

Sentencia del Tribunal Supremo sobre la nacionalidad de una saharauí

ELEGIR LA NADA

INTRODUCCION

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

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

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

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

4.- Al final del año, y cuando este comentario estaba casi acabado, recibimos un aniversario y recibimos dos malas noticias. El aniversario los 45 años del abandono y ocupación de Marruecos. La primera noticia, el reinicio de hostilidades entre las tropas del Frente Polisario y el ejército marroquí. La segunda, el reconocimiento de la soberanía marroquí por parte del presidente de los Estados Unidos. Ninguna de las cuestiones nos obliga a cambiar este escrito, es más, van a probar que la descolonización del Sahara es una tarea pendiente.

LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO HASTA LAS SENTENCIAS DE 2020

1.- Anteriormente a las resoluciones que vamos a comentar, el Tribunal de Casación había abordado el acceso a la nacionalidad española de las personas originarias del Sáhara desde distintas perspectivas. La primera, por la Sala Civil en su Sentencia de 28 de octubre de 1998, en la que se concede la nacionalidad en base a la posesión de estado del artículo 18 del Código Civil. Y, la segunda, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso de 7 de noviembre de 1999, la cual otorgaba la nacionalidad por el plazo abreviado de residencia por haber nacido en territorio español, en el que, a juicio del Tribunal, se incluía el Sáhara.

2.- La Sala Primera incidió más en el estatus de los habitantes, y llegó a afirmar: *“que en cualquier caso de lo que no cabe duda, con referencia a la “nacionalidad” de los saharahuis, durante el plazo de la tutela de nuestro Estado sobre el territorio del Sahara Occidental, es que ésta fue la española (de “españoles indígenas”, habla alguna disposición), pues resulta evidente, conforme a las reglas generales del Derecho de la nacionalidad, que “los naturales del territorio colonial carecen de un nacionalidad distinta de los del Estado colonizador, dado que no poseen una organización estatal propia.”*

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

Será precisamente la distinción entre territorio nacional y territorio español el argumento central de la Sala Tercera. Circunscrito el primer ámbito geográfico en exclusividad al territorio metropolitano; y el territorio español abarcaría, además del nacional, a las colonias españolas en África. Al incluir el Sáhara en esta segunda acepción, territorio español, el nacimiento de peticionario en la colonia permitía la adquisición de la nacionalidad española por residencia en el privilegiado plazo de un año.

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

4.- Se han dictado otras Sentencias del TS que, directa o tangencialmente, han abordado la naturaleza del territorio del Sáhara y la nacionalidad de quienes lo poblaban, por ejemplo, las dictadas en la jurisdicción penal. Pero sí resaltaremos un nutrido grupo de resoluciones dictadas por la Sala Tercera, por todas la de 17/05/2013, nº de Recurso 826/2011, que versaron sobre la concesión de las pensiones de supervivencia a los familiares de saharauis que hubieran prestado servicios en los disueltos cuerpos de Policía Territorial o en la Agrupación de Tropas

Nómadas. De hecho, tales pensiones se concedieron desde 1982 hasta 1998 con la presentación del DNI bilingüe, considerado como prueba suficiente para acreditar la nacionalidad española, ya que a los no nacionales que residían en estos territorios se les expedía otro tipo de documento o tarjeta.

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

LAS SENTENCIAS DE 2020

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

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

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

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

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

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

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

el segundo, que incluso de no haber sido así le correspondía la nacionalidad española originaria.

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

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

4.- La resolución no resulta extensa en sus argumentos, al contrario, es muy esquemática y parca en su exposición. Más allá de expresiones como “*el camino más seguro*”, se echa en falta una argumentación más razonada, sobre todo, como es nuestra opinión, se rompe con una jurisprudencia anterior que había consolidado la distinción entre territorio español y territorio nacional.

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

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

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

De otro lado, la concreta versión del Código Civil que aplican. La Sentencia de 1998 hubo de aplicar ya la reforma de 1990 sobre la nacionalidad, puesto que el acto administrativo se remonta a 1993, y la de 1999, bien pudiera ser que también, aunque por desgracia no hemos podido confirmarlo.

6.- La segunda sentencia de 2020, siendo la postulante una mujer de origen ecuatoguineano, los argumentos varían un tanto, aunque se llegue a misma conclusión y se afirma que:

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

7.- *La cuestión jurídica* del Sáhara ha sido objeto de innumerables estudios, que han abarcado prácticamente todas sus perspectivas jurídicas. Por ello, hemos elegido tan sólo algunos puntos, en relación con las dos resoluciones, que tratar.

Así intentaremos introducir aspectos del derecho colonial, hablar del territorio en el Código Civil, de los Dictámenes del Consejo de Estado, del distinto trato que se puede dispensar a la población, y por último esbozaremos una concepción de la nacionalidad, más apegada al derecho básico que constituye.

METROPOLIS Y COLONIAS

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

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

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

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

Tal proceder, empero, no era acorde con el derecho internacional y el proceso descolonizador surgido tras la segunda gran guerra. Desde esa perspectiva no cabía estimar que los enclaves ocupados estaban sometidos a la soberanía de los Estados metropolitanos, sino que se consideraba a estos últimos como una provisional Potencia administradora. Si hablamos de la nacionalidad de los pobladores de las colonias tampoco cabía considerarlos, sin más, como nacionales de la metròpoli si no se tenía en cuenta su voluntad. Aunque la atribución de ciudadanía (y empleamos el término como sinónimo de nacionalidad), en la práctica, ha sido un terreno en el que las potencias dominantes se han movido con más libertad.

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

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

4.- Nos movemos, pues, en un terreno en el que el derecho no nos ofrece siempre explicaciones clarificadoras, y en el que escasean las soluciones jurídicas. Así, no encontramos explicación plausible para que en la actualidad algunos espacios sigan considerándose territorios no autónomos, unos 16 o 17, según fuentes oficiales. Asimismo, excepto si se hace abstracción del peso diferente de los países en el tablero mundial, cuesta comprender las condiciones en las que antiguas colonias así consideradas, hoy hayan perdido tal condición y han pasado a ser partes integrantes, de hecho y de derecho, de la Potencia Administradora.

5.- En la época de provincialización del Sáhara, el régimen político era una dictadura, con la consiguiente falta de derechos y libertades básicas, por lo que las condiciones en que desarrolla cualquier asimilación eran necesariamente más limitadas. A ello habrá que unir, que por razones históricas la administración de los territorios africanos, no sólo las colonias o el protectorado marroquí, tuvo siempre un acusado sesgo militar.

EL TERRITORIO EN EL CODIGO CIVIL

1.- En el ámbito de la nacionalidad, las referencias del actual Código Civil actual al lugar de nacimiento son dos: territorio español y España. Ambas se usan en el artículo 17 que regula la nacionalidad de origen. Por su lado, en el artículo 22 (plazo abreviado para la nacionalidad por residencia) tan sólo se menciona el primero de ellos, territorio español. Ya no consta la mención, presente en la Exposición de Motivos de la reforma de 1954 al "*territorio nacional*", ni se observa que el término "*territorio provincial*", que menciona el recurso de la antigua DGRN, posea

una relevancia o sustantividad propias y diferenciadas de los otros, por lo que habrá que descartar su incidencia en la resolución de la litis.

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

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

3.- Respecto al territorio español del artículo 22, la jurisprudencia contenciosa diferencia entre territorio español y territorio nacional. Esta distinción ofrece, cuanto menos, una teoría jurídica no exenta de lógica, con base en los Dictámenes del Consejo de Estado sobre Guinea e Ifni de 1968, consideran a ambos espacios como territorio español pero no como partes pertenecientes al territorio nacional, posibilitando el acceso a la independencia y su devolución a Marruecos, respectivamente.

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

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

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

La redacción de 1982 no fue alterada en lo sustancial por la posterior reforma de 1990. El Preámbulo de esta última norma así lo expresa (*“se mantienen las líneas esenciales”*), remitiéndose, eso sí, a mejoras técnicas. De hecho, los apartados 1, 2 y 3 de 1982 se convertirán en los incisos a), b) y c) con idéntica

redacción. El término “territorio español” aparece en el punto 4 de 1982 y en el d) de 1990. En otras palabras, los términos “España” y “territorio español”, ya estaban presentes en el anterior texto.

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

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

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

7.- Si tal nacimiento, acaecido cuando el Sáhara se catalogaba como provincia, no se produjo en territorio español o en España, habrá que presumir que se produjo fuera del Estado Español. Es decir, que sucedió en un punto geográfico situado en el extranjero. Tal hipótesis no parece tener excesiva solidez, puesto que considerar el territorio colonial completamente externo no va muy acorde con el título para su administración, y ningún sentido tendría el inscribirlo en un Registro Civil también español, por muy peculiar o especial que se le califique.

8.- En consecuencia, los términos territorio español y territorio nacional han englobado, a lo largo de su historia reciente, diferentes extensiones y realidades geográficas, superponiéndose y compartiendo el contenido en no pocas ocasiones. Se puede atribuir a una deficiente técnica jurídica o a una falta de rigor en la delimitación de cada vocablo, pero lo cierto es que pretendían englobar la misma realidad. Al igual que los términos España y Estado Español no constituían materialidades diferentes. Realmente la depuración y delimitación de los conceptos se produce en vías de y tras la separación de las colonias. En suma, habrá que aceptar que cada uno de los sustantivos territoriales, el nacional y el español, han sido variable, y de esta forma, en cada concreta dimensión de momento, se han trasladado a las normas del Código Civil.

LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO

1.- La recurrente mención a los Dictámenes del Consejo de Estado de 1968 obliga a su análisis. Retengamos en un principio que analizaron los casos de desanexión de Ifni y Guinea Ecuatorial, y que ofrecieron razón sobre las cuestiones planteadas, entre otras, la vigencia de textos constitucionales anteriores, la virtualidad de la provincialización (muy especialmente el rango normativo que alumbró las provincias) o la intervención de las Cortes Generales en el proceso de separación de España. Valoraron, asimismo, el proceso asimilador desplegado por el franquismo en las colonias, o la naturaleza de las posesiones y de su población a la vista del proceso descolonizador de las Naciones Unidas.

2.- Tomamos como documento base de los criterios expuestos el estudio del ponente en ambas opiniones, Herrero de Miñón, en el Libro Jubilar de 1972 editado por el órgano consultivo. Sus argumentos, desplegados con amplitud y erudición, constituyeron la base doctrinal, desde el punto de vista del derecho interno, para que ambas colonias pudieran desvincularse del Estado Español sin que este sufriera en su integridad territorial. Aun cuando ambos territorios ostentaran la categoría de provincias, se distinguirá el territorio nacional propiamente dicho del espacio colonial. En este sentido, el Consejo se manifestó incluso contrariamente en muchos aspectos con lo que el régimen, o una parte de él, mantenía al respecto.

3.- De forma reiterada se ha achacado a las incongruencias del legislador de la época colonial, o al enfrentamiento entre los Ministerios de Presidencia y de Exteriores, la falta de claridad con respecto a la relación entre el espacio metropolitano y el de las colonias. Asimismo, parece opinión comúnmente aceptada que los Dictámenes se encargaron de enmendar tales confusiones.

Empero, no creemos que los factores citados sean los elementos que justifiquen de forma exclusiva la ausencia de un concepto diáfano del territorio. Ni fue así en otras experiencias coloniales, ni tampoco en la historia del Estado Español se ha mantenido una única concepción.

A nuestro juicio, no resulta sencillo definir la naturaleza del territorio de una entidad estatal, y más en ruptura con etapas anteriores, en la que los estados se definían por sus centros, la porosidad de las fronteras las hacía difíciles de establecer, y las soberanías se fundían unas en otras. La aparición y el reconocimiento de nuevas entidades estatales respondieron, en ocasiones, a otros factores, como el resultado de conflictos bélicos.

Y en segundo término, puesto que la expresión jurídica del Consejo se produce en un momento en el que el proceso de descolonización había mostrado experiencias conflictivas, en las que la voluntad de los pueblos colonizados y la actitud puramente represora de las metrópolis se habían revelado con crudeza.

5.- Son varias las teorías que se han ocupado de definir el territorio. Así, y en una exposición casi sumaria, se puede constatar que la tesis patrimonialista no goza de especial predicamento, y que otras concepciones consideran al territorio bien como un elemento constitutivo del estado y componente inescindible del mismo; bien como el ámbito geográfico en el que se plasma el poder estatal, el espacio en el que se extienden las normas jurídicas a una población, y constituye, en suma, la esfera, y también el límite, espacial de sus competencias.

Sin embargo, detractores de estas teorías inciden en su incapacidad para explicar el hecho colonial, en el que un territorio sometido a la autoridad (o soberanía, si se nos apura) se puede desgajar en un momento determinado, sin que quede afectada la integridad del Estado Metropolitano.

Para hacer frente a esta insuficiencia algunos autores acuden a la conformación de los Estados Nación y entienden el territorio como aquel en el que el grupo expresa en un ámbito espacial algo que no lo es, su propia identidad.

Sin duda, y así se reconoce por sus postulantes, en esta concepción el territorio adquiere una connotación simbólica y mítica, producto de un proceso histórico, en el que la extensión de un estado no se restringe al espacio vital en la actualidad, sino incluso se extiende a lo que se anhela, aquellas enclaves perdidos y que se consideran como irrenunciables.

Desde esta perspectiva, las diferencias entre un territorio nacional adscrito al límite espacial en el que se desarrolla el Estado Nación, y la geografía de los territorios coloniales resultan obvias, al ser innato el primero, y prescindible el segundo.

6.- A pesar de las interpretaciones que han quedado reflejadas, la conformación del territorio estatal sigue acarreado numerosas incógnitas, y no ofrece en todos los casos una respuesta completamente satisfactoria. Es más, pensamos que las concepciones territoriales están influenciadas por las concretas experiencias históricas. De tal forma que el espacio no depende exclusivamente de la voluntad de cada Estado, sino que es el producto de múltiples conflictos, a veces en competencia con otras entidades estatales que surgen coetáneamente.

Por lo que no resultará extraño que se reivindiquen espacios geográficos por varios Estados a la vez, a los que incluso se les atribuye el origen de la nación. Algunos hoy siguen en permanente disputa, y otros se vincularon, o dejaron de pertenecer, sucesivamente a consecuencia del resultado de conflictos bélicos.

Los mapas europeos previos y posteriores a la primera guerra mundial ejemplifican bien todos estos aspectos. Tras la conflagración surgen nuevas realidades estatales, a veces fugaces en el tiempo, se alteran las fronteras, se ocupan y se pierden regiones enteras, se suceden forzosos desplazamientos poblacionales y las colonias pasan de una manos a otras, de las de los perdedores a las de los victoriosos. La postguerra certificará la aparición de nuevas realidades nacionales y el derrumbe de viejos imperios, al tiempo que otros nuevos, incluso en la derrota, empiezan a esbozarse.

7.- Si a las colonias nos referimos, el hecho de su intercambio, su pérdida tras conflictos bélicos o las fórmulas de condominio, supuestos nada infrecuentes, permiten configurar el carácter de su territorio netamente dispar al metropolitano.

Aun así, tendremos que asumir la dificultad de explicar la diferente consideración de unas colonias y otras, en algún caso, concebidas a la imagen y semejanza de la entidad metropolitana. Tampoco resultará sencillo argumentar cómo antiguas colonias formen parte hoy de la Potencia Administradora, de hecho y de derecho. O como tras la independencia exista una disponibilidad territorial por parte de la antigua Metròpoli sustentada por las relaciones comerciales o las necesidades militares.

8.- Volviendo a los Dictámenes del Consejo creemos que hay que enmarcarlos en el contexto, tanto interno como internacional, que se observaba en el momento en el que se expresaron.

En primer lugar, contradecía las tesis de un influyente y bien instalado lobby colonialista, que llegó a sumar, en momentos determinados, a otros grupos del régimen. En un segundo término, cumplió la función de evitar que la pérdida de los territorios coloniales levantara un incómodo debate social, por muy difícilmente articulable que fuera dentro del franquismo, y que supusiera una debilidad en legitimidad del Estado. Sin dudar, estaba muy presente lo ocurrido en Francia en el proceso de independencia de Argelia.

Por último, sirvió para fijar la identidad del cuerpo y del territorio metropolitano. De tal forma que al territorio nacional se le otorga la cualidad de ser aquel que se identifica como tal, y en el que se enraíza su población. En resumen, el terri-

torio nacional es aquel en el que asienta la colectividad propia de la nación. Esta tesis ha sido mantenida y reiterada por su ponente en estudios posteriores.

9.- La construcción jurídica del Consejo tuvo distó mucho de levantar una aceptación unánime. Los partidarios de profundizar en la administración del Sáhara se enrocaron en su posición, y la devolución a Marruecos de Ifni albergó un movimiento opositor en las Cortes de dimensiones desconocidas hasta el momento. El conflicto bélico de finales de los años 50, la pérdida de vidas humanas de los militares allí destacados y una defensa a ultranza de la españolidad del enclave significaron argumentos de peso para aunar una insólita actitud contraria a la postura oficial del régimen.

Mejor suerte ha tenido la concepción del territorio nacional, muy presente, incluso hoy en día, en determinados círculos. Será en ese territorio, el real y el deseado (habría de incluirse a Gibraltar), en el que se integre y asiente una comunidad política. En esa comunidad, no tenía cabida ya, ni la escasa población de Ifni, ni la de Guinea Ecuatorial, ni va a tener acomodo en el entonces futuro próximo, el pueblo saharauí. A la par que se procedía a descolonizar se esbozaba también, una nueva identidad de la potencia administradora que es la que ha llegado a nuestros días.

A nivel de efectos prácticos los Dictámenes supusieron que en los casos de Ifni o Guinea se produjeran tanto la devolución a Marruecos como la independencia. Por el contrario, en el caso del Sáhara sirvieron al gobierno de 1975 para justificar el abandono del territorio sin que hubiera un Estado Sucesor. Se incumplía así el mandato intransferible de las Naciones Unidas.

10.- Aun así, la conclusión que España y el territorio español conformaban, en pasado muy cercano, no lo que se “poseía”, sino tan sólo lo que “era”, elude analizar la influencia (básicamente inexplorada) de lo que se poseía en el ser metropolitano,. Dicho de otra forma, lo que cada Estado era estaba condicionado también por lo que poseía.

LA POBLACION DE LAS COLONIAS

1.- Se podría predicar que una vez establecida la naturaleza del territorio, el mismo destino le aguarda a la población que lo habita. Es decir, que si fijamos la externalidad de la colonia respecto del territorio nacional, sus habitantes, en modo alguno, podrán invocar o ser acreedores de la nacionalidad metropolitana. Excepto que, en el momento de constituir una nueva realidad estatal, por parte de la potencia administradora se otorgue un derecho a optar entre la nueva ciudadanía y aquella que se supuestamente se ostentó durante el período colonial.

No creemos que tenga que ser necesariamente así.

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

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

3.- Su equiparación en estos derechos al resto de compatriotas no tuvo los efectos esperados por la Potencia Administradora, como sucedió en otras experiencias. Dudamos que, por aquel entonces, ello tornara más apetecible la presencia española o que la población autóctona aparcara sus anhelos de independencia. Pero resulta indudable que, paralelamente al reconocimiento y la consolidación de los derechos, el estado metropolitano adquiriera obligaciones jurídicas que antes no existían, más allá de la protección diplomática a los habitantes de las colonias, como era costumbre internacional. Lo importante es que junto a disposiciones excepcionales y transitorias para una población colonial, aparecieron otras con vocación de permanencia.

4.- En cuanto a las normas aplicables a la población saharauí, la asimilación no implica ni en su máximo exponente ni una traslación mimética de la legislación metropolitana, ni su exclusividad. En la práctica, se constata la coexistencia de diversas expresiones, o fuentes, jurídicas. Algunas, anteriores a la colonización, como la costumbre o la derivada del derecho musulmán. Estas últimas se interpretan o aplican por determinadas élites potenciadas en el interés de la potencia administradora: la Yemaa, los chejs tribales o los tribunales cheránicos.

Otra parte de las normas provienen directamente de la Metrópoli. En el caso concreto del Sahara lo fueron en un doble sentido. Algunas especiales para la colonia y el mantenimiento de su status, pero otras extendían paulatinamente derechos habituales para el resto de la metrópoli. Por ejemplo, sobre el derecho de asociación, acerca de la administración de justicia (con la peculiaridad de los tribunales mencionados en el párrafo anterior) o la normativa laboral. Y por último, algunas normas francamente excepcionales en el régimen como el respeto a la práctica de la religión musulmana o la que posibilitó la creación de partidos políticos, el PUNS, como instrumento para contrarrestar al nacido Frente Polisario. Que el ejercicio de tales derechos y su plasmación en la realidad, fuera más atenuado en las colonias no resta fuerza al argumento.

El reconocimiento de derechos no va a depender, además, de un proceso de descolonización inevitable pero escasamente planificado. Así, incluso en el proyecto de Estatuto de Autonomía de 1974 que no llegó a ver la luz, se mantenía expresamente la conservación de la nacionalidad española durante ese período.

5.- Si a la nacionalidad nos referimos, no se adivina que con precisión se diferenciara entre un régimen de ciudadanía estrictamente español y pleno, vinculado sólo a los originarios del territorio nacional, y una concepción de inferior mérito, aplicable a los naturales del Sáhara. En ausencia de distinciones, no cabe

concluir que hubiera un disfrute o beneficio de la nacionalidad predicable solo a la población autóctona, que se convirtió en plena, o fue un paso previo, a través del RD de 1976.

A diferencia de otros países, no se concibió una ciudadanía indígena puramente local y, paralelamente, una metropolitana. La asimilación, en ningún caso perfecta, se llevó en este terreno a sus últimas consecuencias, fuera o no lo coherente hacer distinciones formales entre naturales de la colonia y del resto del Estado.

Por lo que habrán de incluirse las normas sobre nacionalidad contenidas en el Código Civil en la redacción que tuviera en ese momento, que era la de 1954.

6.- La simbología del régimen, y a la significación de la figura que lo encabezaba, se transmitía una estrecha relación convergencia de intereses entre los pueblos español y saharauí.

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

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

1.- A diferencia de lo que se mantiene en la resolución que comentamos, tampoco la Ley de Descolonización de 1975, o el RD de opción de nacionalidad del año siguiente suponen argumentos de peso para motivar la denegación de la nacionalidad.

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

Más allá de incidir en la falta de la eficacia jurídica de los Preámbulos, en un apresurado análisis se podría afirmar que es fruto de la utilización habitual de ambos términos habitual en el ordenamiento de la época. No podemos compartir tal conclusión, sino que estimamos que se redactó en consonancia con los Dictámenes del Consejo de Estado antedichos. No podemos establecer otra conclusión si se observan otras frases en las que se hace referencia al *“régimen peculiar con analogías al provincial”*, y a la Carta de las Naciones Unidas, aspectos en los que incidió la respuesta del Consejo de Estado. Y confirmatorio de todo ello es el Discurso del Ministro de Presidencia a las Cortes Generales a fin de informar u obtener el consentimiento que fuera necesario.

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

2.- La ley de 1975 legitima el abandono del territorio por parte de la que aun a día de hoy es la potencia administradora, como nos ha recordado el Tribunal de Unión Europea. La solución adoptada, una gestión conjunta con Marruecos y

Mauritania, no llevó a la práctica y la consecuencia directa ha sido una ocupación militar del reino alauita. La condición de Potencia Administradora no podía ser cedida a terceros ni renunciada unilateralmente, quizás con la excepción de conferirla a las propias Naciones Unidas. Desde este punto de vista, la ley carece de respaldo en el derecho internacional.

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

LA NACIONALIDAD COMO DERECHO

1.- En el supuesto analizado en la resolución de mayo no hay ningún dato que permita deducir que la solicitante ostentara otra nacionalidad distinta de la pedida. Sabemos que era poseedora de un pasaporte argelino, el cual, según consolidado criterio, no otorga tal ciudadanía. El acceso a la nacionalidad marroquí no es una alternativa plausible si no se concurre voluntariedad en adquirirla.

De lo que relata la sentencia, la demandante reside en España, puesto que la solicitud se cursa a través de un Registro Civil sito en la geografía española.

Por último, ambos progenitores también son de origen saharauí.

2.- Como es bien sabido, el pueblo saharauí se encuentra diseminado en varias zonas geográficas. En los antiguos territorios de administración española, hoy ocupados por Marruecos. En otros casos, en campos de refugiados del desierto argelino, o con pasaportes del estado de Mauritania.

Una parte se encuentra en España. En este sentido, la antigua metrópoli ha sido descubierta o redescubierta, incluso con la relación administrativa rota. Se observa asimismo que incluso desde la lejanía no se desvinculan del resto de la población, y que viajan con frecuencia a los campamentos y que son el mejor altavoz de la causa que enarbolan, provocando, además, importantes muestras de solidaridad.

3.- En estas condiciones, una parte del colectivo proveniente del Sáhara ha optado por que se le reconozca el estatus de apatridia. Supone, sin duda, una petición coherente, que implica reconocer la ausencia de una nacionalidad reconocida internacionalmente a la espera de ejercer el derecho de autodeterminación y tener la posibilidad de constituir un Estado propio.

Es también como la expresión de un grupo humano que ni se contempló como español en su momento, ni ahora quiere que se le tome por parte integrante de Marruecos, ni se le estime dependiente, a un nivel tan básico como el documental, de las autoridades argelinas o mauritanas.

Ha habido, sin embargo, saharauis que han reclamado, con persistencia, la nacionalidad española, en base a las vías posibles, entre ellas las abiertas por las Sentencias de 1998 y 1999. La primera de ellas, no desplegó los efectos prácticos que podría esperarse, y obliga a presentar una ingente cantidad de documentación que nunca es fácil de conseguir para acreditar la posesión de estado. El camino a

recorrer en la segunda presupone un punto de partida que es la residencia regular por un plazo de al menos dos años, pero implica partir de la condición de extranjería, que tampoco contempla trato favorable al colectivo saharauí.

4.- Cualquiera de las alternativas que se elija está influenciada por las especiales circunstancias en las que se encuentra la población saharauí. Qué decir de la penalidad de la vida en los campamentos de refugiados. Algo muy distinto a la movilidad que puede otorgar una nacionalidad o documentación europeas. No faltan especiales lazos que se tejieron el tiempo en que fue colonia española. Y sobre todo depende de la voluntad de cada saharauí.

5.- El Sáhara es un tema incómodo. Hablar de las antiguas colonias supone retrotraerse a situaciones del pasado que no se quieren remover. Cuestionar la situación actual de bloqueo podría agitar las aguas allende el Estrecho y perturbar intereses políticos y económicos. Tampoco a nivel internacional se adivina una coyuntura favorable para ejercer el derecho de autodeterminación.

La resolución de mayo de 2020 es, a nuestro juicio, un buen ejemplo de esta incomodidad. No podría explicarse su escueta y esquemática redacción, a diferencia de sus precedentes. Faltaría por abordar otras vías de acceso a la nacionalidad de origen que se estiman desde ahora carentes de mucha virtualidad. En la práctica parece consagrarse la situación de la apatridia para quienes provengan del Sahara frente a anteriores doctrinas.

6.- El concepto actual de nacionalidad tiene innegables influencias de la arquitectura de los estados-nación europeos. La vinculación a uno de ellos no solo comporta un cúmulo de derechos y deberes, o determina la legislación aplicable al estado civil, sino que transmite igualmente pertenencia efectiva a una única comunidad nacional.

En consecuencia, las categorías de español y extranjero se establecen como mutuamente excluyentes. Para completar este círculo, leyes específicas de extranjería articulan multiplicidad de aspectos, no solo la entrada o la residencia, sino también los derechos a los que se puede acceder y su ejercicio.

7.- Cabe decir que esta concepción de la nacionalidad, íntimamente unida al reconocimiento del Estado o de la nación, ha de matizarse.

Existen, de un lado, situaciones que se tachan como *anomalías*, como por ejemplo, las situaciones de doble nacionalidad, algunas reguladas por convenios internacionales y otras manifestadas en la práctica. En una concepción rígida, resultaría incompatible la pertenencia a dos comunidades diferentes a la vez. Nuestro derecho encontró en el concepto hispanidad un fundamento explicativo para los convenios de doble ciudadanía.

En otras ocasiones la adquisición de la nacionalidad, o la atemperación de su plazo, responde a relaciones históricas o reparadoras, como Iberoamérica, o la Ley de Memoria Histórica. Por último, la redacción del Código Civil contempla a personas originarias de antiguas colonias como Guinea Ecuatorial o Filipinas. El Sáhara no tiene cabida en estas listas.

Constituye un supuesto más cercano en el tiempo, la ciudadanía europea, basada siempre en la nacionalidad de cada estado, que nos daría lugar a una tercera categoría de seres humanos, la de quienes sin ser nacionales, tampoco cabe estimar que son “simples extranjeros”, o son, en una expresión poco técnica, algo menos extranjeros.

Pero la excepción más importante es precisamente su ausencia: la apatridia. En ocasiones por la negativa de los estados a reconocer como nacionales a parte de sus habitantes, otras por porque las legislaciones de uno y otro país no otorgar ninguna de las ciudadanías, como la que se plasmaba en Ceuta y Melilla, en la que miles de ciudadanos "musulmanes" quedaron atrapados entre la nueva ley de extranjería, la desidia administrativa y la negativa de Marruecos de otorgarles pasaportes. El proceso de nacionalización de 1986-87 atenuó, siquiera parcialmente, la situación. Que sea un problema completamente solucionado hoy en día en todos sus aspectos está en cuestión, a tenor de las informaciones de colectivos de ayuda a inmigrantes.

8.- En un ejercicio de imaginación jurídica nos permitimos tomar prestado el concepto *propio país* del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En su elaboración por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas es más *amplio que el de "país de su nacionalidad"*. *No se limita a la nacionalidad en el sentido formal, es decir, a la nacionalidad recibida por nacimiento o naturalización; comprende, cuando menos, a la persona que, debido a vínculos especiales o a pretensiones en relación con un país determinado, no puede ser considerada como un simple extranjero.*

Somos conscientes que considerar el propio país implica verificar *factores distintos de la nacionalidad que pueden forjar vínculos estrechos y duraderos entre una persona y un país, vínculos que pueden ser más sólidos que los de nacionalidad e invita a considerar asuntos tales como la residencia prolongada, la solidez de los vínculos personales y familiares y la intención de permanecer, así como la ausencia de ese tipo de vínculos en otro lugar.*

No podemos negar que equiparar ambas situaciones jurídicas, la de quienes están pendientes de deportación y la de la comunidad saharauí que reclama su nacionalidad española, sea más un intento de voluntarismo, un punto de partida desarrollado aun en trazos gruesos. Pero al menos nos ayuda a considerar las relaciones mantenidas en la época colonial, a constatar que no tienen otra nacionalidad a la que optar ni un territorio (ocupado) al que volver. En este contexto, no podemos postular que el colectivo del Sahara carezca de vinculación con el país, ni que su idea de crear otro estado con su correlativa ciudadanía, invalide una permanencia en nuestro Estado tan provisional que dura 45 años, y les suma en la apatridia.

La nacionalidad es algo más que un otorgamiento unilateral del Estado. Constituye un derecho básico consagrado a nivel internacional. No solamente a establecer su vinculación con el Estado en concreto, sino a que este le dispense el amparo jurídico del Estado con el que se vincule, y a no verse privado de sus derechos políticos y civiles. Es posible que cualquier solución jurídica a la cuestión saharauí esté en muchos manos, la de la comunidad internacional, la del legislador español, pero a quienes se consideran españoles les debemos el amparo jurídico que otorga una nacionalidad.

9.- Si la amabilidad de quien ha leído este texto ha llegado tan lejos, sólo pediremos indulgencia para este comentarista a tiempo parcial de Sentencias. Siempre es bueno acabar con un clásico, como William Faulkner, quien en una de sus novelas, nos abocaba a elegir, en el mundo de los afectos y también en el de las carencias, entre la pena y la nada. Podemos decir que, en el caso del colectivo saharauí, la Sala Civil ha optado por esta última. A quienes no compartimos la idea, nos quedaría, pues, inclinarnos por la pena. Sin embargo, la pena no es una

buena forma de vida ni, sobre todo, un remedio jurídico que desde hace 45 años demanda un pueblo cada vez más nómada, pero cada vez menos libre.

OSCAR VELLISCA SAEZ- ABOGADO
ILUUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACIA DE BIZKAIA