

El Sahara no puede ser considerado España a los efectos de la nacionalidad de origen

Comentario a la [STS de 29 de mayo de 2020](#)

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

La sentencia recurrida había declarado la nacionalidad española de origen aplicando el artículo 17.1 c) del Código Civil, que reconoce ese estatus a «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». El pleno de la sala considera que el Sahara Occidental no formaba parte de España a los efectos de dicha norma.

Se reconoce la condición colonial del Sahara y que, por tanto, el Sahara no puede ser considerado España a los efectos de la nacionalidad de origen contemplada en el artículo 17.1 c) del CC. En otras palabras, no son nacidos en España quienes nacieron en un territorio durante la etapa en que fue colonia española. La anterior interpretación, además, es armónica con la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que viene reconociendo el estado de apátridas a las personas nacidas en el Sahara Occidental antes de su descolonización, cuyas circunstancias son similares a las de la demandante del presente litigio. Voto particular.

Palabras clave: nacionalidad; adquisición de origen; Sahara; interpretación del artículo 17.1 c) del Código Civil.

Fecha de entrada: 11-06-2020 / Fecha de aceptación: 26-06-2020

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de junio de 2020).

Le sentencia es interesante porque casa la dictada por la Audiencia Provincial de Baleares, admitiendo la concesión de la nacionalidad de origen de una persona nacida en el Sahara occidental en el año 1973, que solicitó ser considerada española de origen y pedía ser inscrito su nacimiento en el registro consular, cuando aquella, a su vez, había revocado la del juzgado de primera instancia, desestimando la petición.

El asunto es sensible, y las frecuentes peticiones de nacionalidad de origen de los nacidos en el Sahara, ahora apátridas, y las sentencias de los juzgados de primera instancia no siempre son coincidentes. Detrás de la legalidad, se esconde también una sutileza de sensibilidad y una interpretación singular de la condición de español o no de origen, como la interpretación del *ius soli* a los efectos de conseguir la deseada nacionalidad. Sin embargo, la DGRN deniega esta condición de nacionales a quienes, en todo caso, un día fueron tenidos por nacionales de segundo orden, pero con carácter provisional, como se explicará. De otro lado, en esta sentencia no se hace referencia alguna al trato de discriminación, o a la falta de igualdad, a veces invocada en algunas de las peticiones; por ello, simplemente por ello, me limito a concretar los requisitos que habría permitido analizar una petición basada en esta premisa de la igualdad: Nos dice la SAP de Asturias, Sección 6.ª, de 13 de noviembre de 2018, núm. 417/2018, rec. núm. 382/2018 que:

Ciertamente el derecho a la igualdad, en su perspectiva de igualdad en la aplicación de la ley, tal como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, en doctrina pacífica y constante, proscribiera el tratamiento desigual de situaciones idénticas –dentro de la legalidad–, a menos que exista una justificación objetiva y razonable en la que fundamentar esa desigualdad de trato.

El trato discriminatorio, para que pudiera ser objeto de revisión en casación, tendría que haberse basado –no es el caso– en 1) que el recurrente «ofrezca un término de comparación idéntico, no simplemente semejante o análogo; 2) que la desigualdad de trato carezca de una justificación objetiva y razonable; 3) que, siempre y en todo caso, la actuación administrativa ofrecida como término de comparación sea legalmente irreprochable».

Pero, evidentemente, la DGRN y la Fiscalía se oponen al pronunciamiento de la audiencia provincial, manteniendo la postura coincidente y discrepante con ella, a semejanza de otros casos de la misma naturaleza. Como digo, no son pocos los nacidos en esa tierra que pretenden la aplicación e interpretación favorable del artículo 17.1 c) del Código Civil, pues este precepto dice literalmente: «Son españoles de origen: Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad». El debate está así centrado y no deja de ser polémico. De hecho, el juzgado de primera instancia procedió a rechazar la demanda, admitiendo los argumentos de la DRGN y de la Fiscalía; sin embargo, la audiencia revoca singularmente esta decisión, que no debe entenderse como un pronunciamiento *extra petita*, razón por la cual el Supremo desestima uno de los recursos de la DGRN, el extraordinario por infracción procesal al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 de la LEC y del artículo 218.1 de la LEC en relación con el artículo 24 de la Constitución, también con la oposición del fiscal.

Y decimos que no deja de ser polémico, pues, junto a decisiones judiciales estimatorias, otras combinan la desestimación, y siendo que el origen de la doctrina en este caso se centra en la Sentencia del Supremo de 7 de noviembre de 1999, pues según esta no se tiene en cuenta «la consideración del Sahara como potencia colonizada y que quedó liberada tras el correspondiente proceso colonizador»; (4) que «la historia del Sahara Occidental ha sufrido una evolución histórica que por cuestiones relacionadas con el derecho internacional primero llevó a no considerar nunca el Sahara Occidental como territorio español, sino como territorio provincial»; y (5) que la sentencia recurrida «ha desnaturalizado el criterio del *ius soli* como criterio de acceso a la nacionalidad de origen». El debate, entonces, queda centrado en la postura del Supremo según doctrina, que considera vulnerada la DGRN y la Fiscalía, y la posición que defiende la mujer –a la que la Audiencia le dio la razón en una interpretación singular del *ius soli*–, la cual es como sigue, en síntesis: en el fondo, el Sahara estaba sometido a la autoridad del Estado español, formara o no parte del territorio nacional en 1999; se alega la condición de apátrida y se considera interpretación restrictiva del término español del artículo 17 en contra de la doctrina de la DGRN. Por su parte, la audiencia fundó la admisión de la nacionalidad española en que se había probado que los padres eran españoles y ella apátrida; por consiguiente, que no se invocara expresamente el artículo 17 del CC no era obstáculo a su aplicación, por cuanto se pedía la nacionalidad española de origen desde la fecha del nacimiento.

Se dice en la sentencia que no hay españolidad de origen porque el Sahara fue, en todo caso, una metrópoli, o una colonia, con un estatus especial (tenían DNI, pasaporte, pero distinto a los genuinos españoles). Su inicial consideración de nacionales de segundo orden (derivada de la resolución de la Corte de Justicia Internacional de 16 de octubre de 1975) queda anulada por el Decreto de 10 de agosto de 1976 y la Ley de 19 de noviembre de 1975 de Descolonización, «según la cual el Sahara nunca ha formado parte del territorio español».

De otro lado, el Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, les permitía, por el plazo de un año, optar por la nacionalidad española. Ahora, ella es una apátrida y no ha adquirido la

nacionalidad por posesión de estado –al no demostrarlo–. Es muy interesante la referencia que hace el Supremo a la sentencia que invoca la demandante en el recurso de casación. Respecto de esa, se dice:

Es cierto que algunas consideraciones de la sentencia de esta sala 1026/1998, de 28 de octubre, especialmente las relativas a la «provincialización» del Sahara, parecen apoyar la tesis de la demandante, y lo mismo sucede con la sentencia de esta sala de 22 de febrero de 1977 en cuanto consideró que El Aiún era España en el año 1972. Debe tenerse en cuenta que, tras la descolonización, se establecieron distintos estatus jurídicos en la población saharai; no todos por tanto tenían la misma consideración, lo cual significada, según el dictamen núm. 36.017/1968 para el caso de Guinea y dictamen 36.227/1968 para el caso de Ifni y la obra de cualificados estudiosos, a partir del examen pormenorizado de las disposiciones dictadas en relación con aquellos territorios, que se llegara a conclusiones fundadas acerca de las diferencias entre territorio nacional y territorios coloniales (entre estos, por consecuencia, el Sahara Occidental).

Y por estas diferencias de estatus o disimilitudes, aquí, en esta sentencia, el Tribunal Supremo reitera la conveniencia de analizar por separado y caso a caso. El caso en concreto, desde la perspectiva de la aplicación del artículo 14 de la CE, el de la igualdad. Es decir, no obstante la doctrina rechaza la concesión de la nacionalidad de origen, la vía de la igualdad está abierta, habida cuenta las diferencias de estatus entre los saharauis.

La sentencia alude a la imposibilidad de conceder la nacionalidad por residencia porque dice que no se ha demostrado que la ostentara. Se basa en el artículo 18 del CC: «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, es causa de consolidación de la nacionalidad, aunque se anule el título que la originó». Para interpretar este artículo y aplicarlo al saharai hemos de considerar la siguiente doctrina: la necesidad de que el agente posea un título, por ejemplo, haber sido español «indígena» nacido en territorio español, según dispone el artículo 17, 1-d) del Código Civil («Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español») y para favorecer la nacionalidad adquirida por el *ius soli*, evitando la apátrida.

Pero como dice la STS que estudiamos y parafraseamos:

Si el territorio de marras, calificado como español, fue luego considerado no español, según las disposiciones que se dejaron mencionadas, ello no significa que al amparo de la calificación, bajo la que se desarrollaron o tuvieron ocurrencia los hechos determinantes del título, no se produjera una apariencia legitimadora, pese a la anulación posterior de la razón jurídica sustentadora. Como afirma la doctrina, «si se llega a demostrar que quien estaba beneficiándose de la nacionalidad espa-

ñola *iure sanguinis* o *iure soli*, no era, en realidad español» (en este caso supondría que no tenía la plena nacionalidad), al ser nulo el título de atribución respectivo, no parece justo que la eficacia retroactiva de la nulidad (recogida *expressis verbis* en la Ley descolonizadora EDL 1975/2060) se lleve a sus últimas consecuencias en materia de nacionalidad.

Parece que aquí se abre una puerta de reconocimiento de la nacionalidad por la posesión de estado, a quien originariamente era considerado como español y generó una «apariencia legitimadora» por *iure soli* o *sanguinis*, sin que la nulidad del título posterior lleve hasta las últimas consecuencias la denegación automática de la nacionalidad por posesión de estado.

Ahora bien, en esta sentencia que comento sucede que el Tribunal Supremo dice que no se ha probado. Para demostrar la «posesión y el disfrute o uso de la nacionalidad española hacen falta "signos de la posesión de estado que acreditan indirectamente los datos de hecho que constan en documentos administrativos", u otros datos de uso continuado de la nacionalidad, al igual que los españoles (pasaporte español», documentos determinantes de lugar de nacimiento y domicilio, uso del pasaporte equiparado al DNI español, servicios prestados, trabajo, etc.).

La discusión se cierra en torno a la posesión de estado con la siguiente opinión:

Es cierto que algunas consideraciones de la sentencia de esta sala 1026/1998, de 28 de octubre, especialmente las relativas a la «provincialización» del Sahara, parecen apoyar la tesis de la demandante, y lo mismo sucede con la sentencia de esta sala de 22 de febrero de 1977 en cuanto consideró que El Aiún era España en el año 1972, pero la primera no versa sobre la nacionalidad de origen, sino sobre la posesión de estado de nacional español y su utilización continuada durante al menos diez años (art. 18 CC (EDL 1889/1)), y la segunda trató del inicio del plazo de caducidad de la acción de impugnación de la filiación conforme al párrafo segundo del art. 113 CC (EDL 1889/1) en su redacción originaria.

Es decir, no probada la posesión de estado conforme a los criterios indicados, el tema se centra en la nacionalidad de origen y en el estudio del estatus de la demandante de nacionalidad con arreglo a los criterios España y español, reconociendo el Tribunal Supremo que hay diversas interpretaciones para tratar el tema, tanto doctrinales como jurisprudenciales; pero en aras de la seguridad jurídica se decanta por el elemento elegido por el fiscal, al apoyar el recurso de la DGRN, es decir, por el examen de la legalidad ordinario de las normas que regularon el tránsito del Sahara a su situación actual. Y desde esta posición va a resolver el problema.

Las normas a considerar son las siguientes: 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. La primera se centra en la descolonización del Sahara, la segunda en las vías alternativa por un año para optar por

la nacionalidad española. Y esto es lo que hay y lo que proporciona seguridad jurídica. Por ello, el Supremo concluye tajantemente así:

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 artículo 17.1 c) del CC. En otras palabras, no son nacidos en España quienes nacieron en un territorio durante la etapa en que fue colonia española.

Como es obvio, con esta máxima difícilmente la demanda podía prosperar y la casación sí. Al fin y al cabo, ya no se discute la consideración de apátridas de estas gentes desde las sentencias de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2007 y 18 de julio de 2008, que vienen reconociendo el estado de apátridas a las personas nacidas en el Sahara Occidental antes de su descolonización, como medida de protección a estas personas y ante la falta de nacionalidad reconocida, pues de no concederse ese estado, «como tampoco se está procediendo al reconocimiento de la nacionalidad argelina por los saharauis, la cual, por otra parte, como ocurre con el Reino de Marruecos, tampoco es solicitada o deseada por los mismos», y se deja desprotegida en su totalidad a la persona. De ahí que se le confiera el estatuto del apátrida y se descarte su nacionalidad, en nuestro caso, la española.

En el mismo sentido la STS (Contencioso), Sección 5.ª, de 20 de noviembre de 2007, rec. núm. 10503/2003:

En tan prolongada situación –y pendientes del cumplimiento del expresado mandato de las Naciones Unidas, concretado en la Resolución de referencia– resulta evidente que, mientras tal evento no se produzca, no resulta de recibo el negar la condición de apátrida –como hace el Ministerio de Interior– con fundamento en que resulta posible optar por la nacionalidad marroquí, pues se trata de la nacionalidad del país que ocupó el territorio antes ocupado por los saharauis, que de una forma tácita, pero evidente, rechazaron tal opción al abandonar el territorio y pasar como refugiados al vecino país de Argelia.

En definitiva, ir a la protección por la apatridia supone negar la condición de español de origen; y no probada la posesión de estado, el Tribunal Supremo casa la sentencia de la audiencia provincial y se fundamenta en la seguridad jurídica que le proporciona acudir a la normativa reguladora del tránsito del Sahara desde su descolonización, fuera o no colonia. Hubo un tiempo para optar por la nacionalidad española y los supuestos legales no amparan precisamente a la demandante. El fiscal se centró en su apoyo al recurso en lo esencial, como así lo indica la sentencia; la legalidad ordinaria permite soslayar las diversas interpretaciones jurisprudenciales o doctrinales divergentes.