

Desvinculación personal relativa: reconoce la nacionalidad española de los saharauís en función del Real Decreto 2258/1976. La fecha del 11 de agosto de 1977<sup>37</sup> marca el momento de desvinculación personal respecto de quienes no había ejercitado tal opción.

Vinculación personal: se considera que los saharauís fueron españoles aunque esta situación no tiene validez general; con posterioridad al 11 de agosto de 1977 tal nacionalidad sólo despliega los efectos en relación al

régimen de la nacionalidad española que determine la Jurisprudencia y la doctrina de la DGRN: se mantendría su efecto principal (los saharauís siguen siendo españoles, previa prueba de tal condición) y otros (consolidación de la nacionalidad, derechos de opción derivados de este estatus, atribución *ius sanguinis*, ...).

La teoría de la asimilación personal (considerar a los saharauís como españoles y dotar de validez general a su *status*, es decir, con proyección pasada y futura y respecto de cualquier aspecto del régimen de nacionalidad española establecido en el CC) no ha sido nunca contemplada por la doctrina jurisprudencial.

#### 2. Etapa 1. Desvinculación

##### a. Desvinculación territorial y personal

No es de extrañar que los avatares a los que se vio sometido el Sahara (tutela/provincialización/descolonización) produjesen cierta confusión a los efectos de la aplicación de los art. 17 a 26 del CC. De hecho, la consideración de territorio nacional se extendió a las Provincias africanas como pusieron de relieve la SAT de Valencia de 15 de enero de 1964 o la STS<sup>38</sup> de 22 de febrero de 1977<sup>39</sup>. Sin embargo, la postura que con carácter general y prácticamente sin fisuras será argumentada y reiterada por la Jurisprudencia y la doctrina registral tras la descolonización, es la teoría de la desvinculación absoluta<sup>40</sup>: se niega toda virtualidad jurídica a los hechos del fenómeno colonial en relación al régimen de nacionalidad y dicha desvinculación se proyecta tanto sobre el territorio como sobre los habitantes del Sahara; como expresa Peña Bernaldo de Quirós, se establece la diferencia entre «Territorio español» y «Posesiones españolas» y entre «españoles» y «súbditos»<sup>41</sup>.

Existen numerosos ejemplos de Resoluciones de una Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) que prefijó fórmulas de estilo para fundamentar soluciones «desvinculadas» (absoluta o relativamente) y que aún en la actualidad son utilizadas<sup>42</sup>: «el territorio del Sahara nunca fue español, como se deduce de su descolonización y de su abandono por España...» y «aunque el interesado se benefició en su momento de la nacionalidad española, este beneficio cesó en aquellas fechas, por razones superiores evidentes de Derecho Internacional Público, al no haber hecho uso dentro del plazo máximo de un año —indudablemente de caducidad— del derecho de optar por la nacionalidad española que concedió a los naturales del Sahara el Real

Decreto citado»<sup>43</sup>, siendo «indiferente que el interesado haya tenido documentación española, porque esta documentación está anulada y ha quedado desprovista de todo valor, conforme a la disposición final segunda del repetido Real Decreto»<sup>44</sup>.

En función de esta doctrina de desvinculación, el régimen de nacionalidad del CC<sup>45</sup> no era aplicable a los saharauis al quedar condicionado al nacimiento en territorio español o la nacionalidad española de un sujeto: no es posible el expediente de la recuperación de una nacionalidad española que nunca se ha tenido como tal<sup>46</sup> o, cuando se planteaban los derechos de opción a la nacionalidad española, expresaban que «no puede aplicarse al caso planteado ninguna de las situaciones previstas»<sup>47</sup>; en relación a uno de estos supuestos de opción, se afirma que «carece de todo valor la opción efectuada por el interesado, toda vez que la opción prevista en la citada Disposición Transitoria de la Ley 18/90, de 17 de diciembre, es de aplicación únicamente para los hijos de padre o madre originariamente español y nacido en España que no fueran españoles en el momento de nacimiento de los hijos. En consecuencia, ni los padres fueron nacionales españoles, conforme ya se ha razonado, ni nacieron en España ya que, a los efectos de la Disposición Transitoria Tercera citada, la referencia a España hay que referirla forzosamente a los territorios peninsular, insular y plazas de África que la integran en la actualidad»<sup>48</sup>.

#### *b. Excepciones que confirman la regla*

Las doctrinas de desvinculación, en sus versiones absoluta o relativa, se adueñaron de la jurisprudencia española. Sin embargo, es posible encontrar supuestos donde la desvinculación relativa quedaba mínimamente matizada en función de la aplicación del RD 2258/1976. Así, la opción para acceder a la nacionalidad española que articulaba este RD tuvo una interpretación amplia: la declaración de voluntad era efectiva también (además de lo que expresaba el RD) si fue realizada con anterioridad a la promulgación de la norma<sup>49</sup>. Muchos años más tarde se plantea un supuesto donde el sujeto ejerció oportunamente la opción y fue rechazada sin motivación alguna; interpuesto recurso de reposición, el interesado no recibe respuesta hasta que el Tribunal Supremo<sup>50</sup> casa que «Tiene derecho a obtener la nacionalidad española, en primer lugar, porque, habiendo nacido en el Sahara ejerció oportunamente la opción que ofreció el decreto 2258/1976, de 10 de agosto, careciendo de fundamento alguno la denegación expresa por parte de

la Administración, denegación, que fue puramente arbitraria (...). El recurso administrativo interpuesto contra esa denegación expresa no obtuvo respuesta alguna de la Administración, y como quiera que la interpretación que hace la sentencia impugnada al hacer recaer en el recurrente las consecuencias del incumplimiento por parte de la Administración de su deber de resolver, es contraria a la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, y también del Tribunal Constitucional (...)» y en consecuencia, falla a favor del español de origen saharauí.

### **3. Etapa 2: origen de la teoría de la vinculación personal**

La Sentencia del TS de 28 de octubre de 1998<sup>51</sup> inicia la doctrina de la vinculación personal y territorial cuando explora si existió una nacionalidad española de los saharauis y si el Sahara era territorio español a los efectos de hacer operativo el art. 18 del CC (consolidación de la nacionalidad española); en esta tarea, el Supremo modifica ciertos presupuestos indubitados hasta entonces. La misma técnica de análisis que utilizó esta Sentencia, permitirá al TS en poco menos de un año (Sentencia de 7 de Noviembre de 1999), romper definitivamente la asentada doctrina de la desvinculación e iniciar el camino de la asimilación territorial, con validez general respecto del régimen de la nacionalidad española.

La Sentencia de 28 de octubre de 1998 está llena de valiosos matices jurídicos. El art. 18 del CC condiciona la consolidación a la posesión y utilización de la nacionalidad española «basada en un título inscrito en el Registro Civil». El elemento central en el supuesto objeto de la Sentencia será, por tanto, si concurre la «nacionalidad española (...) basada en un título» (art. 18 CC). El Tribunal Supremo se alejará de interpretaciones formalistas (basadas en la existencia de un título inscrito) y acoge un nuevo punto de partida, «tomando en consideración las legítimas creencias y actividades propias del ejercicio de una nacionalidad, fundadas en Derecho, de quien, como el actor, aunque indígena del Sahara, se consideraba plenamente español, debe enfocarse el estudio del caso concreto».

La interpretación «desvinculada», habitual en la doctrina registral de la época, consideraba que si la condición de súbdito que tenían los saharauis no era equiparable a la de nacional, en ningún caso podría consolidarse la nacionalidad por faltar la premisa fundamental —la propia existencia de dicha nacionalidad—<sup>52</sup>. Pero la Sentencia de 28 de octubre de 1998 va a rebatir las murallas de esta doctrina de la DGRN que se parapetaba en argu-

mentos del siguiente tenor: «El principio apuntado es el que se desprende necesariamente de la Ley de 19 de noviembre de 1975 y del Real Decreto de 10 de agosto de 1976, porque sólo así cobra sentido que a los naturales del Sahara se les concediera en ciertas condiciones la oportunidad de optar a la nacionalidad española en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor del Real Decreto»<sup>53</sup>. Estas argumentaciones de la DGRN tenían, en realidad, dos referencias. La primera, evidente: justifica la doctrina de desvinculación entre nacionales y aquellos que se hubieran beneficiado de la nacionalidad española. La segunda razona la desvinculación personal de forma relativa: sin necesidad de valorar cual fuera el estatus de los habitantes del Sahara en el periodo colonial, existió una oportunidad dada por el RD 2258/1976 para conseguir la plena nacionalidad y llegado el plazo de caducidad, en ningún caso cabe revivir la situación de nacionalidad de quienes en su momento «dejaron pasar la oportunidad»<sup>54</sup>. Se traduce así la idea de que este RD habilitó una vía excepcional y única de adquisición o plenificación de la nacionalidad española para los saharauis, que el plazo máximo para ejercitar la opción era de un año a partir de la entrada en vigor del RD y que «transcurrido el mismo, ha de entenderse precluída la facultad reconocida»<sup>55</sup>. Por tanto, llegado el 11 de Agosto de 1977, se producía automáticamente la desvinculación absoluta de los sujetos y del territorio. De esta manera, la condición pasada de los saharauis, del territorio del Sahara e incluso la propia opción del RD, carecía de cualquier proyección futura en relación al régimen de la nacionalidad española.

Para desvirtuar tales parámetros de la doctrina registral vigente, el TS tenía que argumentar que transcurrido el plazo de un año no caducaba la vinculación que había existido con el Sahara sino que ésta tenía proyección posterior; para ello descubre la brecha que le permitirá entrar a valorar si concurría la «nacionalidad española (...) basada en un título» (art. 18 CC): el Tribunal acepta que se ha producido la desvinculación automática o absoluta en los dos supuestos que contempla el RD en su art. 1º (saharauis residentes en España o en el extranjero) pero no en un tercero (residentes en el Sahara):

«A) Saharauis, residentes en territorio nacional (debe entenderse territorio metropolitano una vez que se había producido la descolonización) a los que simplemente se les pide que estén provistos de ‘documentación general española’».

«B) Saharauis, residentes fuera del territorio español que se hallen en posesión de documentos concretos, ya sea el ‘Documento Nacional de Identidad bilingüe expedido por las autoridades españolas’, ya sean titulares del

‘pasaporte español’ o, alternativamente, ‘estén incluidos en el Registro de las representaciones españolas en el extranjero’».

C) «un ‘*tertium genus*’, no equiparable a los reseñados grupos», entre los que se encuentran aquellos saharauis que durante el plazo para poder optar, residiesen en el Sahara.

Es de notar que el Tribunal, «sin entrar en el examen, ni por ello, en la valoración jurídica de las circunstancias de fuerza mayor que impidieron a algunos actuar dentro del plazo otorgado para recabar la nacionalidad española», sí piensa que este *tertium genus* podría dar cabida a otros casos en los que no pudo ejercitarse este derecho de opción (dado que se retiró del Sahara todo organismo español donde poder optar por la nacionalidad o por la situación de persecución militar y de aislamiento en campos de refugiados que sufrió el pueblo saharauí en dicha época)<sup>56</sup>; de calificar las distintas situaciones que se produjeron desde los parámetros jurídico-constitucionales actuales, sin duda, sí permitiría «entrar en el examen».

En la actualidad se ha abandonado esta vía de exploración por dos razones: ya que la DGRN ha asentado una doctrina muy rígida sobre qué causa permite la consolidación y porque los parámetros actuales son distintos. La DGRN interpreta estrictamente, en función de lo decidido por el TS, la vía de la consolidación: es factible cuando el sujeto «quedara imposibilitado ‘de facto’ para optar a la nacionalidad española» por el único motivo de haber residido en el Sahara durante el año que existió la posibilidad de optar<sup>57</sup> y siempre ha respondido con la negativa a cualquier otro motivo, incluyendo estas otras situaciones apuntadas, originando fallos humanamente incomprensibles<sup>58</sup>. Además, la Sentencia del Supremo se sitúa en un contexto donde impera la teoría de la desvinculación pero, en la actualidad, la situación es distinta de modo que los saharauis tienen la posibilidad de acreditar las circunstancias que originaron su españolidad iniciando un expediente de declaración con valor de simple presunción ante el Registro Civil o de probar los hechos que le permitan adquirir la nacionalidad española por las vías que dan lugar a un asiento específico de nacionalidad (opciones, naturalizaciones, recuperaciones)<sup>59</sup>. Sin embargo, las condiciones que permitían en el RD la opción por la nacionalidad española eran significativamente menos estrictas (tener documentación española) que las que se requieren hoy para hacer prueba de la nacionalidad española. Si a ello se une que, además de la residencia en el Sahara, existieron otras circunstancias, constitucionalmente no aceptables, que imposibilitaron ejercitar la opción, esta vía de acceso a la nacionalidad española no debería haber sido tan olvidada.

En todo caso, en esta Sentencia, el Tribunal Supremo desactivó la desvinculación automática por el mero trascurso del año, por lo que puede entrar a valorar si existió «nacionalidad española (...) basada en un título inscrito» (art. 18 del CC). Considera la necesidad de un «título inscrito» como una cuestión formal que soluciona de forma sencilla: invierte la carga de la prueba y dado que el Estado no lo ha probado, evita el requisito de la inscripción material para centrarse en lo que el documento debería reflejar: la nacionalidad española<sup>60</sup>. Es en este momento en el que el Supremo zarandea los pilares considerados inamovibles hasta entonces —que serán derribados por la posterior Sentencia de 7 de noviembre de 1999 en su vertiente territorial— e inicia la doctrina de la vinculación: el Tribunal va a decidir tanto sobre el estatus español de los saharauis durante el periodo colonial como su proyección futura a los efectos de la consolidación de la nacionalidad.

Para comprobar si existió una nacionalidad española, lo primero que plantea es modificar temporalmente el momento en el que se debía valorar la circunstancia. Si la doctrina registral había optado por una valoración *ex nunc* («cuando la Ley habla de territorio español deberá entenderse por tal únicamente el que lo sea en el momento de su publicación y no el que pudiera haberlo sido en épocas pretéritas»)<sup>61</sup>, el Tribunal Supremo procede a una valoración *ex tunc* (aceptada posteriormente por la DGRN que la denominará «perspectiva histórica e intergeneracional»<sup>62</sup>). Retrotraída la valoración al momento en que se produjeron los hechos, el Tribunal fundamenta que durante el periodo colonial los naturales de esos territorios eran de nacionalidad española; como expresa el Tribunal: «de lo que no cabe 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 (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 una nacionalidad distinta de los del Estado colonizador, dado que no poseen una organización estatal propia’».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 tiene trascendencia absoluta en esta materia por una razón: estableció que el saharauí había sido español y que su nacionalidad seguía desplegando efectos tras el 11 de agosto de 1977 puesto que pudo ser consolidada. El Tribunal Supremo enseñó la vía de la vinculación personal y sólo había que descubrir qué otros efectos podía desarrollar la nacionalidad española de los saharauis tras esa fecha fatal.

#### 4. Etapa 3: asimilación territorial y vinculación personal tras la STS de 7 de Noviembre de 1999

Resquebrajada la doctrina de la desvinculación para un supuesto de consolidación por la Sentencia de 28 de octubre de 1998, en poco más de un año (Sentencia de 7 de Noviembre de 1999), el Tribunal Supremo da un paso más allá y asienta la doctrina de la asimilación en su dimensión territorial (el Sahara era territorio español), con carácter general (en relación a todo el régimen de la nacionalidad española) y descubre que, en este caso, el territorio saharauí despliega otro efecto sobre el régimen de la nacionalidad española: su adquisición por residencia privilegiada.

En esta Sentencia, el Tribunal valora el nacimiento en el Sahara en relación al art. 22.3.1º del CC en la redacción dada por la Ley de 13 de julio de 1982 y que coincide con el vigente art. 22.2: «Bastará el tiempo de residencia de un año para: a) El que haya nacido en territorio español». La solución, contundente, muy argumentada y utilizando la valoración histórica del «territorio español», se resume en que «la expresión territorio español se emplea en el derecho positivo en una doble acepción: una acepción amplia (...); esta acepción incluye las ‘posesiones’; y una acepción restringida, que es la que, si se quiere hacer precisión, debemos llamar ‘territorio nacional’ propiamente dicho, y del que quedan excluidos las colonias, las posesiones, y los protectorados (...)». En función de ello, «el Sahara español —y otro tanto ocurría con Ifni y Guinea ecuatorial— era, pese a su denominación provincial, un territorio español —es decir: un territorio sometido a la autoridad del Estado español—». Por ello sentencia que el nacido en los antiguos territorios del Sahara español cumple tal requisito y puede acceder a la nacionalidad española mediante residencia legal abreviada de un año.

La doctrina de la asimilación territorial es seguida por la Jurisprudencia posterior y por la DGRN<sup>63</sup> y es de señalar que tiene carácter general (en relación a todo el régimen de la nacionalidad española)<sup>64</sup> como expresamente asegurará el Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 octubre 2009: «la distinción entonces trazada (STS de 7 de noviembre de 1999) entre «territorio nacional» y «territorio español» tiene validez general y opera independientemente de que se ejerciese o no dicha opción».

Certificada la vinculación personal a los efectos de una consolidación de nacionalidad y afirmada la consideración española del territorio a los efectos de adquisición por residencia privilegiada de un año, deberá comprobarse ahora si la práctica judicial y registral ha seguido estos parámetros y vías

de exploración en relación al resto del régimen de nacionalidad recogido en el CC<sup>65</sup>. Como regla básica, ya que la doctrina de la asimilación territorial tiene carácter general, ello deberá suponer que concurre en los saharauis (de haberse producido el hecho antes del 26 de febrero de 1976) cuando el régimen de adquisición y atribución dependa exclusivamente de esta circunstancia *ius soli* (nacimiento en España). Pero habrá que poner especial atención en aquellos requisitos relacionados con la vinculación personal (nacionalidad española) para ver si ha quedado restringida al supuesto concreto de la consolidación o los Tribunales y la DGRN la han extendido a otros supuestos y todo ello, teniendo en consideración que el punto de partida de la práctica judicial y registral era la doctrina de la desvinculación (absoluta o relativa)<sup>66</sup>.

#### IV. Aplicabilidad del régimen de nacionalidad española a los saharauis

##### 1. Apatridia, extranjería y art. 17.1 c) y b) del CC

La doctrina de la desvinculación personal casa a la perfección con una abundante jurisprudencia que declara apátridas a los saharauis. A pesar de unos inicios vacilantes en los que se rechaza el reconocimiento de la condición de apátrida porque los saharauis de los campos de refugiados recibían protección de la MINURSO (Misión de las Naciones Unidas para la Organización del Referéndum en el Sahara Occidental), porque Argelia concedía pasaportes a los saharauis o porque podían acceder a la nacionalidad marroquí<sup>67</sup>, la Sentencia del TS de 20 de noviembre de 2007<sup>68</sup> casa que estas razones no son suficientes para denegar el estatuto de apátrida.

El Tribunal establece que los naturales del Sahara no tienen nacionalidad saharauí por cuanto la República Árabe Saharaui Democrática no ha sido reconocida por España; tampoco son marroquíes porque los naturales del Sahara rechazaron dicha posibilidad al exiliarse y está pendiente el tema de la ocupación marroquí; no son nacionales de Argelia aunque les haya provisto de pasaportes por razones humanitarias; tampoco les es aplicable la excepción prevista en el art. 1.2 i) de la Convención de Nueva York de 1954, porque la MINURSO no tiene fines la protección y asistencia de los Saharauis<sup>69</sup>. Finalmente, «por lo que hace referencia, en primer lugar, a la nacionalidad española debemos señalar que, como regla general, en este momento, no puede la misma considerarse de atribución a los saharauis (...); ya desde su origen, España nunca consideró españoles a los saharauis (...); la opción por la nacionalidad española de los saharauis fue una posibilidad, articulada en

el Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, a ejercitar por el período de un año y solo para los que reunían las condiciones que en la sentencia que hemos transcrito se señalan».

Dado el reconocimiento de la condición de apátrida a los saharauis, su corolario inmediato es la aplicación del art. 17.1.c) del CC —«Son españoles de origen: (...) c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad»—, que junto a los apartados b y d, instrumentan en nuestro sistema de nacionalidad el pleno juego del *ius soli* como «mecanismo de lucha contra la apatridia y el respeto del principio de protección a la infancia»<sup>70</sup>.

La aplicación de este artículo no plantea problemas jurídico-teóricos respecto del supuesto inmediato para el que estaba pensada la norma: hijo nacido en España de padres saharauis, que es al que se refiere expresamente la Instrucción de la DGRN de 28 de marzo de 2007<sup>71</sup>. Pero sí existen problemas prácticos: cuando la DGRN conoce de este caso, su solución es negativa con base en pretendidos problemas formales: a pesar de presentar por los interesados certificado de la Embajada de Argelia de que el menor es de origen saharauí y no es de nacionalidad argelina, la DGRN falla (en el estricto sentido de la palabra) que «tanto en la inscripción de nacimiento del nacido, como en el permiso de residencia y en los respectivos pasaportes consta que el padre ostenta la nacionalidad mauritana y la madre la argelina, sin que las certificaciones negativas aportadas sobre la nacionalidad del nacido tengan efecto sobre lo pretendido»<sup>72</sup>.

Aún existe otro caso más problemático: el nacimiento en el Sahara de un hijo de saharauis<sup>73</sup>. Para solucionar este supuesto desde los parámetros de la teoría de la asimilación territorial hay que tener en cuenta que lo que sea «España» debe ser valorado desde la «perspectiva histórica e intergeneracional que su finalidad le impone, por referencia al tiempo del nacimiento de la persona a que el precepto se refiere». En función de ello, son «nacidos en España» los nacidos en el Sahara antes del 26 de febrero de 1976 pero no los nacidos con posterioridad<sup>74</sup>. Como en el caso anterior, la DGRN vuelve a fallar y alude a los mismos problemas formales (en el caso, tener pasaporte argelino) para negar la nacionalidad española del hijo, aún alegando los interesados que el pasaporte argelino lo poseen por razones humanitarias y no son nacionales argelinos<sup>75</sup>.

Si en el primer supuesto el menor había nacido en las Canarias y la solución dada por la DGRN contradice su propia Instrucción y la posterior

doctrina del TS, en este último caso —en el que el menor había nacido en el Sahara en el año 2003— se hubiera llegado a la misma solución de una forma más coherente con la doctrina de la asimilación territorial que utiliza el TS fundamentando, simplemente, que el niño no había nacido en territorio español sino en el Sahara; en consecuencia, no concurría el requisito de nacimiento en España, lo que le impedía esta vía de adquisición de la nacionalidad española.

De la misma manera que en el modo anterior de adquisición de la nacionalidad española (art. 17.1 c), la doctrina de la desvinculación personal permite la aplicabilidad del art. 17.1 b) del CC.: «Son españoles de origen: b) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España».

No se han encontrado supuestos resueltos por la DGRN en aplicación de este apartado. En función de la teoría de la asimilación territorial, existen tres datos relevantes desde los que proporcionar una solución: el carácter general de esta doctrina, por lo que es aplicable a todo el régimen de nacionalidad; que para la valoración de lo que sea «España» hay que utilizar la «perspectiva histórica e intergeneracional», de tal modo que son nacidos en España bien los nacidos en lo que hoy se entiende como España o los nacidos en el Sahara antes del 26 de febrero de 1976. El tercer elemento es doble: requiere el artículo que los padres sean extranjeros y al menos uno de ellos hubiera nacido en España. La aplicabilidad de estas circunstancias en supuestos que afecten a saharauis plantea ciertos problemas, teóricamente solucionable. En cuanto al nacimiento en España, regiría lo dicho desde la teoría de la asimilación territorial. Además, este requisito se asocia a una condición como es la extranjería de los progenitores y en función del art. 1 de la LO de Extranjería<sup>76</sup> («Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española») es posible realizar una interpretación que beneficiara a los casos de saharauis: todo hijo nacido en España de saharauí que, a su vez, hubiera nacido en el Sahara antes del 26 de febrero de 1976, deberá considerarse nacional de origen en función de este art. 17.1 b). Son las cuestiones prácticas, derivados fundamentalmente de la prueba de estos hechos, las que condicionan la viabilidad de este modo de atribución.

## 2. Art. 17.1 a del CC

De acuerdo con el art. 17.1 a) del CC., «Son españoles de origen: a) Los nacidos de padre o madre españoles». Con este artículo se puede comprobar,

por ser la vía de atribución *ius sanguinis* de la nacionalidad española, que extensión admite la DGRN a la teoría de la vinculación personal. La RDGRN 5/2008 de 5 febrero<sup>77</sup> se plantea exactamente este supuesto: D., nacida el 4 de diciembre de 1976 en el Sahara Occidental, solicita la nacionalidad española por ser hija de padres saharauis de nacionalidad española.

La atribución *ius sanguinis* de la nacionalidad española en el momento del nacimiento depende de la prueba de la nacionalidad española del progenitor y así lo reitera la RDGRN 5/2008: «la posibilidad de que a la interesada le sea reconocida la nacionalidad española de origen que solicita, está en función de que resulte acreditado que, al tiempo de su nacimiento, los padres eran españoles y le transmitieron esta nacionalidad». Para la solución de este supuesto, la Dirección General parte de la teoría de la desvinculación absoluta: «En principio, los nacidos en el territorio del Sahara cuando éste era posesión española no eran propiamente nacionales españoles, sino sólo súbditos de España que se beneficiaban de la nacionalidad española (...). El principio apuntado es el que se desprende necesariamente de la Ley de 19 de noviembre de 1975, porque sólo así cobra sentido que a los naturales del Sahara se les concediera en ciertas condiciones la oportunidad de optar a la nacionalidad española en el plazo de un año». En su Fundamento Cuarto repasa «las dificultades jurídicas relacionadas con la situación de ciertos naturales del Sahara en relación con el reconocimiento de su eventual nacionalidad española». Es de señalar que la DGRN constata el carácter jurídico dudoso del territorio y del *status* saharauí y no utiliza la «perspectiva histórica e intergeneracional» que permite una asimilación territorial. Si la situación es dudosa, la solución es evidente: «no puede considerarse acreditado que el padre ostentase la nacionalidad española, por lo que no pudo transmitirla a su hija». Termina la Resolución aludiendo a que «Tampoco está probado que los padres de la interesada, como representantes legales de ella, cuando estuvo en vigor el Decreto de 1976 estuviesen imposibilitados de facto para optar a la nacionalidad española, por haber permanecido en los territorios ocupados».

La Resolución 5/2008 recorre las distintas teorías barajadas por la doctrina registral desde el abandono del Sahara por el Estado español: desde la teoría de la desvinculación absoluta a la relativa y termina reconociendo que si se hubiera probado la nacionalidad española del padre o si ésta pudiera haberse consolidado —en el estricto supuesto de estar imposibilitado de facto para realizar la opción, es decir, por haber permanecido en el Sahara lo que no ocurrió pues «marcharon a los campamentos de refugiados de Tindouf»

(Argelia)—, tal nacionalidad hubiese sido atribuida a los hijos. Pero este planteamiento, que parece favorable en teoría a la proyección de la doctrina de la vinculación personal, no es real en la *praxis* debido a las exigencias probatorias de la condición de nacional español del progenitor sin que sea bastante la existencia de documentos acreditativos de hechos que afectan al estado civil (en el caso, el DNI bilingüe de los padres). Esta documentación no es suficiente ya que sus efectos probatorios se circunscriben a la esfera administrativa pero no son prueba de la nacionalidad en el ámbito del Registro Civil. Por otra parte, si la prueba de la nacionalidad obliga a la presentación de las correspondientes anotaciones registrales, dicho modelo no es adecuado para el caso particular de los saharauis dadas las especiales circunstancias tanto actuales<sup>78</sup>, como durante su pasado español.

El art. 2 de la Orden de 6 de enero de 1956<sup>79</sup> señalaba que la inscripción de los actos relativos al estado civil «será voluntaria para los españoles indígenas de los territorios del África Occidental Española (...)». Los denominados Libros Cheránicos del Registro Civil del Sahara fueron informatizados en el año 2000 y trasladados al Archivo General de la Administración del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte en Alcalá de Henares<sup>80</sup>. Pero la realidad, según relata el Informe del Defensor del Pueblo del año 2002, es que «en dicho Archivo General no se recibieron la totalidad de los libros, sino sólo una parte de ellos correspondientes a los territorios de Aaiun y Hagunia y, aun éstos, incompletos (...) el número de inscripciones que figuran en todos los libros en poder del Archivo asciende a 8.553». Y aún respecto de las muy escasas inscripciones, el mismo informe da pistas sobre su valor registral: «la Secretaría de Estado de Justicia ha mantenido en un informe que le requirió esta Institución que los Libros Cheránicos no son propiamente libros del Registro Civil y de ahí su reubicación fuera de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Según entiende, los mismos tienen únicamente un valor censal e histórico, dada la ausencia de firmas autorizadas en muchos casos así como de otras formalidades exigidas por nuestra legislación, por lo que los pretendidos asientos no prueban que los nacimientos inscritos se hayan producido en el territorio entonces administrado por España»<sup>81</sup>.

Dada la aplicación de la doctrina general sobre prueba de la nacionalidad y que ni tan siquiera las inscripciones registrales de la época permiten hacer prueba plena de la nacionalidad española de un saharauí<sup>82</sup>, la doctrina de la vinculación personal tiene escasa repercusión práctica. Cualquier cambio de esta situación pasa por una acción expresa del legislador o de la DGRN que diera eficacia, a los efectos de prueba de la nacionalidad, a los documentos

administrativos de la época o bien, con bastantes menos posibilidades de éxito a la vista de la doctrina de la DGRN, reactivar la doctrina de la inversión de la carga de la prueba que planteó la STS de 28 de octubre de 1998; en función de esta inversión, competiría a la Administración probar la condición nacional lo que llevaría, como ocurrió en la Sentencia del TS, a considerar que ciertos documentos españoles conservados por los saharauis (pasaporte, DNI bilingüe y algún otro) presumen o acreditan la nacionalidad española. Si esta solución no se admite actualmente para los diferentes supuestos de atribución, adquisición o recuperación de nacionalidad, considero que, al menos, sí debería ser aceptable para aquellos que afectan a hijos menores de saharauis<sup>83</sup>.

### 3. Art. 20.1 a del CC

De acuerdo con este artículo «1. Tienen derecho a optar por la nacionalidad española: a) Las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español».

En este artículo no aparece ningún elemento territorial y sólo son relevantes los de tipo personal —«sujetas a la patria potestad de un español»—. Proyectar la teoría de la vinculación supondría que estas personas podrían ejercer el derecho de opción si hubiesen estado sujetas a la patria potestad de un español de origen saharauí; pero, aún cuando esta doctrina de la vinculación fuera aceptada, habrá que probar la relación por la que se genera la patria potestad (que normalmente será la filiación) y que el padre o a la madre saharauí han tenido la nacionalidad española.

Las Resoluciones que han conocido de estos casos aceptan en principio la doctrina de la vinculación personal pero niegan el derecho de opción por cuestiones formales. Así, no plantea ninguna duda que quien debe solicitar este derecho respecto de un menor son los titulares de la patria potestad pero, en ningún caso, la personas que lo acojan a través de los muy comunes en España programas de acogida temporal de menores saharauis<sup>84</sup>. También se rechaza la posibilidad de optar en la RDGRN 3/2008 de 29 septiembre<sup>85</sup>. Hay que advertir que este caso no trata de personas sujetas a la patria potestad de un saharauí sino, estrictamente «sujetas a la patria potestad de un español» puesto que el padre obtiene la nacionalidad española en 2005. Los hijos, nacidos en el Sahara Occidental en 1984 y 1987, solicitan la inscripción de nacimiento y opción a la nacionalidad española. La respuesta de la DGRN es la siguiente: «La inscripción de los interesados en el Registro español

habría requerido que antes hubiese prosperado la opción ejercitada basada en el artículo 20.1 a) CC, lo que les habría atribuido la condición de españoles, pero en este caso surge un problema previo, detectado ya por el Registro Civil Central, cual es, que no resulta suficientemente acreditada la filiación del interesado. Los certificados de nacimiento aportados, expedidos por autoridades de la denominada República Árabe Saharaui Democrática, no ofrece garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española». Es decir, como se considera que la filiación es dudosa al figurar en certificaciones expedidas por la República Árabe Saharaui Democrática, no se permite el derecho de opción y se impide la inscripción del nacimiento de los hijos en el Registro español porque el hecho no afecta a españoles. Esta misma práctica se observa en otras Resoluciones y en relación a otros artículos del CC cuando un progenitor de origen saharauí, al que se le declara la nacionalidad española, intenta inscribir el nacimiento y la nacionalidad española de su descendiente: se niega esta posibilidad al no aceptar los certificados expedidos por la República Árabe Saharaui Democrática que demostrarían la filiación y tampoco es posible, sin la tramitación del expediente de inscripción fuera de plazo, inscribir el nacimiento del hijo cuya filiación no se ha acreditado porque no es español y ha ocurrido en el extranjero<sup>86</sup>.

Estos problemas aparecen debido a cómo se configuran las inscripciones registrales españolas<sup>87</sup>. El Derecho registral español habilita la vía del expediente de declaración de la nacionalidad española con valor de simple presunción aunque, declarada la nacionalidad, ésta es marginal y accede al Registro Civil sólo si existe una inscripción soporte de carácter principal (el nacimiento del interesado). De no existir, como ocurrirá mayoritariamente, debe iniciarse un expediente de inscripción fuera de plazo que sólo se evita cuando se presenta una certificación registral extranjera, «siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española» (art. 23, II, LRC) y siempre que el Registro extranjero «sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española» (art. 85, 1, RRC)<sup>88</sup>. Si este sujeto tenía hijos, se exige respecto de ellos el mismo expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo. En este expediente, el art. 314 del RRC. expresa que «En cuanto a la filiación se estará a lo legalmente dispuesto», por lo que habrá que definir qué es lo legalmente dispuesto.

La solución final a estos supuestos debería ser paralela a la que aporta la propia DGRN en su Resolución de 18 febrero de 2009<sup>89</sup> en relación al

art. 17.1 a) del CC.: «para considerar ‘nacido’ de español a un individuo, basta que consten ‘indicios racionales de su generación física por progenitor español’. Por ejemplo, por posesión de estado o inscripción en el Registro Civil». De esta manera, si las certificaciones de la República Árabe Saharaui Democrática se rechazan como prueba de la filiación porque «no ofrecen garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española (cfr. art. 23 LRC y 85 RRC)»<sup>90</sup>, son posibles otros medios de prueba: documento de reconocimiento de la filiación, sentencia judicial, presunción de paternidad matrimonial o «por la vía estrictamente supletoria de la posesión de estado»<sup>91</sup>. Probada la descendencia por cualquiera de estos medios, a los hijos menores de dieciocho años nacidos con posterioridad se les atribuirá la nacionalidad vía art. 17.1 a) o, si habían nacido con anterioridad a la adquisición de la nacionalidad española por el progenitor, tendrán derecho a optar por ella (art. 20.1 a o b).

Cosa distinta es si esta práctica de la DGRN, que obliga a la tramitación previa de un expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo cuando no existe inscripción registral extranjera con las características que exige el art. 85 del RRC. y que imposibilita a un menor el acceso a la nacionalidad sin dicho expediente por considerar no acreditada la filiación respecto de un español, puede ser contraria a principios internacional y constitucionalmente protegidos relacionados con la protección del menor<sup>92</sup>; en concreto, el art. 39.4 de la Constitución («Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos»), el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 que obliga a la actuación pública en interés superior del menor<sup>93</sup> y el art. 7.1 de la misma Convención («El niño tendrá derecho desde que nace a adquirir una nacionalidad»). Una práctica más adecuada con los valores que recogen estos textos pasaría por permitir la inscripción sin expediente previo cuando exista un «título suficiente» (art. 85, párr. 3º RRC.): reconocimiento de la filiación, sentencia, presunciones de filiación o posesión de estado.

#### 4. Art. 20.1 b del CC

Este artículo establece que «1. Tienen derecho a optar por la nacionalidad española: (...) b) Aquellas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España»<sup>94</sup>.

La posibilidad de optar queda sometida en este supuesto a una acumulación de factores de tipo personal («originariamente español») y territorial

(«nacido en España»). En función de la teoría de la asimilación territorial, el término «nacido en España» comprende a los nacidos en el Sahara antes del 26 de febrero de 1976. La DGRN aplica esta doctrina cuando el progenitor nació en el Sahara español y queda probada la nacionalidad española de la madre (en el caso)<sup>95</sup>, pero no es una práctica homogénea. En la RDGRN 4/2008 de 10 de diciembre<sup>96</sup> se expresa que «Pueden optar por la nacionalidad española según el artículo 20.1, a) Cc, aquellos cuyo padre o madre hubiere sido originariamente español y nacido en España y aún cuando a la madre se le haya declarado la nacionalidad española, no puede considerarse, a efectos del derecho de opción, que aquella hubiese nacido en España, como exige el citado artículo». Otras dos Resoluciones de la RDGRN<sup>97</sup> rechazan la petición por los consabidos problemas probatorios: «problema previo de identidad que afecta a la madre que aparece nombrada de formas diferentes, tales como, E, M. y, finalmente, como E. y algo similar sucede con su fecha y lugar de nacimiento constando el de A., el 13 de enero de 1952 —que consta en la inscripción de nacimiento en el Registro Español— y el de B., el 31 de diciembre de 1954./ Con el recurso se aporta una certificación expedida por un jefe de negociado de la Embajada de Mauritania en España, el 19 de mayo de 2006, que no subsana el problema de identidad existente, tanto por la carencia de datos como por carecer de suficientes garantías de legalidad».

La doctrina de asimilación territorial se aplica por parte de la DGRN cuando el progenitor ha nacido, por ejemplo, en el Protectorado de Marruecos<sup>98</sup>. Sin embargo, en relación a la vinculación personal, las últimas Resoluciones de la DGRN, «dan un paso más en el proceso lógico-jurídico de la interpretación» e interpretan si, según la normativa vigente en el momento de los hechos, el progenitor tenía la nacionalidad de origen o no. En el caso concreto<sup>99</sup> se procede a la exégesis del art. 17.1, 18 y 19 del CC en su redacción de 1889 de la que concluye que en los territorios distintos de los metropolitanos, no existía un mecanismo de atribución automática *iure soli* sino que para la atribución de la nacionalidad de origen era requisito indispensable, junto al nacimiento en el territorio, que los padres optasen en nombre de sus hijos y durante su minoría de edad por la nacionalidad española con renuncia de toda otra, o que lo hiciesen los propios hijos dentro del año siguiente a su mayoría de edad o emancipación. Ello supone una mejor aplicación de la técnica jurídica pero que, en la realidad, dificultará enormemente la prueba de las circunstancias (nacimiento y opción) que pudieran haber generado la nacionalidad de origen de los progenitores. La adaptación de esta técnica para el caso de los saharauis (en cualquier supuesto en el que el régimen

de la nacionalidad dependa del requisito de la nacionalidad de origen<sup>100</sup>) supondría un cambio de modelo<sup>101</sup>: si en el momento actual la doctrina de la vinculación personal permite entender que las personas originarias del Sahara tenían durante la colonización española y por este sólo hecho, la nacionalidad española, ahora la nacionalidad depende del cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa vigente. Dicha modificación supone no tanto negar lo afirmado por el TS en su Sentencia de 1989 («conforme a las reglas generales del Derecho de la nacionalidad, que 'los naturales del territorio colonial carecen de una nacionalidad distinta de los del Estado colonizador, dado que no poseen una organización estatal propia'») <sup>102</sup> como entender que la nacionalidad no era de origen<sup>103</sup>. Al dar relevancia al requisito de la nacionalidad española de origen, se imposibilita de facto cualquier proyección de la doctrina de vinculación en relación al art. 20.1 b)<sup>104</sup> no sólo por las peculiaridades registrales que existían en el territorio (voluntariedad, escaso número de inscripciones, etc.) sino por los problemas probatorios del cumplimiento de estos requisitos por otros medios.

### 5. Art. 22.2 b, a y f del CC

Según la teoría de la desvinculación relativa, transcurrido el plazo de 1 año para ejercitar la opción de nacionalidad facultada por el RD 2258/1976, se producía automáticamente la desactivación de la nacionalidad española de los saharauis, de modo que no tenía ninguna trascendencia en relación al régimen general del CC. Ello se traduciría, en concreto, en que la extraña opción de nacionalidad que articulaba el RD tampoco tendría proyección posterior y no podía ser utilizada para justificar la adquisición privilegiada de la nacionalidad española por residencia del actual art. 22.2 b) del CC: «Bastará el tiempo de residencia de un año para: (...) b) El que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar».

No tardó mucho el Tribunal Supremo en aclarar este extremo porque la Sentencia de 18 mayo 1999 afirma la teoría de la desvinculación en este sentido<sup>105</sup>, siendo seguida por la jurisprudencia actual<sup>106</sup>. La STS de 9 marzo 2010<sup>107</sup> utiliza el conocido argumento de la desvinculación relativa: «aunque es cierto que el Sahara era territorio español y el nacimiento en el mismo permitió acceder a la nacionalidad española, ello era siempre que se optara por la nacionalidad española antes del 10 de agosto de 1977, cosa que no hizo el recurrente ni sus padres, por lo que no puede acogerse al apartado 2.b) del art. 22 del Código Civil por venir referido dicho precepto a los supuestos del

art. 20.2, entre los que no se comprende el recurrente, como lo corrobora el apartado 1 del art. 22 del mismo Código». No parece muy correcto utilizar los viejos argumentos de la desvinculación puesto que en la actualidad es una doctrina desplazada y parece más adecuado otro fundamento que negaría cualquier trascendencia a la opción articulada en el RD 2258/1976 derivado de la técnica utilizada puesto que no fue sino un «falso o mal llamado ‘derecho a optar por la nacionalidad española a los naturales del Sahara’»<sup>108</sup>.

En otro orden de cosas, se ha visto *supra* cómo la STS de 7 de Noviembre de 1999 estableció su doctrina de asimilación territorial (el Sahara era territorio español) precisamente en relación al art. 22.2 del CC: «Bastará el tiempo de residencia de un año para: a) El que haya nacido en territorio español». Por tanto, no es dudoso que este medio de adquisición de la nacionalidad beneficia a los saharauis nacidos antes del 26 de febrero de 1976.

El mismo artículo dispone igual tiempo de residencia en relación a «f) El nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles». La combinación de elementos territoriales y personales que recoge este supuesto se soluciona del siguiente modo. En relación al requisito de «nacido fuera de España» y en función de la teoría de la asimilación territorial, se aplicaría a los nacidos en el Sahara después del 26 de febrero de 1976 o en otro país extranjero. Junto a ello, será preciso demostrar que padre o madre, abuelo o abuela tenían nacionalidad española de origen; la operatividad de este artículo depende no sólo del carácter originario de la nacionalidad, que lleva a la DGRN a comprobar tal extremo en aplicación de la normativa vigente en dicho momento, sino de las muy escasas posibilidades probatorias que existen sobre la condición nacional española<sup>109</sup>.

## 6. Arts. 18 y 26 del CC

La doctrina de la vinculación personal se inició por la Sentencia del TS de 28 de octubre de 1998 con el reconocimiento de su efecto principal: los saharauis fueron españoles por lo que pueden consolidar esta nacionalidad por la vía del art. 18 del CC. El artículo condiciona la consolidación a la «posesión y utilización continuada de la nacionalidad española durante diez años, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil», lo que exige que el sujeto «se haya comportado como español, ejerciendo derechos y deberes derivados de su cualidad» que se prueba por la existencia de signos —*nomen, tractatus* y fama—, durante 10 años y de forma continuada<sup>110</sup>. Esta

jurisprudencia ha sido aceptada por la DGRN aunque de forma realmente estricta y sólo para el caso contemplado por la Sentencia<sup>111</sup>; como expresa el Anexo a la Instrucción de 28 de marzo de 2007, «no beneficia el artículo 18 del Código civil redacción de 1990, a los saharauis que no han estado en posesión y utilización de la nacionalidad española durante diez años o no prueban haber residido en el Sahara cuando estuvo en vigor el Real Decreto de 1976, de modo que quedara imposibilitado ‘de facto’ para optar a la nacionalidad española»<sup>112</sup>.

La doctrina de la vinculación personal proyecta toda su eficacia en casos de recuperación de la nacionalidad española de un originario del Sahara. En la Resolución 1/2009 de 28 febrero<sup>113</sup>, la DGRN da respuesta al siguiente supuesto: Don M. nació en Sidi Ifni cuando formaba parte del Sahara (1946), vive en campamentos de refugiados desde su invasión por Marruecos y solicita recuperar la nacionalidad española para lo que aporta certificaciones expedidas por la denominada República Árabe Saharaui Democrática. Como en otras ocasiones, la Dirección General no se opone a que esa nacionalidad española siga desplegando efectos y pueda ser recuperada, pero rechaza la solicitud por cuestiones de prueba: «Tenía, por tanto, el interesado que haber acreditado que ostentó *de iure* en un momento anterior la nacionalidad española y ese extremo no ha quedado probado» al no dar validez a los certificados de la República Árabe Saharaui Democrática.

## V. Vinculación y desvinculación personal en materia de extranjería

Existe alguna Sentencia donde se valora el nacimiento en el Sahara español, la filiación respecto de saharauis «españoles», la tenencia de diversa documentación española y otras circunstancias a los efectos de valorar una genérica existencia de arraigo y la consiguiente exención de visados por causas extraordinarias<sup>114</sup>. En otras situaciones, la materia a resolver es más específica: según el art. 57.5 de la LOExt., «La sanción de expulsión no podrá ser impuesta (...) c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española». Pero el problema que mayoritariamente se resuelve en los Tribunales consiste en la concesión de una autorización de residencia temporal por razones de arraigo «en atención a las circunstancias excepcionales que concurren» «Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles» o una autorización de residencia permanente siempre «Que hayan sido españoles de origen y hayan perdido la nacionalidad española»<sup>115</sup>.

Como se puede observar, las circunstancias recogidas en estos artículos son de tipo personal (nacionalidad española de origen). Como ocurre en la Jurisdicción civil, la mayoría las decisiones judiciales sobre extranjería utilizan como referencia las tan citadas Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de Octubre de 1998 y de 7 de noviembre de 1999. Y, al igual que en la Jurisdicción civil, en la contencioso administrativa también se han generado dos líneas judiciales antagónicas: una que parte de la desvinculación personal (los saharauis nunca fueron españoles) y la otra que se plantea desde la vinculación personal (los saharauis fueron españoles) y que obliga a la prueba de la condición española (y de las relaciones de filiación, dependiendo del caso).

La doctrina de la desvinculación personal es seguida por numerosos Tribunales<sup>116</sup> y se argumenta, en la STSJ Castilla y León 192/2008 de 30 abril<sup>117</sup>, de la misma forma que en las primitivas Resoluciones «desvinculadoras» de la DGRN: «la nacionalidad española, como regla general, en este momento, no puede la misma considerarse de atribución a los saharauis, y, segundo en que, ya desde su origen, España nunca consideró españoles a los saharauis, y ello unido al hecho evidente de que no se ha acreditado en ningún caso que el padre y la madre de la apelante optaran por la nacionalidad española al amparo del Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, sino que su voluntad fue la ya conocida de mantener su condición de saharauí y, para ello, salieron del Sahara —donde habían nacido y vivido— refugiándose en el territorio argelino». Para estos Tribunales, el RD 2258/1976 señala el momento de la desvinculación relativa y sólo la prueba de la plenificación de la nacionalidad que otorgó este RD, permitiría entrar a valorar el saharauí o sus padres tuvieron la nacionalidad de origen.

Frente a esta Jurisprudencia, existe otra que parte de la existencia de una vinculación personal. La Sentencia del TSJ de Andalucía, 1227/2010 de 7 junio<sup>118</sup> concluye que «resulta que concurren en la recurrente las ‘circunstancias excepcionales’ para la exención del visado y permiso de residencia, pues es hija de padres que fueron españoles y la Administración no ha desvirtuado el hecho de que tuvieron nuestra nacionalidad en el momento de su nacimiento, por lo que tiene la condición de española de origen, aunque después perdiera la nacionalidad española y adquiriese la marroquí». Sin embargo, este planteamiento sólo abre la puerta para que el interesado proceda a probar su condición de saharauí nacional español o la de sus padres y su relación de filiación; es más, en varias decisiones de la línea judicial que parte de la desvinculación, no se impide que el sujeto intente probar su condición española.

De la numerosa documentación útil para hacer prueba (certificados del censo elaborado por la Misión de las Naciones Unidas para el Referéndum del Sahara Occidental, certificados de la República Árabe Saharaui, inscripciones en los Libros Cheránicos del Registro Civil del Sahara, Documentos Nacionales de Identidad de la provincia del Sahara<sup>119</sup>, inscripciones en el Registro de Población<sup>120</sup>, permisos de identidad laboral, permisos de conducción, pasaportes, cartillas escolares, libros de familia, etc.), en la práctica judicial contencioso administrativa existen discrepancias acerca de su fuerza probatoria. Del análisis de las diferentes Sentencias, se puede concluir que, en numerosas ocasiones los Tribunales rechazan las pretensiones del saharauí por prueba insuficiente de su propia condición nacional, de la de sus padres o del vínculo de filiación<sup>121</sup> y en pocos casos se logra probar por el interesado<sup>122</sup> suficientemente<sup>123</sup>.

Existen Tribunales (los que parten del presupuesto de la vinculación personal) que consideran que la documentación expedida por autoridades españolas (básicamente, el DNI bilingüe e incluso el certificado registral de ser hijo de ciudadana que disponía de dicho DNI<sup>124</sup>) genera una prueba suficiente: «La expedición del Documento Nacional de Identidad a favor de los padres del solicitante es suficientemente expresiva de su condición de nacional español»<sup>125</sup>. En relación a los certificados emitidos por la República Árabe Saharaui Democrática existen Tribunales que los admiten siempre que vayan acompañado de otra documentación oficial y otros que no les da validez porque es «República no reconocida por el Estado español como Estado soberano e independiente por lo que los certificados emitidos por dicha República carecen de validez para poder producir los efectos pretendidos en el Estado español»<sup>126</sup>.

Junto a ella, existe otra práctica judicial que interpreta de manera estricta la circunstancia de la «nacionalidad de origen». Ello supone que los Tribunales investiguen si concurren las causas de atribución de nacionalidad del CC. y más en concreto, si para estos supuestos es de aplicación del art. 17. 1 a) o b). El Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en su Sentencia 227/2010 de 12 mayo<sup>127</sup> se introduce en esta vereda para concluir, cómo no, la falta de prueba tanto de la condición española de los progenitores, del lugar de nacimiento de los padres y de la relación de filiación existente debido a diversas discordancias entre la documentación presentada. La STSJ Extremadura 286/2009 de 29 octubre<sup>128</sup> explora el camino de la interpretación del artículo 17, 18 y 19 del Código Civil en la redacción vigente hasta el día 4 de agosto de 1954, para terminar otra vez rechazando las pretensiones por

un problema de prueba del cumplimiento de los requisitos previstos en estos artículos para la obtención de la nacionalidad (nacimiento y ejercicio de un derecho de opción).

Del análisis de las diferentes líneas de estos Tribunales, se puede concluir que no es muy comprensible que existan Tribunales de lo contencioso administrativo que ignoren la doctrina de la vinculación personal defendida por la Jurisdicción Civil y permanezcan anclados en la desfasada teoría de la desvinculación. Por otra parte, dicha nacionalidad española de los saharauis se considera a los efectos de extranjería y, por comparativa, deberían admitirse puesto que sí se acepta en relación al régimen de adquisición de la nacionalidad (aunque no con carácter general y siempre que exista prueba de la condición nacional). Por último, es muy llamativo el muy diferente nivel de prueba exigido por estos Tribunales. No parece adecuada una interpretación estrictamente literal de lo que sea «español de origen» que convierta la prueba en una cuestión diabólica que, si se quiere hacer con buena técnica jurídica, obligaría a los Tribunales a interpretar normativa, como poco, del siglo pasado. En este sentido, no hay que olvidar que la prueba se exige a los efectos de otorgar permisos de residencia por arraigo, permanente o para evitar la expulsión y el rigor de la prueba a los efectos de nacionalidad que caracteriza a la DGRN, no debe ser el mismo cuando lo que se solicita es un permiso de extranjería. A esta misma conclusión conduce que ciertos documentos (DNI o pasaporte) utilizados a estos efectos, hacen prueba privilegiada de los hechos que afectan al estado civil en el ámbito administrativo. En definitiva, parece adecuada la práctica de ciertos Tribunales que, de la documentación aportada, llegan a la convicción de la nacionalidad española del sujeto, aunque esa misma documentación no haga prueba plena de la nacionalidad española del saharauí a los efectos registrales. Y a esta misma conclusión se llega si se pudiera rescatar para estos casos la doctrina de la inversión de la carga de la prueba que se planteó en la trascendente y muy citada STS de 28 de octubre de 1998 y que obligó al Tribunal a constatar la nacionalidad española, a pesar de no existir la correspondiente inscripción registral, con base en dicha documentación.

## VI. Conclusión

La aventura africana del anterior Jefe del Estado está teñida de matices jurídico políticos esquizofrénicos y su final produjo un cierre en falso de la situación, cuyas consecuencias se están viendo años después. Tras el aban-

dono de la administración del territorio se articuló un mal llamado derecho de opción que recogió el Real Decreto 2258/1976, pensado más para los saharauis que habían logrado alcanzar las Canarias (15.000, aproximadamente) que para aquellos que quedaron en África (el censo elaborado por España en 1974 recoge un total de población saharauí de 73.497 personas). La travesía de los saharauis tras la descolonización, en busca de una nacionalidad española que creían tener, chocó con una doctrina de desvinculación absoluta: el Sahara no era territorio español y los saharauis solo se habían beneficiado de la nacionalidad española.

Coincidiendo con el fenómeno de la inmigración en masa a nuestro país, cada vez más saharauis han explorado las posibilidades de reactivar su nacionalidad española y, afortunadamente, dos Sentencias del Tribunal Supremo (de 28 de octubre de 1998 y de 7 de Noviembre de 1999) señalan la vía de la vinculación. Confirmado que el Sahara, antes del 26 de febrero de 1976, debe ser considerado territorio español, queda por examinar qué grado de vinculación reconocen los jueces y Tribunales españoles a la condición personal de los saharauis en relación a todo el régimen de nacionalidad contenido en el Código Civil.

En función de lo anterior, existe una regla general de solución: si el régimen de nacionalidad establece para su adquisición una condición territorial (nacimiento en España), dada la validez general de la teoría de la asimilación territorial, concurrirá en aquellos saharauis que hubieran nacido en el Sahara antes del 26 de febrero de 1976; cuando el régimen dependa de la circunstancia personal (nacionalidad española) su solución concreta depende, fundamentalmente, de si este efecto ha sido reconocido por las Resoluciones de la DGRN o por Sentencias Judiciales. Aunque estas resoluciones aceptan sin problemas la teoría de la vinculación personal, la exigencia de una prueba fehaciente del estatus nacional, desactiva en la práctica este planteamiento inicial.

La STS de 20 de noviembre de 2007 reconoció la condición de apátridas a los saharauis y, en consecuencia, es aplicable el art. 17.1.c) del CC a los nacidos tanto en España como en el Sahara antes del 26 de febrero de 1976; si no tienen reconocido este estatus, el acceso a la nacionalidad española puede obtenerse vía art. 17.1 b) del CC. En relación al régimen de adquisición por residencia privilegiada que establece el art. 22.2 del CC en su letra b («El que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar»), no es aplicable a los saharauis. Sí lo es, en cambio, el supuesto de la letra a («El que haya nacido en territorio español») al depender exclusivamente de una circuns-

tancia territorial y f («El nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles»). Este supuesto del art. 22.2 f) del CC y otros —art. 20.1 a) y b), art. 26 y art. 17.1 a)— tienen en común que la nacionalidad española depende de un requisito personal (nacionalidad española) acompañado, para ciertos casos, de la filiación. En principio, la DGRN parte de la teoría de la vinculación por lo que acepta tanto el efecto principal (nacionalidad española del padre saharauí) como el efecto de la atribución de la nacionalidad española *ius sanguinis* a los hijos. Sin embargo, la teoría de la vinculación deja de ser operativa, dada la doctrina estricta de la DGRN sobre prueba de la nacionalidad española, incluso de origen, y de la relación de filiación. Finalmente, determinadas situaciones de extranjería también dependen de circunstancias personales (nacionalidad) y territoriales (nacimiento en España). No parece correcto que los Tribunales de lo contencioso exijan un grado de prueba similar a la exigida por la DGRN puesto que dichas circunstancias operan a los solos efectos de extranjería; por ello, pasaportes, DNI bilingüe o documentos varios, deberían permitir a estos Tribunales de lo contencioso administrativo llegar a la convicción de la españolidad de los saharauis.

Como conclusión final, señalar que España no sólo cerró en falso la descolonización del Sahara sino el régimen de nacionalidad de los saharauis y esta misma actitud se mantiene en la actualidad, lo que provoca un cierto desorden; así, rechazada la teoría de la desvinculación, será aplicable a los saharauis el régimen general de la nacionalidad del CC. lo que supondría, dadas sus especiales características (asimilación territorial y vinculación personal), un régimen privilegiado de atribución y adquisición de la nacionalidad española. Sin embargo, en la práctica aparecen constantes trabas que desactivan este planteamiento inicial. Zanzar el tema saharauí implica, en primer lugar, decidir si debe ser aplicable el régimen general de la nacionalidad del CC. o si, por el contrario, sólo cabe la aplicabilidad de aquellos artículos específicamente destinados a evitar la apatridia (arts. 17.1 c y d), además del art. 22.2 a) y 18 del CC. Presuponer una doctrina de vinculación y empeñarse en desactivarla a través de cuestiones formales no es sino obstinarse en la misma esquizofrenia y precariedad con la que España trató de resolver el tema del Sahara. Se deberían establecer mecanismos que flexibilizaran la actual doctrina de la DGRN: la inversión de la carga de la prueba tal y como planteó la STS de 28 de octubre de 1998 junto con la admisibilidad de pruebas en función de las peculiares circunstancias de los saharauis, la posibilidad de consolidación en otros supuestos distintos del conocido por esta

misma Sentencia y la adaptación de las formas de acceso registral respecto de menores saharauis descendientes de quienes, finalmente, alcanzaron la nacionalidad española.

## Notas

<sup>1</sup> Por el Tratado de Tetuán de 26 de abril de 1860, el sultán de Marruecos, Sidi Mohamed II, cedió los derechos de ocupación de una zona de difícil precisión geográfica en torno a la posición de Santa Cruz de Mar Pequeña «para la formación de un establecimiento de pesquería como el que España tuvo ya antiguamente» (art. 8º). En cuanto al Sahara, antes de 1912, se habían firmado con Francia los acuerdos de límites de la colonia de Río de Oro de 27 de junio de 1900 y el Convenio de 3 de octubre de 1904. *Vid.*, entre otros, Manuel Llord O'Lawlor, *Apuntes de Derecho Administrativo del Protectorado español en Marruecos*, Tetuán, 1952, Sabino Alvarez Gendin, *La Administración española en el Protectorado de Marruecos, Plazas de Soberanía y Colonias de Africa*, Madrid, 1949 o Julio Salom Costa, «Los orígenes coloniales del Sáhara Occidental en el marco de la política española» en *Cuadernos de historia contemporánea*, 2003, pp. 247 a 272. *Vid.*, para un acercamiento político jurídico sobre el Sahara, Águeda Mera Miyares, *El Sáhara Occidental: ¿Un conflicto olvidado?*, Barcelona, 2007 (accesible en <http://www.idhc.org/esp/documents/Biblio/SaharaOccidental.pdf>).

<sup>2</sup> BOE de 19 de septiembre; RAL nº 1338.

<sup>3</sup> En el proceso de asimilación a provincia del Sáhara existen, según testimonios de aquella época, razones militares y geoestratégicas y el consabido concepto de una España defensa de la civilización occidental en Africa frente a los avances del comunismo. *Vid.* José Ramón Diego Aguirre, *Historia del Sáhara español; la verdad de una traición*, Madrid, 1988, p. 446.

<sup>4</sup> Ley de 30 de julio de 1959 (BOE de 31 de julio de 1959).

<sup>5</sup> BOE de 14 de enero; R.A.L. nº 65.

<sup>6</sup> BOE de 21 de abril; R.A.L. nº 577.

<sup>7</sup> Boletín Oficial del Sáhara, nº 25; R.A.L. nº 1837.

<sup>8</sup> BOE de 12 de diciembre; R.A.L. nº 2218.

<sup>9</sup> *Cfr.* Doc. ONU, A/C. 4/385

<sup>10</sup> *Cfr.* A/C. 4/406 de 5 de agosto de 1959.

<sup>11</sup> La descripción de las diferentes posiciones frente a Naciones Unidas, en Julio D. González Campos, «Nota a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 15 de enero de 1964» en *Revista de Derecho Internacional*; enero-marzo 1966, pp. 77 a 79. Sobre esta materia, *Vid.*, Juan Soroeta Licerias, *El conflicto del Sahara Occidental, reflejo de las contradicciones y carencias del Derecho Internacional*, Bilbao, 2001.

<sup>12</sup> La Resolución 1541 (XV) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1960 (accesible en [http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/1541\(XV\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/1541(XV)&Lang=S&Area=RESOLUTION)) los considera un «territorio geográficamente separado del país que lo administra y étnica o culturalmente distinto del mismo».

<sup>13</sup> «no puede presumirse que la intención de los citados Decretos fuera integrar el enclave de Ifni en el territorio nacional, puesto que se limitan a cambiar el nombre de un Centro administrativo y a organizar los territorios de Ifni y Sáhara de manera tal que en nada se asemejan a las provincias españolas». *Vid.*, «Dictamen del Consejo de Estado de 7 de noviembre de 1968 sobre Ifni» en *Recopilación de Doctrina legal del Consejo de Estado* (1968-69, Madrid, 1972, pp. 616 a 617; similar es la postura en relación a Guinea (Dictamen de Guinea, pág. 27).

<sup>14</sup> BOE de 29 de julio.

<sup>15</sup> BOE de 5 de junio de 1969.

<sup>16</sup> El Dictamen de 16 de octubre de 1975 del Tribunal Internacional de la Haya en el párrafo 162 dice expresamente que: «la conclusión del Tribunal es que los materiales y la información que les han sido presentados, no establecen ningún lazo de soberanía territorial entre el territorio del Sáhara Occidental y el Reino de Marruecos o el complejo mauritano. Así, pues, el Tribunal no ha encontrado que existan lazos jurídicos de tal naturaleza que modificaran la aplicación de la resolución 1514 (XV) respecto a la descolonización del Sáhara Occidental y, en particular, del principio de libre determinación a través de la libre y genuina expresión de la voluntad de los pueblos del territorio»; *Vid.*, Asunto del Sahara Occidental, opinión consultiva, C.I.J. *Recueil*, 1975.

<sup>17</sup> *Vid.*, entre una amplia bibliografía, Jaime de Piniés, «La descolonización del Sáhara: un tema sin concluir», Madrid, 1990, Carlos Ruiz Miguel, *El Sáhara Occidental y España. Historia, Política y Derecho. Análisis crítico de la política exterior española*, Madrid, 1995, Juan Soroeta Licerás, «El Plan de Paz del Sahara Occidental, ¿viaje a ninguna parte?» en *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 10, 2005 o Ignacio Fuente Cobo y Fernando M. Mariño Menéndez, *El conflicto del Sahara Occidental*, Madrid, 2006.

<sup>18</sup> Este Acuerdo junto con los Acuerdos de Madrid entre España y Marruecos relativos a algunos aspectos de la mutua cooperación entre los dos países de la misma fecha, forman los Acuerdos «secretos» de Madrid. *Vid.* «Acuerdos «secretos» de Madrid», *Cuadernos; Africa, América Latina, Revista de SODEPAZ*, nº 6, 1991, pp. 25 a 27.

<sup>19</sup> BOE del 20 de noviembre de 1975. Se repite la publicación en BOE de 20 de Octubre de 2007.

<sup>20</sup> *Vid.*, Miguel Herrero de Miñón, «La configuración del territorio nacional en la doctrina reciente del Consejo de Estado Español» en *Estudios de Derecho Administrativo (Libro jubilar del Consejo de Estado)*, Madrid, 1972, pp. 400 y 401.

<sup>21</sup> También a nivel doctrinal existe esta dualidad entre asimilación o no, en materia de nacionalidad. Para un análisis centrado en argumentar la asimilación, *vid.* José Luis Argudo Pérez y Javier Pérez Milla, «Vinculación nacional y nacionalidad de los habitantes de los territorios descolonizados del Africa española» en *Acciones Investigaciones Sociales, Revista interuniversitaria de Ciencias y Prácticas Sociales*, Junio 1992, nº 1, pp. 151 a 202 (accesible en [http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero\\_articulo?codigo=170165&orden=0](http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=170165&orden=0)). Otro que resalta las diferencias, en M. Isabel García Catalán, «Nacionalidad y sucesión de Estados: el caso español a la luz de las resoluciones de la DGRN», en *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, 2003, pp. 419 a 435.

<sup>22</sup> RJ 1998\8257.

<sup>23</sup> *Vid.*, *Recopilación de Doctrina legal del Consejo de Estado* (1967-68); *Idem* (1968-69), Madrid, 1971 y 1972; págs. 21 a 31; y 613 a 620, respectivamente.

<sup>24</sup> La entrada en vigor del Acuerdo tripartito de Madrid entre España, Marruecos y Mauritania de 14 de noviembre de 1975, disponía en su «punto» 6º que «este documentos entrará en vigor el mismo día de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley sobre Descolonización de Sáhara, que autoriza al gobierno español a dar aplicación a los acuerdos contenidos en el presente documento», por lo que no podemos considerar este documento con valor jurídico. No obstante, aparte de la plasmación del deseo de España de «poner fin a la responsabilidad y al poder del que se dispone en tal territorio en tanto que potencia administradora», no tiene contiene referencia alguna a la nacionalidad de los habitantes. *Vid.*, «Acuerdos «secretos» de Madrid», 1991, pp. 25 a 27.

<sup>25</sup> BOE de 20 de noviembre.

<sup>26</sup> Preámbulo del RD 2258/1976 de 10 agosto.

<sup>27</sup> BOE de 28 septiembre.

<sup>28</sup> *Cfr.*, art. 19 C.c., en la redacción dada por Ley de 15 de julio de 1954.

<sup>29</sup> La efectividad de este derecho quedó gravemente mermada puesto que ya había una ocupación marroquí y mauritana del territorio en el momento de dictarse esta disposición; Diego Aguirre estima que hubo 15.000 evacuados forzosos a Canarias; el censo elaborado por España en 1974 recoge un total de 73.497 saharauis. *Vid.* José Ramón Diego Aguirre, 1988, p. 602 a 610. González Campos (VVAA, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Vol. I, Oviedo, 1984, p. 95) señala que el efecto pretendido con la D.F. 2ª «era lograr la desvinculación de España de estos antiguos súbditos, por vía de la nulidad de los documentos de identidad españoles».

<sup>30</sup> Manuel Peña Bernaldo de Quirós, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo I, Madrid, 1978, pág. 572.

<sup>31</sup> *Vid.*, Fernando Pantaleón Prieto, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, 1986, pág. 88.

<sup>32</sup> *Vid.*, Elisa Pérez Vera, «Nota a distintas Resoluciones de la DGRN» en *Revista de Derecho Internacional*, nº 2-3, 1982, p. 467.

<sup>33</sup> VVAA, 1984, pág. 93.

<sup>34</sup> RJ 2000\849. Y, en menor medida, la Sentencia de 28 de octubre de 1998 (RJ 1998\8257).

<sup>35</sup> Fecha concreta, en función de lo dispuesto en el Preámbulo del RD 2258/1976 de 10 agosto: «España ha puesto término definitivo a su presencia en dicho territorio y a sus poderes y responsabilidades en la administración del mismo con fecha veintiséis de febrero de mil novecientos setenta y seis».

<sup>36</sup> Sentencias de 7 de noviembre de 1999 y de 13 octubre 2009 (RJ 2010\1056).

<sup>37</sup> Fecha en la que caduca la opción de la nacionalidad española prevista en el Real Decreto 2258/1976

<sup>38</sup> RJ 1997\612.

<sup>39</sup> José Carlos Fernández Rozas, *Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, 1987, pág. 95.

<sup>40</sup> *Vid.* VVAA, 1984, pág. 95.

<sup>41</sup> Manuel Peña Bernaldo de Quirós, «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales», tomo I, Madrid, 1978, pág. 561.

<sup>42</sup> Como ejemplo, entre otros, la RDGRN 3/2009 de 29 septiembre (JUR 2010\353324).

<sup>43</sup> *Vid.* RR. de la DGRN de 2 de abril de 1997 (La Ley, 1998, 8015) o 9 Diciembre de 1996 (RJA. 1997\7375).

<sup>44</sup> *Vid.* RR. de la DGRN de 9 Diciembre de 1996 (RJA. 1997\7375) o RDGRN de 4 de Mayo de 1993 (en RAJ 4204/1993).

<sup>45</sup> En la tramitación de la Ley de 13 de julio de 1982 no se aceptó la enmienda nº 32 del Grupo comunista que establecía un periodo privilegiado de residencia de 2 años «cuando se trate de personas nacidas en un territorio africano que en el pasado han estado bajo la administración de España».

<sup>46</sup> *Vid.*, RDGRN de 20 de Noviembre de 1992 (RJA. 1992\10590) o RDGRN de 7 de Junio de 1996 (La Ley, 1996, 11041).

<sup>47</sup> *Vid.* RR. de la DGRN de 9 Diciembre de 1996 (RJA. 1997\7375) o RDGRN de 13 de Junio de 1996 (RJA. 1996\6263)

<sup>48</sup> *Vid.*, RDGRN de 13 Junio de 1996 (RJA. 1996\6263). En el mismo sentido, R. de 26 de abril de 1994 (RJA. 1994\4160). En relación con la Disposición Transitoria 2ª, *vi.*, RDGRN de 14 de Septiembre de 1993 (La Ley, Archivo, 1994, 12020).

<sup>49</sup> RDGRN de 29 Enero de 1996 (RJA. 1996\2401).

<sup>50</sup> Sentencia de 7 de Noviembre de 1999.

<sup>51</sup> *Vid.*, María Paz García Rubio, «Reconocimiento de nacionalidad española a saharauí nacido en El Aaiún por consolidación: Comentario a la STS (Sala Primera) de 28 de octubre de 1998» en *Anuario de derecho civil*, Vol. 52, Nº 1, 1999, pp. 425 a 432, José Javier Pérez Milla, «Consolidación de la españolidad indígena (comentario a la STS de 28 de octubre de 1998)» en *Revista crítica de*

*derecho inmobiliario*, Nº 655, 1999, pp. 2207 a 2230 y Mónica Guzmán Zapater, «Descolonización y nacionalidad. el caso saharauí. Consolidación de nacionalidad» en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 52, 2000, pp. 15 a 28.

<sup>52</sup> RDGRN de 1 marzo 2000 (RJ 2000\2755).

<sup>53</sup> RDGN de 7 marzo 2000 (RJ 2000\2757)

<sup>54</sup> RDGRN de 11 de Febrero de 1991 (RJA. 1991\1679).

<sup>55</sup> STS de 18 mayo 1999 (RJ 1999\4920).

<sup>56</sup> Incluso situaciones de minoría de edad o aquellos en los que se ejerció la opción y fue rechazada careciendo de toda fundamentación, como ocurre en el supuesto de la STS de 7 de Noviembre de 1999 (RJ 2000, 849), donde se rechaza la opción de la siguiente manera: «rechaza la opción solicitada en una resolución en la que de forma llamativamente lacónica se le dice al interesado: «Visto el RD 2258/1976, de 10 de agosto de 1976, y teniendo en cuenta las razones de interés u orden público que concurren en este caso. Esta Dirección General ha acordado no aprobar esta opción. Se devuelve el expediente».

<sup>57</sup> RDGRN 3/2008 de 3 septiembre (JUR 2009\397712) o 3/2009 de 29 septiembre (JUR 2010\353324), entre otras muchas. *Vid.*, sobre la interpretación de estos requisitos, *Consulta de 12 de julio, sobre presunción de nacionalidad española a saharauis*, publicada en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Suplemento al núm. 1986, 1 de abril de 2005, pp. 1727 a 1728.

<sup>58</sup> RDGRN 4/2008 de 28 mayo (JUR 2009\389821).

<sup>59</sup> *Vid.*, sobre los aspectos jurídicos de la Declaración o la prueba de la nacionalidad, Mercedes Moya Escudero, «Atribución de la nacionalidad española y declaración de nacionalidad con valor de simple presunción» en *Aranzadi civil*, Nº 2, 2007, pp. 2391 a 2431.

<sup>60</sup> «Realizadas, por tanto, todas las gestiones oportunas por el interesado, antes del proceso y por medio de la prueba, pendiente éste, correspondía al Estado, como demandado, haber favorecido el desarrollo de la prueba o practicar la oportuna contraprueba, de manera, que no se hiciera acreedor como se hace, a que tengamos que considerar el hecho de la inscripción como probado, en virtud, de las consecuencias que impone el desplazamiento de la «carga de la prueba» conforme al artículo 1214 del Código Civil por su prevalente y mejor posición probatoria en el caso».—*Vid.*, Fernando Alberdi Vecino, «La nacionalidad: problemática actual y proyección de futuro» en *Cuadernos Digitales de Formación*, 2009, p. 40. Sin embargo, la DGRN mantiene que debe prevalecer el requisito de «título inscrito» y, a estos efectos, la *Consulta de 12 de julio, sobre presunción de nacionalidad española a saharauis*, expresa: «título inscrito —nacimiento del interesado— en el Registro Civil español (en su caso, en los libros de los llamados Juzgados «cheránicos» a cargo de las autoridades españolas durante el periodo en que España actuó como potencia administradora del Sahara)».

<sup>61</sup> RDGRN de 18 de Enero de 1985 (RJA. 1985\393).

<sup>62</sup> RDGRN 5/2009 de 6 julio (JUR 2010\352162), entre otras.

<sup>63</sup> STS de 9 marzo 2010 (RJ 2010\4207), STS de 3 julio 2009 (RJ 2009\6894), SAN de 26 diciembre 2007 (JUR 2008\267675). Sin embargo, no ocurre lo mismo en relación a las inscripciones de nacimiento acaecidas en el Sahara español puesto que la DGRN las considera ocurridas en el extranjero (*vid.*, entre otras, RDGRN 4/2009 de 18 junio —JUR 2010\316539—).

<sup>64</sup> La generalidad también parece aceptarse en relación a cualquier territorio sobre el que hubiese ejercido la soberanía el Estado español. De esta manera no son pocos los casos que se plantean en relación al Protectorado de Marruecos, Ifni e, incluso, respecto de la antiguas colonias americanas.

<sup>65</sup> *Vid.*, sobre el régimen de la nacionalidad en el CC, Aurelia Álvarez Rodríguez, *Nacionalidad Española. Normativa vigente e interpretación jurisprudencial*, Cizur Menor, 2008.

<sup>66</sup> El orden de exposición que se utiliza está condicionado por estas consideraciones.

<sup>67</sup> *Vid.*, como ejemplos de esta práctica, SAN de 20 enero 2005 (JUR 2005\222144), SAN de 20 enero 2005 (JUR 2005\222144) o SAN de 14 octubre 2004 (JUR 2004\298219).

<sup>68</sup> RJ 2008, 6615. El mismo planteamiento es seguido por Sentencias del TS de 18 de julio de 2008 (RJ 2008, 6875), de 19 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 356), de 30 octubre 2009 (RJ 2010\1232) o la SAN de 16 septiembre 2010 (JUR 2010\349027).

<sup>69</sup> *Vid.*, Fernando Gómez Recio, «Sobre la nacionalidad española de los naturales del Sahara» en *Diario La Ley*, Nº 7333, 2010.

<sup>70</sup> *Vid.*, sobre el sentido y fundamentos de este artículo, Ana Paloma Abarca Junco y Marina Vargas Gómez-Urrutia, «El artículo 17.1 c) del Código Civil. ¿Mecanismo de lucha contra la apatridia o un 'nuevo' modo de adquisición voluntaria de la nacionalidad española?» en *Revista electrónica de estudios internacionales*, Nº. 14, 2007, cita en p. 5 —accesible en [http://www.reei.org/reei%2014/AbarcaVargas\(reei14\).pdf](http://www.reei.org/reei%2014/AbarcaVargas(reei14).pdf)— y Pilar Jimenez Blanco, «Práctica de la DGRN sobre las declaraciones de la nacionalidad del art. 17.1.c) del Código civil», *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, 2003, pp. 437 a 443.

<sup>71</sup> Según el Anexo a esta Instrucción «Esta norma beneficia, y son por tanto españoles, a los nacidos en España hijos de: (...) l) Saharauis —apátridas—».

<sup>72</sup> RDGRN 5/2007 de 14 marzo (JUR 2008\169647).

<sup>73</sup> Este es el supuesto que afronta Fernando Gómez Recio («Sobre la nacionalidad española de los naturales del Sahara» en *Diario La Ley*, Nº 7333, 2010) para el que utiliza criterios similares a los que se exponen aquí, aunque llega a otra conclusión más amplia.

<sup>74</sup> Hay que tener en cuenta que España no ha ratificado la Convención de la ONU sobre la reducción de los casos de apatridia de 30 de agosto de 1961, la Convención Europea sobre la Nacionalidad de 6 de noviembre de 1997 del Consejo de Europa ni la Convención del Consejo de Europa sobre la prevención de los casos de apatridia en relación con la sucesión de Estados, de 15 de marzo de 2006, por lo que —con independencia de la aplicabilidad de un principio constitucional de protección de la infancia—, sería dudosa la obligación de evitar todos los casos de apatridia.

<sup>75</sup> RDGRN 6/2007 de 12 julio (JUR 2008\350051).

<sup>76</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (RCL 2000, 72, 209).

<sup>77</sup> JUR 2009\46414.

<sup>78</sup> ¿Es imaginable que un Registro marroquí inscribiera a un saharauí como español?

<sup>79</sup> BOE. de 18 de febrero. Esta Orden extiende el Registro Civil los territorios del África Occidental Española (Sáhara e Ifni).

<sup>80</sup> *Vid.*, *Pregunta escrita Senado 684/003172 (Asunto: Medidas que piensa adoptar el Gobierno para facilitar el acceso a los datos contenidos en los libros cheránicos de registro civil, útiles para la identificación de la población saharauí)*, BOCG Senado, VII Legislatura, Serie I de 23 de febrero de 2001.

<sup>81</sup> *Vid.*, *Informe anual 2002 y debates en las Cortes Generales*, pp. 141 y 142 (accesible en <http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/INFORME2002 informe.pdf>).

<sup>82</sup> Tanto en la RDGRN de 13 de febrero de 2003 (BIMJ 1940, p. 1616) como en la de 11 de noviembre de 2005 (BIMJ 2015, p. 127 a 129) el certificado de nacimiento del Registro Civil cheránico no tuvo ningún carácter determinante pues la DGRN, simplemente, aplicó su consabida doctrina sobre consolidación de la nacionalidad española donde el elemento central es la residencia en el Sahara durante el periodo habilitado por el RD de 1976 para ejercer la opción.

<sup>83</sup> *Vid.*, estos supuestos en relación al art. 20.1 a) del CC.

<sup>84</sup> RDGRN 7/2009 de 28 enero (JUR 2010\99196) y RDGRN 5/2008 de 22 septiembre (JUR 2009\443106). En este último caso, además, el padre había optado por la conservación de la nacionalidad española en el plazo establecido en el Real Decreto 2258/1976 por lo que carece de toda lógica que se intentara por esta vía la nacionalidad española del menor.

<sup>85</sup> JUR 2009\443075. En sentido paralelo, la R. 5/2006 de 7 de noviembre (JUR 2008\54836) rechaza la posibilidad de optar puesto que «la certificación de nacimiento extranjera acompañada (*Registro de Marruecos*) no es coincidente con los datos que resultan del Registro Civil español, ya que en ambas certificaciones hay disparidad en cuanto al nombre, lugar y año de nacimiento del presunto progenitor. Por todo ello no se entiende acreditada la filiación paterna alegada respecto de un nacional español.»

<sup>86</sup> RDGRN 7/2008 de 9 diciembre (JUR 2010\2890), RDGRN 6/2008 de 3 diciembre (JUR 2010\2908), RDGRN 6/2008 de 28 noviembre (JUR 2010\2695), RDGRN 9/2008 de 17 noviembre (JUR 2010\1771), RDGRN 4/2008 de 28 febrero (JUR 2009\214729).

<sup>87</sup> Vid., Aurelia Álvarez Rodríguez, *Nociones básicas de Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, Madrid, 2009, pp. 17 a 44.

<sup>88</sup> Vid., sobre la necesidad del expediente, RDGRN 4/2007 de 15 septiembre (JUR 2007\315064) y sobre la accesibilidad de los certificados registrales extranjeros, RDGRN 4/2008 de 10 diciembre (JUR 2010\2883).

<sup>89</sup> RJ 2009\1735.

<sup>90</sup> Por todas, R. de 4/2009 de 2 de febrero (RJ 2010\2372).

<sup>91</sup> Vid., RDGRN de 3 de julio de 2006 (JUR 2007\246299); en el mismo sentido, R. 3/2008 de 23 de diciembre (JUR 2010\2845) y R. de 18 febrero de 2009 (RJ 2009\1735).

<sup>92</sup> Aun siendo cierto que la DGRN habilita para estos casos el expediente de inscripción fuera de plazo cuando, este expediente se condiciona a que se presente una certificación del asiento extendido en un Registro extranjero, «siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española» (art. 23 LRC) y es práctica habitual de la DGRN rechazar las certificaciones expedidas por la República Árabe Saharaui Democrática.

<sup>93</sup> BOE de 31 de Diciembre de 1990.

<sup>94</sup> 1. «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la Ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.»

<sup>95</sup> La Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre (BOE de 27 de Diciembre) establece un requisito personal similar pero no es necesario el territorial: «1. Las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español podrán optar a la nacionalidad española de origen si formalizan su declaración en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la presente Disposición adicional».

<sup>96</sup> RDGRN 2/2005 de 18 julio (JUR 2006\266860).

<sup>97</sup> JUR 2010\2883. Tampoco se acepta la doctrina de la asimilación territorial en la R. de 22 octubre de 1992 (RJ 1992\8578) o en la R. 3/2008 de 9 de mayo (JUR 2009\389760).

<sup>98</sup> RDGRN 4/2008 de 10 diciembre (JUR 2010\2883) y 1/2007 de 18 mayo (JUR 2008\193847).

<sup>99</sup> En relación al Protectorado de Marruecos, como ejemplo, la RDGRN 1/2005 de 15 de junio (JUR 2005\270374), R.4/2006 de 17 febrero (JUR 2007\108877) R. 5/2007 de 16 mayo (JUR 2008\193857). En relación al Sahara, RDGRN 2/2005 de 18 julio (JUR 2006\266860).

<sup>100</sup> RDGRN 5/2009 de 6 julio (JUR 2010\352162).

<sup>101</sup> La técnica de interpretar la legislación vigente sobre nacionalidad solo ha aparecido hasta ahora en relación a aquellos supuestos en los que se depende de la nacionalidad española de origen.

<sup>102</sup> Este modelo también ha sido aplicado en relación a los saharauis. En la RDGRN 1/2005 de 14 septiembre (JUR 2006\266744) se dice expresamente que «Tampoco la vía elegida para la obtención de la nacionalidad, que ha sido la del artículo 17 C.c., es la adecuada. Este artículo, en la redacción

dada por la Ley de 15 de julio de 1954, vigente cuando nace el interesado; declaraba españoles a los hijos de padre español, pero en este caso no consta ni el interesado ha acreditado que, al tiempo de su nacimiento, su padre tuviese dicha nacionalidad».

<sup>103</sup> Esta afirmación, aunque contundente, no está tan clara en la doctrina; vid., José Luis Argudo Pérez y Javier Pérez Milla, Junio 1992, pp. 183 a 186.

<sup>104</sup> De esta manera, la DGRN evita la doctrina de la desvinculación (que implicaría entender que los saharauis nunca fueron españoles) pero presupone que los originarios del Sahara no tenían la nacionalidad española de origen.

<sup>105</sup> Al igual que ocurre cuando se refiere a sujetos de otros «territorios coloniales» (Latinoamérica y Marruecos, principalmente); en este sentido, RDGRN 2/2009 de 21 abril (JUR 2010\301501), RDGRN 4/2009 de 13 abril (JUR 2010\301422), RDGRN 5/2009 de 6 julio (JUR 2010\352162), RDGRN 6/2007 de 18 septiembre (JUR 2009\582), RDGRN 4/2007 de 18 mayo (JUR 2008\193844), RDGRN 2/2006 de 29 marzo (JUR 2007\112101) o RDGRN 3/2002 de 23 abril (JUR 2002\195631).

<sup>106</sup> Expresa esta Sentencia que «en el apartado tercero del repetido artículo 22, la adquisición de la nacionalidad por la mera residencia de un año, a quien no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar, siendo así que en los artículos 19 y 20 se establece y regula la opción de los extranjeros para acceder a la nacionalidad española, parece evidente que aquella genérica facultad de optar del artículo 22, sólo podrá ser conectada con la especialmente prevista en los anteriores artículos 19 y 20 ya citados, pues las normas han de ser interpretadas las unas con las otras, en cuanto integrantes de un mismo Texto Legal, para alcanzar el verdadero y único sentido que anima a todas ellas, sin que, como a seguido veremos sea posible alterar el resultado obtenido al modo expuesto, con base en lo establecido en el Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, sobre opción por la nacionalidad española de los naturales del Sahara»

<sup>107</sup> Como ejemplo, STS de 9 marzo 2010 (RJ 2010\4207), STS de 16 diciembre 2008 (RJ 2008\8123) o SAN de 26 diciembre 2007 (JUR 2008\267675).

<sup>108</sup> RJ 2010\4207.

<sup>109</sup> STS 1026/1998 de 28 octubre.

<sup>110</sup> Estas dificultades se analizan, respectivamente, en relación al art. 20.1 b) y 17.1 a) del CC.

<sup>111</sup> Vid., Instrucción de la DGRN de 20 de Marzo de 1991. BOE. de 26 de marzo de 1991, corr. err. de 27 de marzo.

<sup>112</sup> Es más, considera que «Las más recientes sentencias del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 20 de noviembre de 2007 y de 18 de julio de 2008 reconociendo a los saharauis recurrentes el estatuto de apátridas no hacen sino reforzar las conclusiones anteriores» (RDGRN 9/2009 de 1 septiembre. JUR 2010\353003). Esta posición estricta es la que la mantiene en la Instrucción de 28 de marzo de 2007 (BOE de 10 de abril).

<sup>113</sup> Vid., José Javier Pérez Milla, 1999, pp. 2207 a 2230.

<sup>114</sup> JUR 2010\111295.

<sup>115</sup> STSJ Murcia 632/2007 de 1 octubre (JUR 2008\48877)

<sup>116</sup> Arts. 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000 y arts. 45.2.c) y 72.1.d) del Real Decreto 2393/2004.

<sup>117</sup> STSJ Castilla-La Mancha 200/2010 de 20 septiembre (JUR 2010\348877), STSJ de Castilla y León 174/2010 de 5 marzo (JUR 2010\154671), STSJ Castilla y León 428/2009 de 16 octubre (JUR 2009\477534), STSJ Galicia 7/2009 de 21 enero —junto a otros argumentos— (JUR 2009\239110), STSJ Castilla y León, 602/2008 de 12 diciembre (JUR 2009\34886); JUR 2009\477534, STSJ Extremadura 251/2010 de 30 junio (JUR 2010\265166) donde el Tribunal no entra en su valoración por no haberse planteado en tiempo oportuno. la STSJ País Vasco 51/2010 de 10 febrero (JUR 2010\147316) aduce la falta de prueba de la nacionalidad española de los padres o del interesado si bien, parece deducirse una postura favorable a la doctrina de la desvinculación.

<sup>118</sup> JUR 2008\363722.

<sup>119</sup> JUR 2010\356571. De la Sentencia del TSJ Castilla y León 1065/2010 de 10 mayo (JUR 2010\215306) se deduce que en primera instancia también se concedió el permiso de residencia a un supuesto similar. Paralela es la STSJ Castilla y León 1426/2009 de 5 junio (JUR 2009\331265), la STSJ Asturias 90110/2009 de 20 abril (JUR 2009\272856), STSJ Extremadura 23/2009 de 29 enero (JUR 2009\225949), la STSJ Extremadura 24/2009 de 29 enero (JUR 2009\225918), STSJ Asturias 221/2007 de 26 octubre (JUR 2008\85775), STSJ Asturias 126/2007 de 14 junio (JUR 2007\321049) o STSJ de Extremadura 205/2010 de 29 abril (JUR 2010\193124).

<sup>120</sup> Regulado por Orden (P. Gob.) de 14 de marzo de 1970. BO del Sahara, n° 209. El documento tiene características y formato similares al D.N.I., escrito en caracteres latinos y árabes. Por Orden de 4 de septiembre de 1970 se otorga validez en todo el territorio nacional al documento de identidad establecido para los naturales saharauis.

<sup>121</sup> Regulado por Orden (P. Gob.) de 27 de enero de 1970. BO del Sahara, n° 206.

<sup>122</sup> STSJ Extremadura 334/2009 de 11 diciembre (JUR 2010\34247), la STSJ Extremadura 319/20, 9 de 26 noviembre (JUR 2010\17680), la STSJ Extremadura 302/2009 de 20 noviembre (JUR 2010\18035), la STSJ Extremadura 257/2009 de 13 octubre (JUR 2009\468744), la STSJ Extremadura 185/2009 de 29 junio (JUR 2009\308349), la STSJ País Vasco 419/2009 de 17 junio (JUR 2009\370109), STSJ Extremadura 131/2009 de 30 abril (JUR 2009\256490) TSJ Extremadura 263/2008 de 15 diciembre (JUR 2009\102175), TSJ Extremadura 256/2008 de 10 diciembre (JUR 2009\116374), TSJ Extremadura 231/2008 de 14 noviembre (JUR 2009\145621), STSJ Extremadura 3/2008 de 18 enero (JUR 2008\87387), STSJ Andalucía de 29 noviembre 2007 (JUR 2008\267761), STSJ Extremadura 276/2007 de 22 noviembre (JUR 2008\84550), STSJ Extremadura 159/2007 de 18 junio (JUR 2007\293089), TSJ Castilla y León, Burgos 223/2007 de 27 abril (JUR 2007\136389).

<sup>123</sup> Art. 217 de la LEC. La STSJ Extremadura 334/2009 de 11 diciembre (JUR 2010\34247) no acepta la inversión de la carga de la prueba para que sea la Administración quien pruebe la condición española o la filiación.

<sup>124</sup> La STSJ Extremadura 222/2009 de 22 septiembre (JUR 2009\445252) utiliza el mismo planteamiento y entendió, para el caso concreto, que si existía prueba suficiente. En el mismo sentido, STSJ Extremadura 179/2007 de 12 julio (JUR 2007\307546), STSJ Extremadura 152/2007 de 12 junio (RJCA 2007\581). La TSJ Andalucía 646/2007 de 25 junio (JUR 2008\43299) considera que la mera tenencia de la documentación española es prueba de su nacionalidad de origen.

<sup>125</sup> STSJ Asturias 221/2007 de 26 octubre (JUR 2008\85775).

<sup>126</sup> STSJ Madrid 882/2010 de 20 julio (JUR 2010\344962).