

NACIONALIDAD, IGUALDAD Y DESCOLONIZACION

Comentario a la STS (Sala 1.^a) de 28 de octubre de 1998 (1)

CARLOS RUIZ MIGUEL

SUMARIO: 1. LOS HECHOS Y EL CONTEXTO: A) *Los hechos del caso.* B) *El contexto jurídico objetivo:* a) *El Derecho administrativo.* b) *El Derecho internacional público.* c) *El Derecho de la nacionalidad.* d) *El Derecho Constitucional.*—2. LA DOCTRINA SENTADA POR EL TS. CRÍTICA: A) *Naturaleza del litigio.* B) *El orden jurisdiccional competente y el procedimiento de amparo ordinario de los derechos fundamentales.* C) *El tipo de nacionalidad controvertido: incongruencia.* D) *El principio de igualdad.* E) *La descolonización del Sahara.*—3. CONCLUSIONES. REFLEXIÓN FINAL.

1. LOS HECHOS Y EL CONTEXTO

A) *Los hechos del caso*

1. El recurrente, Sr. Badadi Mohamed Mulud, nació en El Aaiún, capital del Sahara Occidental el 19 de marzo de 1950, habiendo cursado la enseñanza secundaria en el «Instituto Nacional de Enseñanza Media de Aaiún (Sahara)». Desempeñó el cargo de Jefe Territorial de la Organización Juvenil del Sahara por designación del Delegado Nacional de la Juventud, dependiente de la Secretaría General del Movimiento, para lo cual tuvo que prometer «sentir la responsabilidad de ser español dentro de la necesaria comunidad de los pueblos»,

(1) Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, José Almagro Nosete, Antonio Gullón Ballesteros, Xavier O'Callaghan Muñoz y Eduardo Fernández-Cid de Temes) de 28 de octubre de 1998, ponente: José Almagro Nosete. El texto más completo de esta sentencia (antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos) se halla publicado en *La Ley* (6 de noviembre de 1998) y en *Actualidad Civil* (núm. 6, semana 8 al 14 de febrero de 1999).

«servir a su Patria (España)» y «procurar la unidad entre sus tierras y sus hombres». Entre el 1 de enero de 1967 y el 1 de enero de 1970, el Sr. Mohamed prestó servicios en el Gobierno General del Sahara Español como ordenanza intérprete en el Juzgado Territorial. Habiendo cesado en este puesto, desde el 1 de marzo de 1970 hasta el 30 de julio de 1975 prestó servicios como auxiliar administrativo en la Gerencia Provincial del PPO (Programa de Promoción Obrera) de la Delegación Provincial (Sahara) del Ministerio de Trabajo. El Sr. Mohamed estaba en posesión del Documento Nacional de Identidad (Sahara) bilingüe y de pasaporte español en el que consta expresamente su nacionalidad española, expedido en El Aaiún el 21 de diciembre de 1973 y con fecha de caducidad de 20 de diciembre de 1978.

2. En 1993, el Sr. Mohamed acude al Registro Central de Madrid para solicitar su partida de nacimiento, pero se le extiende certificación negativa. A continuación dirigió a la Dirección General de los Registros y del Notariado un escrito solicitando el reconocimiento de su nacionalidad española, que fue contestado negativamente mediante Resolución de 9 de septiembre de 1993 en la que se declaraba textualmente que «el Sahara nunca fue territorio español a efectos de adquisición de la nacionalidad, ni sus habitantes fueron españoles en sentido estricto, sino que aquel territorio se entendía sometido a la soberanía española y sus habitantes súbditos españoles, pero no nacionales». Dicha resolución añadía: «hoy día, transcurrido en exceso el plazo que se concedió para que los habitantes de la antigua Colonia española pudieran hacerse españoles con plenitud de derechos, mediante una solicitud específica, es de aplicación el régimen general y por lo tanto para adquirir la nacionalidad española ha de aplicarse el plazo general de residencia "legal" de diez años». Frente a esta resolución, la representación del Sr. Mohamed interpone demanda de amparo ordinario civil contra el Estado Español, en virtud de lo previsto en los artículos 11 y siguientes de la Ley 62/1978, alegando vulneración del derecho a la igualdad en el ejercicio del derecho a la nacionalidad (2). El Ministerio Fiscal

(2) Además de esta demanda civil, la representación del actor inició otro procedimiento. Solicitó al Ministerio de Administraciones Públicas que hiciera constar el carácter de funcionario público del Sr. Mohamed (que llevaba entonces consigo la condición de español), pero el Ministerio contestó que, aparte de otras razones, se produjo la pérdida de la nacionalidad española y consecuente condición de funcionario. Contra ese acto, se formuló recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, que fue desestimado mediante sentencia dictada en julio de 1998, la cual ha sido recurrida en casación ante el Tribunal Supremo sin que se haya aún resuelto este asunto. Tomo estos datos de un trabajo publicado por la Abogada del Sr. Mohamed, MARÍA JOSÉ FISAC: «La privación de la nacionalidad como violación de los derechos humanos civiles de los saharauis. El enjuiciamiento por el Tribunal Supremo Español de la descolonización del Sa-

se opuso a la demanda, la cual se sustanció en los Autos 129/1994 seguidos ante el Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción núm. 58 de Madrid que desembocaron en una sentencia desestimatoria de 3 de marzo de 1995 que determinó que el orden jurisdiccional competente era el contencioso-administrativo. Frente a esta decisión se interpuso recurso de apelación admitido y sustanciado por la Audiencia Provincial de Madrid, la cual lo desestimó mediante Sentencia de 16 de enero de 1996. Contra esta última resolución se interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo (Recurso 617/1996). La representación del Sr. Mohamed adujo dos motivos casacionales. Conforme al primero (art. 1692.1 LEC) estimó que la sentencia de la Audiencia Provincial declarándose incompetente incurría en defecto de jurisdicción infringiendo fundamentalmente los artículos 9 y 22 LOPJ y 51 y 63 LEC; conforme al segundo (art. 1692.4 LEC) consideró básicamente que se había infringido el artículo 14 CE en relación con los artículos 11.1 y 2 del mismo texto. La Abogacía del Estado, por su parte, se opuso a ambos motivos del recurso. En cuanto al primero, entre otras cosas, afirmó que el acto que da origen al pleito (una resolución de la DGRN) es un acto de la Administración Pública sujeto al Derecho administrativo, por lo que, de estimarse que afectaba a un derecho fundamental, el cauce adecuado, de acuerdo con la Disposición Transitoria 2.^a2 LOTC era el amparo ordinario contencioso-administrativo (Sección 2.^a de la Ley 62/1978, entonces vigente); por lo que respecta al segundo motivo, afirmó que las normas sobre discriminación invocadas para nada afectaban a la cuestión litigiosa. Finalmente, el Ministerio Fiscal modificó la postura que había sostenido en las instancias inferiores adhiriéndose al recurso. De esta suerte, y en relación con el primer motivo, opina que la declaración de nacionalidad es una cuestión civil «sin perjuicio de que esa declaración tenga efectos sobre una resolución de la DGRN, de cuya impugnación no se trata en este pleito, como no podía tratarse, por lo demás» (¿?); por lo que respecta al segundo motivo, no constan en los antecedentes de hecho de la sentencia consideraciones dignas de mención.

B) *El contexto jurídico objetivo*

Para una adecuada comprensión de la sentencia que nos proponemos comentar, creemos conveniente, después de exponer las circunstancias singulares del caso enjuiciado, tratar acerca de la situación jurídico-objetiva en cuyo marco se desenvuelve este supuesto. A estos efectos, examinaremos cuál es el contexto civil, administrativo, constitucional e internacional del asunto.

a) *El Derecho administrativo*

1. El asunto que comentamos trata sobre un problema de nacionalidad de un individuo originario del antiguo Sahara español. Procede, en consecuencia, repasar cuál era la situación jurídico-administrativa de este territorio. Dejando al margen momentos históricos anteriores (3), la última presencia continuada e ininterrumpida hasta 1976 de España en el territorio del Sahara Occidental se remonta a 1884 (4). En un primer momento, la Real Orden de 26 de diciembre de 1884 declaró el «protectorado» español sobre el Sahara. Sin embargo, muy pronto España transformó dicho territorio en «colonia» en virtud de sus facultades soberanas que los países extranjeros reconocieron en diversas ocasiones. Este carácter colonial va a persistir formalmente hasta 1958 fecha en la que se produce un hecho de enorme importancia. Se puso fin, no expresamente, al *status* colonial del Sahara, al erigir a éste y a Ifni en provincias españolas (5). La misma medida se adoptó en lo marítimo (6). Estas decisiones encuentran su explicación como respuesta a la oleada de la descolonización. Ante ese reto España tenía dos opciones: o seguir la vía inglesa (y francesa, en un primer momento), esto es, gestar un Estado filial que, por razones de supervivencia, quedara estrechamente ligado a la metrópoli o seguir la vía portuguesa (y francesa después) de «provincializar» («departamentalizar» en el caso francés), esto es, españolizar, el Sahara. Quizás la primera hubiese sido más inteligente para un largo plazo. En todo caso se adoptó la segunda, medida ésta que hubiese sido plausible de haberse mantenido con tenacidad y coherencia, cosa que no se hizo.

En efecto, la política española en este terreno muy pronto va a mostrar sus contradicciones. El 11 de noviembre de 1960, apenas dos años después de la decisión de «provincializar» los territorios africanos, la delegación española en la ONU admite la posesión por España de Territorios No Autónomos (TNA), esto es, colonias. La provincialización del Sahara no se articuló hasta la ley de 1961 (7). Como prueba de las incoherencias que empiezan a surgir en la políti-

hara», en VV.AA.: *Congreso Constitutivo de la Asociación Internacional de Juristas por el Sahara Occidental*, Alicante, 1997, págs. 37 y sigs. (45).

(3) Me remito a mi libro *El Sahara Occidental y España. Historia, Política y Derecho. Análisis crítico de la política exterior española*, Dykinson, Madrid, 1995, págs. 19 y sigs.

(4) Sintetizo aquí algunos aspectos relevantes de la historia jurídico-administrativa del Sahara Español a partir de mi trabajo citado (págs. 42 y sigs.).

(5) El artículo 1 del Decreto de 10 de enero de 1958 (Ar. 65) estipulaba que «los Territorios del África Occidental Española se hallan integrados por dos provincias, denominadas Ifni y Sahara Español».

(6) Decreto de 4 de julio de 1958 (Ar. 1237).

(7) Ley 8/1961, de 19 de abril, de organización del régimen jurídico del Sahara (Ar. 577).

ca española, sólo un mes después de dictarse esta ley, el representante español en la ONU menciona expresamente al Sahara español entre los TNA en poder de España. La Ley de 1961 introduce una nueva organización y régimen jurídico en el Sahara. La autoridad básica del nuevo régimen orgánico era el Gobernador general que regía la provincia en calidad de representante del Gobierno y en dependencia de la Presidencia del Gobierno, auxiliado por el Secretario general (art. 14). La nueva ley, de un lado, equiparaba la provincia del Sahara a las demás provincias españolas, al establecer que la provincia del Sahara gozaría de los derechos de representación en Cortes y demás organismos públicos correspondientes a las provincias españolas (art. 4). Ahora bien, ésta no asimilaba el Sahara a las demás provincias, pues regulaba un régimen jurídico particularizado que trataba de aspectos tan importantes como el sistema de fuentes que debía regir en la provincia (art. 2), la organización judicial (art. 5), el régimen de la propiedad comunal y tribal (art. 6), el derecho a la práctica de la religión islámica y de sus usos y costumbres tradicionales (art. 7) (8), el peculiar régimen local (arts. 10 y sigs.), etc. En definitiva, esa ley podríamos decir que tenía unas características materiales cuasiconstitucionales. La ley se completó con un decreto de 1961 de carácter más «administrativo» regulando el gobierno y la administración de la provincia (9). En este contexto esquizoide, al ser el Sahara formalmente considerado como una provincia más, se dictó una orden en virtud de la cual se convocaba a «españoles peninsulares» y «españoles nativos» a participar en el referéndum que podríamos llamar (*grosso modo*) de carácter constitucional sobre la Ley Orgánica del Estado (10). Esta articulación administrativa del Sahara pretendidamente «provincializadora» o asimilacio-

(8) Es curioso advertir que España, Estado cuya religión oficial era el Catolicismo y donde estaba prohibida (hasta 1967) la práctica pública de religiones distintas del mismo, les reconocía el derecho a practicar la religión islámica. Por lo demás, algunos de los derechos, en cuanto colectivos (respeto a «sus usos y costumbres tradicionales») significaban la consagración de prácticas que vulneraban los derechos individuales (esclavitud atenuada, matrimonios concertados y de menores, etc.).

(9) Decreto 2.604/1961, de 14 de diciembre, sobre gobierno y administración de la provincia del Sahara (Ar. 1837).

(10) Orden de 29 de noviembre de 1966, que dicta instrucciones para ejercer el derecho al voto en el referéndum convocado por el Decreto 2930/1966, de 23 de noviembre (Ar. 2140). Aunque el recurrente alude a esta norma para intentar demostrar la «asimilación» del territorio, es lo cierto que más bien demuestra lo contrario. En efecto, su artículo 1 dice textualmente que «los españoles, tanto nativos como peninsulares, residentes en las Provincias del Sahara e Ifni... que tengan derecho a votar con motivo del Referéndum convocado por el Decreto 2930/1966... se acomodarán a las normas establecidas con carácter general en el Decreto 2930/1966...». Esta cláusula significa, pura y simplemente, que de no existir la misma a estos «españoles, tanto nativos como peninsulares» no se les aplicarían las normas generales.

nista quedará nuevamente en tela de juicio con la posterior creación en 1967 (11) de la *Yemaa* o Asamblea General del Sahara, órgano consultivo de carácter representativo que no existía en las demás provincias españolas. El último paso, que no se llegó a dar, en la estructuración del Sahara, sobre todo con vistas a su futura independencia, fue el Estatuto de Autonomía que quedó abortado de una manera auténticamente esperpéntica (12).

En definitiva, aunque el Derecho interno español en algunas de sus disposiciones proclamaba al Sahara como «provincia» española intentando equipararla a todos los efectos a las demás provincias españolas, es lo cierto que el territorio del Sahara no podía considerarse estrictamente hablando como «territorio nacional», pues era el mismo Estado con sus actos propios ante la Comunidad internacional y con sus reglamentaciones internas quien lo diferenciaba (13).

2. Esta cuestión nos remite a un problema ulterior, a saber, conocer cuál es la evolución jurídico-internacional del territorio, centrándonos a este respecto en los años en los que se sitúa la historia del Sr. Mohamed.

b) *El Derecho internacional*

1. El recurrente, Sr. Mohamed, era originario del Sahara español. Es procedente en este momento, siquiera sea sucintamente, la evolución jurídico-internacional del territorio (14). El territorio fue colonizado por España firmando un tratado de protectorado con las tribus nativas del territorio. Ya en aquella época, quedaba claro que el mismo no pertenecía a Marruecos. Sin embargo, en los años cuarenta y cincuenta de este siglo el teórico del nacionalismo marroquí, Allal El Fassi, diseñó como eje del mismo la conquista («recuperación» a su entender) de lo que se entendía por el «Gran Marruecos» y que comprendía, además de Ceuta y Melilla, el Ifni, el Sahara Occidental, toda Mauritania, la parte occidental de Argelia y un trozo de Mali. El «Gran Marruecos» se con-

(11) Decreto 1024/1967, de 11 de mayo, por el que se crea y regula la Yemaa o Asamblea General (Ar. 948). Este decreto reforma y adiciona el de 29 de noviembre de 1962.

(12) Me remito nuevamente a mi trabajo antecitado (págs. 47-48).

(13) Sobre este particular, MIGUEL HERRERO DE MIÑÓN: «La configuración del territorio nacional en la doctrina reciente del Consejo de Estado español», en VV. AA.: *Estudios de Derecho Administrativo (Libro jubilar del Consejo de Estado)*, IEP, Madrid, 1972, págs. 355 y sigs. (422).

(14) Sintentizo aquí también consideraciones que expuse en mi libro ya mencionado (págs. 77 y sigs., 86, 92 y sigs., 119 y sigs., 145 y sigs.).

virtió en el programa político del joven Estado marroquí nacido en 1956 y que se concretó agresivamente en la guerra de Ifni-Sahara contra España en 1957-1958, la «guerra de las arenas» contra Argelia en 1962, en la negativa a reconocer al Estado Mauritano hasta 1970 y en la invasión militar del Sahara Occidental en 1975. Este proyecto imperialista pronto se encontró con algunos obstáculos jurídico-internacionales: de un lado, la Organización para la Unidad Africana se construyó en torno al principio de intangibilidad de las fronteras coloniales (que quedaban en entredicho con el «Gran Marruecos») y, de otro, la Organización de las Naciones Unidas consideró en numerosísimas resoluciones a partir de 1967 (resolución de la Asamblea General 2354 [XXII]) que el Sahara Occidental tenía derecho a la autodeterminación y a partir de 1972 (resolución 2983 [XXVII]) no sólo a su autodeterminación, sino también a la independencia.

2. España, tras múltiples promesas, decide en 1974 organizar el referéndum de autodeterminación (a cuyo efecto se elabora el censo de 1974 que aún hoy está en la base de este proceso). Marruecos, temeroso del mismo, mediante una argucia jurídico-internacional consigue que la Asamblea General de Naciones Unidas paralice su celebración solicitando al TIJ un dictamen consultivo sobre la cuestión. El dictamen se emite el 16 de octubre de 1975 y es concluyente: «incluso teniendo en cuenta la estructura específica del Estado cherifiano (esto es, Marruecos), los elementos examinados hasta ahora no establecen ningún vínculo de soberanía territorial entre este Estado y el Sahara Occidental. Dichos elementos no muestran que Marruecos haya ejercido una actividad estatal efectiva y exclusiva en el Sahara Occidental. Sin embargo, indican que un vínculo jurídico de sumisión (*allégeance*, en la versión francesa) existía durante el período pertinente entre el Sultán (de Marruecos) y ciertas, pero sólo ciertas, poblaciones nómadas del territorio» (núm. 107 del dictamen). El mismo día de la publicación del dictamen Hassán lo manipuló *pro domo sua* y en un discurso importantísimo declaró textualmente que el TIJ «reconoce la existencia de vínculos jurídicos de soberanía y de sumisión entre los Reyes de Marruecos y las poblaciones del Sahara». De esta suerte, en el mismo discurso declaró que «las puertas del Sahara se nos han abierto jurídicamente, todo el mundo ha reconocido que el Sahara nos pertenece desde la noche de los tiempos. Sólo nos queda ocupar nuestro territorio». En efecto, en ese mismo discurso, Hassán II anuncia la «Marcha Verde» que, simultáneamente y por otro lugar de la frontera se vino acompañada con la invasión militar del Ejército marroquí a partir del 26 de octubre de 1975. La situación de tensión se complica con una serie de siniestras maniobras en el seno del propio Gobierno español protagonizadas por el sector filo-marroquí del mismo. Todo ello aboca a

la conclusión de un tratado secreto, los llamados «Acuerdos de Madrid» de 14 de noviembre de 1975 entre España, Marruecos y Mauritania, nunca publicados en el *BOE*. En virtud del párrafo 1.º de este acuerdo «España ratifica su resolución de descolonizar el territorio del Sahara Occidental poniendo término a las responsabilidades y poderes que tiene sobre dicho territorio como potencia administradora». A tal efecto, el párrafo 2.º del acuerdo establece que «España procederá de inmediato a instituir una administración temporal en el territorio en la que participarán Marruecos y Mauritania en colaboración con la Yemaa, y a la cual serán transmitidas las responsabilidades y poderes a que se refiere el párrafo anterior». El Acuerdo concluye con un párrafo (el 6.º) en el que se dice que «este documento entrará en vigor el mismo día en que se publique en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley de Descolonización del Sahara, que autoriza al Gobierno para adquirir los compromisos que condicionadamente se contienen en este documento».

3. Desde el punto de vista del Derecho internacional se ha sostenido de forma sumamente fundada la nulidad jurídico-internacional de los acuerdos, por diversos motivos (15). En primer lugar, se ha aducido que el Acuerdo tripartito es nulo porque en su redacción existe una evidente mala fe, violándose así el principio de buena fe que rige las relaciones jurídico-internacionales. Así se constata en diversos puntos del acuerdo, como el núm. 1 donde se hace creer que el «poner término a las responsabilidades del Estado español» equivale a «descolonización»; o en el punto núm. 3 donde se hace creer que la voluntad de la *Yemaa* se equipara a la del pueblo saharauí; o en el núm. 4 donde se hace creer que es un arreglo pacífico de una diferencia internacional lo que en realidad es una negociación sobre los recursos naturales de ese pueblo.

En segundo lugar, se ha considerado que violan el artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas que no permite a la potencia administradora desprenderse unilateralmente del territorio ni transferir su administración a otros Estados. Este artículo, podía además ponerse en relación con el artículo 103 de la Carta. Como afirma González Campos, la retirada española del Sahara hubiera requerido el establecimiento de una administración del territorio a cargo de Naciones Unidas. La práctica de Naciones Unidas es un tanto contradictoria respecto a esta cuestión. A favor de su validez hay dos hechos: la Asamblea General de Naciones Unidas «tomó nota» de estos acuerdos, si bien introdujo afirmaciones que no están en los mismos, lo que quiere decir que los aprobó con re-

(15) Me remito para la bibliografía española al respecto a mi libro sobre el Sahara Occidental (págs. 119-122).

servas o que no los aprobó tal cual; y además, los Acuerdos de Madrid fueron inscritos en el Registro de tratados de Naciones Unidas, para cumplir con lo previsto en el artículo 102 de la Carta. En contra de su validez, se pueden aducir tres hechos. En primer lugar, la Asamblea General aprobó una resolución que, ignorando el acuerdo tripartito, alude a España como potencia administradora única (16). En segundo lugar, y en conexión con lo anterior, en virtud del artículo 73.e) de la Carta de Naciones Unidas, la potencia administradora de un territorio colonial debe transmitir información a Naciones Unidas acerca de los territorios de ese carácter: pues bien, a pesar de que en los acuerdos de Madrid se transfiere la administración del territorio a Marruecos y Mauritania, los informes del Secretario General de Naciones Unidas (al menos entre 1976 y 1988) aluden a la actitud española de abandonar la administración pero nunca se refieren a Marruecos y Mauritania (ésta sólo hasta 1979) como administradoras del Sahara Occidental, sin que ello signifique en ningún caso reconocimiento de soberanía sobre tal territorio, pues el mismo se considera como descolonizable. Por último, diversas resoluciones de Naciones Unidas hablan de «persistente ocupación» del Sahara Occidental por Marruecos, lo que equivale a reconocer que esa presencia no tiene títulos jurídicos, sino que sólo se apoya en los hechos consumados (17).

En tercer lugar, también se ha afirmado que los Acuerdos de Madrid vulneran el artículo 53 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, pues contradicen el derecho a la autodeterminación que es una norma imperativa (*ius cogens*) del Derecho internacional. La afirmación del derecho de los pueblos a la libre determinación ha sido hecha de forma tan rotunda en las resoluciones de Naciones Unidas y en el dictamen del TIJ sobre el asunto del Sahara Occidental que difícilmente podrá negarse que dicho derecho forma parte del Derecho internacional positivo contemporáneo.

En cuarto lugar, se dice que los firmantes del Acuerdo tripartito carecían de legitimación para adoptar tal acuerdo. España, porque no tenía soberanía, sino que era potencia administradora del territorio, y porque además estaba vinculada por sus propios actos, a saber, los reiterados compromisos de proceder a la autodeterminación del pueblo saharauí mediante el correspondiente referéndum. Marruecos y Mauritania, porque la única legitimación que podían tener era para propiciar que sobre ese territorio se cumpliera el principio de autode-

(16) Resolución 3458 A (XXX) de la Asamblea General, de 10 de diciembre (véanse los puntos núms. 3, 7 y 8, donde se habla de España como «potencia administradora».

(17) Resoluciones de la Asamblea General núm. 34/37, de 21 de noviembre de 1979 (Preámbulo y puntos núms. 5 y 6); y 35/19, de 11 de noviembre de 1980 (Preámbulo y puntos núms. 3 y 9).

terminación de los pueblos sometidos a dominación colonial, ya que en virtud de las resoluciones de las Naciones Unidas todos los Estados se obligan a no impedir esta autodeterminación.

En quinto lugar, se ha argumentado que la violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda del derecho a la libre determinación de los pueblos como la que prohíbe el establecimiento o mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial constituye un hecho internacionalmente ilícito, que da lugar a responsabilidad internacional del Estado ante la comunidad internacional y que, a juicio de la Comisión de Derecho internacional de Naciones Unidas, debe ser calificado como un «crimen internacional». Los actos de Marruecos y Mauritania posteriores al 14 de noviembre de 1975, de ocupación militar del territorio y su posterior reparto, constituyen un ejemplo de la acción ilícita antes descrita.

4. Los acuerdos alcanzan naturaleza jurídica en el ordenamiento nacional español con la vergonzosa Ley de 19 de noviembre (18). Debe resaltarse que, con anterioridad a la firma de los acuerdos de Madrid, el Consejo de Ministros del 20 de octubre envió a las Cortes el proyecto de ley de descolonización. Este hecho parece confirmar que el Gobierno español ya había decidido definitivamente entonces la entrega del territorio al Gobierno marroquí. La discusión de la Ley en las Cortes franquistas constituye uno de los pasajes más escandalosos de la historia parlamentaria española: La ponencia decide entregar un cheque en blanco al Gobierno con leves retoques al proyecto gubernamental; los ponentes defendieron tesis completamente contrarias a las que antes se defendieron en relación con la descolonización de Guinea, en la que se insistió en hacer constar expresamente que la ley servía para dar la independencia al territorio; la ley se aprueba con la ausencia de los procuradores canarios y saharauis (19); la ley afirma que se elabora para autorizar al Gobierno a concertar una serie de medidas y, sin embargo, se dictó para convalidar unos acuerdos que ya se habían celebrado y que en ningún momento fueron conocidos por los procuradores (en la tramitación de esta ley se virtieron por el ministro Carro afirmaciones absolutamente falsas para engañar a los procuradores como que el Gobierno no había firmado ningún compromiso con Marruecos).

(18) Ley 40/1975, de 19 de noviembre, de descolonización del Sahara (Ar. 2315). Esta ley se publicó en el *BOE* de 20 de noviembre, fecha del fallecimiento de Franco.

(19) Parece ser que durante la sesión en la que se aprobó la ley se reunió a los seis procuradores saharauis en una sala de las Cortes donde varios miembros del Gobierno, el ministro del Ejército incluido, les seguían hablando de su cercana independencia con fuerzas militares propias organizadas por cuadros españoles.

El objetivo de la ley es «promulgar la norma adecuada para llevar a buen fin» la descolonización. Así pues, dice, «próximo a culminar el proceso de descolonización» del Sahara del que se dice que «nunca ha formado parte del territorio nacional», la ley en su artículo único dispone que «se autoriza al Gobierno para que realice los actos y adopte las medidas que sean precisas para llevar a cabo la descolonización del territorio no autónomo del Sahara, salvaguardando los intereses españoles». Además, se previene que «el Gobierno dará cuenta razonada de todo ello a las Cortes». Pocos podrán negar que ni la descolonización se llevó a «buen fin» (pues originó una larga guerra), ni el proceso estaba «próximo a culminar» (pues aún hoy está pendiente), ni el Gobierno realizó los actos precisos «para llevar a cabo a la descolonización», ni salvaguardó «los intereses españoles», ni se dio «cuenta razonada de todo ello a las Cortes».

c) *El Derecho de la nacionalidad*

1. El caso enjuiciado por el Tribunal Supremo versa sobre una concesión de nacionalidad española. Por ello, debe analizarse cuál es la situación del derecho de la nacionalidad. Aunque en algún momento se llegó a decir que la polémica sobre la naturaleza jurídico pública o privada de esta institución carecía «en buena medida, de relevancia práctica» (20), el caso que comentamos es un ejemplo de que esto no es así. En España existe un debate acerca de la naturaleza jurídica (pública o privada) del Derecho de la nacionalidad (21). Según una primera teoría, cuyo representante más egregio sería Federico De Castro, el Derecho de la nacionalidad sería Derecho privado en la medida en que trata acerca del *status civitatis* de las personas y es un elemento fundamental de la capacidad jurídica del individuo cuyo desarrollo ha sido llevado a cabo por el Derecho civil fundamentalmente (22). Según una segunda teoría, que parte a su vez de la doctrina clásica del Estado, «territorio como espacio geográfico, Pueblo constituido como Nación como elemento personal y organización jurídica y soberana, manifestada en forma de poder, constituyen los pilares en que

(20) JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS (con la colaboración de Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, AURELIA ALVAREZ RODRÍGUEZ, PILAR RODRÍGUEZ MATEOS y SIXTO SÁNCHEZ LORENZO): *Derecho español de la nacionalidad*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 32.

(21) Una interesante exposición de este debate en FERNÁNDEZ ROZAS: *Op. cit.*, págs. 30 y sigs.

(22) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho Civil de España*, tomo II, IEP, Madrid, 1952, págs. 394-395.

se asienta el Estado» (23). La determinación de quienes formen parte del pueblo se opera con arreglo al criterio de la nacionalidad: de esta suerte, son ciudadanos españoles, forman parte del pueblo español, quienes tengan la nacionalidad española, por lo que la cuestión correspondería sin duda al Derecho Público. Creemos que es clara la naturaleza jurídico-pública del Derecho de la nacionalidad. Varias consideraciones se han hecho al respecto (24): en primer lugar, aunque la nacionalidad se halle regulada en el Código Civil no es menos cierto que lo está y con carácter superior, en la Constitución; en segundo lugar, la jurisdicción competente para conocer de los problemas de la nacionalidad no es necesariamente la civil, tal y como ha puesto de manifiesto el TS en 1986 (25). Es más, hasta entonces prácticamente se consideraba que los actos sobre concesión y denegación de la nacionalidad eran irrecurribles antes los tribunales incluidos los civiles (26). A estos argumentos podríamos añadir otros. De un lado, el *status civitatis* se encuentra determinado, precisamente, por la Constitución y es una cuestión central del Derecho Constitucional, no del Derecho Civil y, de la misma forma que antes el Derecho Civil estudiaba ciertos derechos llamados de la personalidad como algo propio (derechos al honor, a la intimidad, etc.) y ahora nadie duda que el examen de los mismos tienen una naturaleza jurídico-constitucional, el Derecho de la nacionalidad tradicionalmente estudiado por el Derecho Civil debe ser efectuado por el Derecho Constitucional. No olvidemos, a este respecto, que la consagración civilística de estos asuntos se ha efectuado fundamentalmente en una época (el franquismo) en la que no había una Constitución formal y en la que incluso a ciertas partes del propio Código Civil se les consideraba materialmente constitucionales. Por otro lado, en la reforma del Derecho de la nacionalidad operada en 1990 (Ley 18/1990, de 17 de diciembre) se introdujo un precepto (el art. 22.5 del Código Civil) en el que se establecía que «la concesión o denegación de la nacionalidad por residencia deja a salvo la vía judicial contencioso-administrativa», reconociéndose por tanto el carácter jurídico-público de esta materia.

(23) NICOLÁS PÉREZ SERRANO: *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1976, pág. 95.

(24) FERNÁNDEZ ROZAS y otros: *Op. cit.*, págs. 31-32.

(25) STS (Sala 4.ª) de 7 de junio de 1986 (Ar. 6.006). Esta sentencia afirma textualmente que «la naturaleza del órgano actuante, inequívocamente administrativa (la Dirección General de los Registros y del Notariado) ... la del acto residenciado en este proceso... y el procedimiento seguido para su formulación dan por resultado el que haya de considerarse que tal acto (la denegación de una naturalización) es revisable jurisdiccionalmente por los Tribunales de lo contencioso-administrativo».

(26) FERNÁNDEZ ROZAS y otros: *Op. cit.*, págs. 203 y sigs.

2. Como ya hemos observado, a nuestro juicio es claro que el territorio del Sahara no se encontraba asimilado al resto del territorio nacional. Cabría preguntarse qué ocurre respecto a la población. Creemos que es indudable que los habitantes de ese territorio tenían la nacionalidad española, y que esa nacionalidad era española de origen. En efecto, aunque como declaró el Tribunal Internacional de Justicia el territorio no era *res nullius* en el momento de su ocupación y, precisamente por eso se estableció inicialmente un «protectorado», lo cierto es que las poblaciones del mismo tenían una organización política primitiva y, de ningún modo, podían considerarse un Estado en sentido estricto; además, y después se hablará de los aspectos jurídico-internacionales, el propio Tribunal Internacional negó claramente que Marruecos hubiera ejercido soberanía nunca sobre el territorio. La consecuencia es clara: la población del Sahara Español que lo quiso tuvo la misma nacionalidad española que los demás ciudadanos y esa nacionalidad era originaria. La tesis expuesta no es compartida por algún autor que observa que existían distintos derechos y obligaciones entre los «indígenas» y los «naturales de la metrópoli» por lo que, a su entender y tomando palabras de Scelle, solamente mediante un abuso de los términos se puede calificar en los dos casos a los individuos de nacionales (27). En abono de esta tesis se podría incluso añadir que los Documentos Nacionales de Identidad de los «indígenas» del Sahara no eran iguales que los de los «naturales de la metrópoli» (tenían la mención Sahara y eran bilingües en árabe-castellano). Ahora bien, aunque ello es cierto, no lo es menos que esto no significaba necesariamente que los «indígenas» tuviesen un peor status. En este sentido, cabe apuntar la extraña paradoja de que los «indígenas» gozaran en el Sahara de ciertos derechos que se negaban a los «naturales de la metrópoli» (libertad religiosa, libertad limitada para crear partidos políticos). En cualquier caso, cabría recordar con Kelsen que en un mismo pueblo o Estado históricamente no ha sido infrecuente la existencia de sujetos con distintos *status*, siendo todos ellos connacionales (28). Los datos

(27) HERRERO DE MIÑÓN: *Op. cit.*, págs. 400 y sigs. (410).

(28) HANS KELSEN: *Teoría General del Estado*, trad. Luis Legaz, Labor, Barcelona, 1934, pág. 212. Kelsen afirma: «Puesto que, por regla general, existe la capacidad jurídica privada y, particularmente, la capacidad procesal de los indígenas, sólo la carencia de derechos políticos es lo que les excluye del "pueblo". Sin embargo, los derechos políticos faltaron hace poco, y aun ahora faltan a amplios grupos humanos que forman parte del Estado democrático, y, no obstante, se les cuenta entre el pueblo estatal. ¿No serán, pues vanidades de raza lo que empaña, en este punto, la teoría en torno al pueblo del Estado? Del mismo modo, era vanidad de clases lo que determinaba a algunas teorías antiguas a considerar que el Estado se componía únicamente de "hombres libres", a pesar de que los "no libres" eran ya sujetos de Derecho y, en parte, incluso de ciertas facultades jurídicas, aun cuando no de derechos políticos.»

normativos, por otra parte, no permiten identificar un status personal distinto del de «nacionales» en el momento del abandono de España del Sahara. Así pues, los pobladores de tal territorio eran, en 1975, nacionales españoles y no podían serlo de otro modo que de origen.

3. La sentencia estudia la reclamación de la nacionalidad española por un individuo de origen saharauí. Precisamente después del abandono español de la colonia se dictó un decreto (29) que daba a los saharauis la posibilidad de optar por la nacionalidad española (art. 1), en el plazo de un año, compareciendo ante el juez encargado del Registro Civil del lugar de su residencia española (art. 2), sin mencionar la posibilidad de acudir a los registros consulares.

Este decreto supuso desposeer de la nacionalidad española a quienes la tenían de origen, obligándoles indirectamente a adoptar la nacionalidad de otro país (se pretendía que adoptaran la marroquí o la mauritana), pues de no hacer esto último, o bien quedarían en situación de apátridas o bien tendrían que comparecer ante un juez español. Este decreto, a nuestro juicio debe ser considerado nulo por cuatro razones (30).

En primer lugar, por oponerse a lo dispuesto al Código Civil, entonces vigente. La impugnación es aquí de dos órdenes: material y formal. Materialmente, el Decreto establece una regulación sobre la pérdida de nacionalidad que contradecía la vigente en aquel entonces (contenida en el Código Civil). La normativa del Código Civil (arts. 22 y 23) establecía que sólo se podía perder la nacionalidad española por adquisición *voluntaria* de otra nacionalidad, por sanción, o por mantener la unidad jurídica de la familia (que la mujer contrajera matrimonio con un extranjero, etc.). Formalmente, el Decreto es una norma inferior (decreto) a la ley (norma superior) y, por ende, no puede contradecirla: las normas sobre adquisición y pérdida de la nacionalidad, que estaban contenidas en el Código Civil, eran fruto de una reforma del mismo aprobada por una ley de 15 de julio de 1954 por lo que no cabe alegar, como hace el Preámbulo del RD, que el mismo se dictaba en aplicación de la ley de descolonización que delegaba en el Gobierno la posibilidad de adoptar las medidas «que sean precisas para llevar a cabo la descolonización del territorio..., salvaguardando los intereses españoles», pues desde el momento en que los saharauis se veían privados de adoptar su propia nacionalidad creando su propio Estado de acuerdo con el referéndum de autodeterminación exigido por Naciones Unidas no se operaba una descolonización, sino que ellos simplemente cambiaban (creemos que a peor) de colonizadores, siendo por lo de-

(29) Real Decreto 2.258/1976, de 10 de agosto (Ar. 1843).

(30) He tratado esta cuestión en mi obra citada, págs. 203-204.

más, extremadamente dudoso que ese decreto salvaguardara los intereses españoles.

En segundo lugar, el preámbulo del RD alude a que «en uso de las atribuciones que me confiere el artículo 19 del Código Civil», se dicta la regulación del mismo. Pero esto es inexacto, porque ese precepto establecía la posibilidad de *adquirir* la nacionalidad española por parte, obviamente, de quien antes no era español, por el procedimiento de naturalización, en el que se requiere que el peticionario reúna ciertas circunstancias. La adquisición de la nacionalidad por este procedimiento implicaba que el peticionario debía renunciar previamente a su nacionalidad anterior (art. 19.4.º del Código Civil, en la redacción entonces vigente). Es evidente que los saharauis, antes de la desdichada descolonización tenían nacionalidad española, como lo prueba el que votaran en el referéndum, de carácter materialmente constitucional, sobre la Ley Orgánica del Estado en 1966. Resulta absurdo interpretar que para adquirir la nacionalidad española haya que renunciar previamente a la nacionalidad española. En consecuencia, la supuesta regulación del RD como un régimen especial del procedimiento general de adquisición de la nacionalidad por naturalización resulta absurda, y por ende, debe entenderse por no existente como resultado de una interpretación armónica del conjunto del ordenamiento.

En tercer lugar, porque la normativa de ese decreto se opone a un principio general del Derecho cual es que «nadie está obligado a lo imposible». En efecto, es evidente que los saharauis, en 1976, estaban emprendiendo un penoso éxodo por el desierto, primero hacia el interior del Sahara Occidental y luego (tras los bombardeos con napalm y fósforo blanco por la aviación marroquí) hasta Argelia, donde, en un estado de miseria absoluta, carecían de lo más indispensable. De un lado, es dudoso que pudieran tener conocimiento de la normativa en el exilio, pues allí no llegaba el *BOE*; de otro lado, es claro que no estaban en condiciones de acudir a ningún Registro civil o consular español para formalizar esa opción que, por tanto, fue imposible.

En cuarto lugar, por oponerse a lo previsto en la Constitución española de 1978 (que en su art. 11.2 CE dice que «ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad»), extremo éste sobre el que se tratará en el capítulo correspondiente. En conclusión, a nuestro juicio, todos los saharauis que tenían la nacionalidad española deben poder recuperarla, salvo que voluntariamente quieran desprenderse de ella, y sus descendientes deben tener derecho a ella.

d) *El Derecho Constitucional*

1. En el caso de autos, un individuo de origen saharauí demanda al Estado español por estimar que ha desconocido su nacionalidad española de origen, dis-

criminándole, por lo que inició un procedimiento de amparo ordinario para la defensa de los derechos fundamentales. Ya hemos mencionado previamente que el litigio se plantea por una persona que fue español de origen. La cuestión es si puede invocar la Constitución en su defensa. El artículo 11.2 CE afirma taxativamente que «ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad». Ahora bien, ¿era español de origen en el momento de aprobarse la Constitución? La cuestión es de legalidad y queda al albur de la interpretación que se haga del Decreto de 1976: si tal Decreto es válido, tal persona perdió su nacionalidad con lo que en el momento de entrar en vigor la Constitución no era español y no podría acogerse a este precepto; pero si el Decreto es nulo, como postulamos, el individuo era español de origen cuando comienza la vigencia de la Constitución, la cual le sería enteramente aplicable. En ese supuesto, a un individuo que era español de origen y que aún vive se le niega su nacionalidad española por un poder público español después de entrada en vigor la Constitución. En la medida en la que el individuo recurrente aún vive y sufre las consecuencias de la privación-denegación de la nacionalidad española no podemos decir que la privación de nacionalidad sea una «situación agotada» o una «relación consagrada» a la que, en consecuencia y siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, no se pudiera aplicar retroactivamente la Constitución (31).

2. En la sentencia que comentamos el recurrente alega que la denegación o desconocimiento de la nacionalidad española que ha sufrido por la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha violado «el derecho fundamental del actor a la igualdad ante la ley por parte del Estado Español». En concreto lo que se aduce es una vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley por parte de un poder público español, a saber, la Dirección General de los Registros y del Notariado. Una nota fundamental en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para determinar cuándo se ha producido una aplicación discriminatoria de la ley es ofrecer un término de comparación. En este sentido ha afirmado que para que pueda prosperar una demanda por infracción del artículo 14 CE «el que la deduzca debe aportar un término de comparación suficiente y adecuado que permita constatar que ante situaciones de hecho iguales le ha sido dispensado un trato diferente sin justificación objetiva y razonable» (32). La doctrina del TC es clara: si se alega discriminación en la aplicación de la ley debe cotejarse el caso supuestamente discriminado con otros supuestos para ver si efectivamente ha sido así.

(31) SSTC 42/1986, de 11 de abril (FJ. 3.º), 99/1987, de 11 de junio (FJ. 6.º), 227/1988, de 29 de noviembre (FJ. 9.º),

(32) STC 261/1988, de 22 de diciembre (FJ. 3.º).

3. Como se ha indicado, el individuo afectado demanda al Estado, pero lo hace mediante un procedimiento de amparo ordinario previsto en el capítulo 3º de la Ley 62/1978. Ahora bien, el cauce establecido para demandar al Estado por vulneraciones de derechos fundamentales no es ese. En un principio ya quedó claro en la propia Ley 62/1978 de protección de derechos fundamentales (y que inicialmente no comprendía el derecho a la igualdad, art. 1.2) el establecimiento de tres cauces (penal, contencioso-administrativo y civil) para esta tutela, procediendo la Sección 2.ª de esta Ley (Garantía contencioso-administrativa) «contra los actos de la Administración pública, sujetos a Derecho Administrativo, que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales» (art. 6.1). Estas disposiciones fueron completadas por la Disposición Transitoria 2.ª2 de la LOTC que, por un lado, ampliaba los derechos tutelables en toda la extensión permitida por el artículo 53.2 CE y, por otro lado, y en coherencia con la configuración del recurso de amparo como recurso contra actos de los «poderes públicos» (art. 41.2 LOTC) estableció como vía judicial previa al amparo constitucional únicamente la Sección 2.ª de la Ley 62/1978 (amparo ordinario contencioso-administrativo). Este diseño, en última instancia, pretendía excluir el amparo constitucional para las relaciones *inter privados*, las cuales no quedaban sin embargo, sin amparo ordinario (la Sección 3ª de la Ley 62/1978). Como es sabido, este diseño fue distorsionado por el Tribunal Constitucional con su doctrina abriendo el amparo constitucional a las vulneraciones de derechos *inter privados* mediante el expediente de imputar al juez el desconocimiento del derecho fundamental si no reconoce su violación por un particular (33).

El supuesto que comentamos es paradójicamente el contrario, pues aquí no se trata de encauzar un litigio *inter privados* como vulneración de derechos por un poder público, sino que se trata de tramitar una lesión en un derecho fundamental provocada por un acto de un poder público (una resolución de la DGRN) por la vía civil. Esta estrategia defensiva que, en principio, parece realmente absurda, encuentra su explicación en un entendimiento del Derecho de la nacionalidad como cuestión civil (34), ignorando la STS de 7 de junio de 1986 antes mencionada, con lo cual se estaría pensando en que los actos de la DGRN no son actos sujetos al Derecho Administrativo y, por lo tanto, no po-

(33) Doctrina que se inaugura con la STC 78/1982, de 20 de diciembre (FJ. 1.º).

(34) Así lo reconoce expresamente la Abogada del Sr. Mohamed que afirma textualmente: «esta resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado es un acto emanado de los poderes públicos españoles, que a juicio de esta defensa supone una violación flagrante del principio de igualdad ante la Ley..., y en materia de naturaleza propiamente civil» (FISAC: *Op. cit.*, págs. 45).

drían haberse recurrido por la vía de la Sección 2.^a de la Ley 62/1978. Nuevamente observamos que una adecuada comprensión del Derecho de la nacionalidad como Derecho Público hubiese clarificado la elección del procedimiento a seguir.

2. LA DOCTRINA SENTADA POR EL TS. CRITICA

A) *Naturaleza jurídica del litigio*

1. El primer problema que aborda la STS de 28 de octubre, al que dedica su primer Fundamento Jurídico, es el relativo a la naturaleza jurídica de la cuestión. A falta de un apoyo jurídico-positivo expreso, el TS afirma «la naturaleza civil de la cuestión suscitada». Se funda para ello en las siguientes razones. En primer lugar, declara que la «materia de nacionalidad, vinculada al estatuto personal», es civil «por tradición». En segundo lugar, lo es «por ubicación de las normas reguladoras (Código Civil)». En tercer lugar, el TS aduce que, habida cuenta de que el artículo 22 del Código Civil atribuye competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de los casos de concesión de nacionalidad «por residencia», cabría entender que la misma queda excluida en los demás casos, por lo que concluye que «tratándose de un problema de nacionalidad de origen, no es dudoso que los temas litigiosos que suscita deban ser decididos por el orden jurisdiccional civil».

2. A nuestro juicio, ninguno de los tres argumentos del TS tiene consistencia. El primero, el de la «tradición» se cae por su propio peso, pero es que además tiene en su contra al propio artículo 1 del Código Civil que sitúa la ley escrita en un lugar jerárquicamente superior a la costumbre. El segundo, o geográfico, es tan inconsistente como el anterior, pues el lugar de ubicación de una norma no es argumento sobre su naturaleza; por poner un sólo ejemplo: el hecho de que la Ley Orgánica de Régimen Electoral General incluya en su articulado la tipificación de ciertos delitos no convierte al enjuiciamiento de los mismos en materia jurídico-administrativa o jurídico-constitucional que deba ser conocida por la Junta Electoral Central y los tribunales de lo contencioso. El tercero, que es el de más entidad, tiene otro sentido. En efecto, esos preceptos se entienden si se considera que el legislador está pretendiendo (continuada una tradición, precisamente) excluir del conocimiento de *todos* los tribunales todas las cuestiones distintas al artículo 22 del Código Civil. En efecto, el artículo 21 del Código Civil habla de que la nacionalidad española por carta de naturaleza es «otorgada discrecionalmente mediante Real Decreto». Ahora

bien, esto, como ha sido expuesto acertadamente por algunos autores, es radicalmente incompatible con la proclamación hecha en el artículo 1.1 CE de España como un Estado social y democrático de Derecho (35). Por lo demás, debemos recordar que esta Sentencia de la Sala 1.ª del TS se separa del criterio mantenido por otra Sala (la 4.ª) del mismo órgano (la STS de 7 de junio de 1986), sin haber hecho mención siquiera a la existencia de esta última decisión.

B) *El orden jurisdiccional competente y el procedimiento de amparo ordinario de los derechos fundamentales*

1. El caso que comentamos tiene su origen en una demanda formulada *contra el Estado Español* al amparo de la Ley 62/1978 por presunta discriminación en el derecho a la nacionalidad. Ya se ha analizado anteriormente la cuestión de la naturaleza jurídica de la controversia. Habida cuenta de que la cuestión es de naturaleza jurídico-pública, cabría pensar que es ocioso plantearse qué orden jurisdiccional es competente. La cuestión se complica porque aquí no se trata de un procedimiento ordinario, sino que el actor ha optado por el cauce de la Ley 62/1978. En coherencia con la tesis básica sustentada por el actor acerca del carácter civil de la cuestión, el procedimiento iniciado es el previsto en la Sección 3.ª de la Ley 62/1978 (Garantía jurisdiccional civil). Ahora bien, con posterioridad a esta ley se dictó en 1979 la LOTC, cuya Disposición Transitoria 2.ª, en su párrafo 2, establece que «en tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53.2 de la Constitución para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo será la contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la Sección 2.ª de la Ley 62/1978». La sentencia del TS decide pronunciarse sobre esta cuestión y hace (en su FJ. 2.º) dos consideraciones a este respecto. De un lado, el TS propugna una «razonable interpretación analógica» de esa disposición de la LOTC que permita «su aplicación, por tanto, a aquellos casos, en que debe seguirse la vía civil». De otro lado, el TS afirma que esto último ha sido reconocido «de manera indirecta, pero clara, por el propio Tribunal Constitucional (ATC 162/82) que ha tenido por válida la invocación del artículo 14 de la Constitución española, como fundamento del amparo, en casos en los que lo procedente hubiera sido el empleo de la vía penal o de la vía civil de la Ley 62/1978».

(35) FERNÁNDEZ ROZAS y otros: *Op. cit.*, págs. 203 y sigs.

2. El razonamiento de la STS en este punto es ocioso a más de errado y desconocedor de la jurisprudencia constitucional. En primer lugar, la Disposición Transitoria 2.^ª LOTC trata de cuál es la vía previa al amparo constitucional. Pero ni nadie había planteado un recurso de amparo constitucional, ni de haberse planteado, es quien el TS para decidir si la vía seguida por el recurrente se amoldaba a lo prevenido en la LOTC. En segundo lugar, el TS cita en su apoyo un auto del TC (36) pero ese auto dice lo contrario de lo que el TS le atribuye pues, si bien recuerda que «para reaccionar contra las presuntas violaciones de los derechos fundamentales o libertades públicas que un sujeto particular —...— produzca en la esfera jurídica de otro sujeto particular éste dispone, según los casos, de la vía penal o de la vía civil, reguladas, concretamente, en los artículos 2 a 5 y 11 a 15 de la Ley 62/1978», concluye que el recurso de amparo ante el TC, distinto del amparo ordinario, «como es sabido, sólo procede contra actos de los poderes públicos (art. 41.2 de la LOTC)». En definitiva, este ATC 162/1982 lo que hacía era negar la virtualidad del amparo constitucional *inter privados*. Pues bien, si se entiende que el Estado demandado por negar la nacionalidad es un particular, según esta doctrina sólo podría ser demandado en la vía ordinaria, pero no en la vía del amparo constitucional; pero si se hubiese entendido que el Estado no es un particular habrían cabido dos posibilidades: una es tener que reconocer que el orden jurisdiccional relevante era el contencioso-administrativo, otra, más forzada, era pretender que aun así la vía procedente sería la civil pero que en este caso, quedaría abierta la posibilidad del amparo constitucional al tratarse de un acto de un poder público, en cuyo caso la cita del ATC 162/1982 no viene a cuento en absoluto. Todo lo anterior indica, en tercer lugar, que el TS desconoce la jurisprudencia del TC acerca de la posibilidad de acceso al amparo constitucional por vulneraciones de derechos fundamentales en las relaciones *inter privados*, posibilidad ésta que, como ya se vio, no nace en el ATC 162/1982 (que la niega), sino en una resolución posterior a la que ya se hizo mención, la STC 78/1982 (dejando al margen la posibilidad que, en relación con los derechos del artículo 18.1 CE abre expresamente la Disposición Transitoria 2.^a de la LO 1/1982). En virtud de la jurisprudencia constitucional generada a partir de tal fecha, cualquiera de los procedimientos previstos en la Ley 62/1978 (a los que habría que añadir los procesos previstos en los artículos 114 y sigs. de la nueva Ley reguladora de lo Contencioso-administrativo, en los artículos 175 y sigs. de la Ley de Procedimiento Laboral y en los artículos 453 y 518 de la Ley Procesal Militar) constituyen «vía judicial previa» a efectos de amparo constitucional.

(36) ATC 162/1982, de 5 de mayo (Sección 1.^ª).

C) *El tipo de nacionalidad controvertido: incongruencia*

1. El *petitum* de la demanda que da origen a este recurso solicita que se declare la «nacionalidad española de origen» del Sr. Mohamed. El propio TS recuerda esto de forma expresa en sus FFJJ. 1.º («tratándose de un problema de nacionalidad de origen»), y 2.º («basta con compulsar el 'petitum' de la demanda para comprobar que el actor lo que solicita, ..., es el reconocimiento de la nacionalidad de origen española»). Ahora bien, como previene el Preámbulo de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad, la nueva normativa establece no ya, como antes, dos tipos básicos de nacionalidad (atribución de origen y adquisición por carta de naturaleza o por residencia), sino tres, pues a los dos anteriores se añade uno nuevo, que es el contenido en el artículo 18 del Código Civil. En relación con el mismo el Preámbulo antecitado nos dice que «si se llega a demostrar que, quien estaba beneficiándose de la nacionalidad española *iure sanguinis* o *iure soli*, no era en realidad español, al ser nulo el título de atribución respectivo, no parece justo que la eficacia retroactiva de la nulidad se lleve a sus últimas consecuencias en materia de nacionalidad». Por ello, «para evitar este resultado se introduce una *nueva forma de adquisición* de la ciudadanía española por posesión de estado, lo que no es una novedad en Derecho comparado europeo». El Preámbulo insiste en que esta «nueva forma» puede afectar no sólo a quien parecía ser español de origen, sino también a quien parecía serlo por adquisición, pues al exigirse la «buena fe» este requisito «debe conectarse con el apartado 2 del artículo 25, y de su redacción resulta con claridad que la posesión de estado podrá beneficiar también en ciertos casos a los que adquieran la nacionalidad española después del nacimiento».

2. El TS podría y debería haber resuelto el caso examinando el núcleo del problema, a saber, el Decreto de 1976. Sin embargo, evita a toda costa hacerlo y declara que «ha de examinarse, no ya la validez o vigencia del Decreto de 10 de agosto de 1976 (si su rango fue el adecuado, si infringía el principio de jerarquía normativa, si resulta nulo, si advino derogado por la Constitución Española, si sus defectos de publicación impedían su aplicación... etc.) sino si, aun admitiendo su validez y temporaria vigencia, fue o no la norma que debió aplicarse» al presente supuesto o «si por el contrario, con su aplicación al caso se incurrió en discriminación» (FJ. 6.º). La elusión del pronunciamiento sobre este Decreto, lleva al TS a través de una serie de argumentos que desarrolla a partir de los FFJJ. 7.º y siguientes, a cambiar el nudo conceptual del litigio, construyendo su sentencia en torno a la cuestión de si al Sr. Mohamed se le puede reconocer la nacionalidad española por posesión de estado, esto es, ba-

sada en el artículo 18 del Código Civil, algo que no fue pedido por el recurrente (37). Pero no se argumenta en torno a la cuestión solicitada, a saber, si tenía o no la nacionalidad española de origen. De hecho, en el fallo de la sentencia se dice que se reconoce «la nacionalidad española» del recurrente, sin precisar el tipo de la misma. La cuestión del tipo de nacionalidad no es baladí por una razón constitucional obvia: según el artículo 11.2 CE sólo los que tengan la nacionalidad española de origen quedan inmunes frente a una decisión de privación de la misma. El Sr. Mohamed, al gozar de la nacionalidad española por posesión de estado puede llegar a ser privado de la misma en el futuro. En definitiva, creemos que esta STS ha incurrido en incongruencia omisiva, vulnerando el artículo 24.1 CE, lo cual conlleva importantes consecuencias.

D) *El principio de igualdad*

1. Como se ha dicho varias veces, el caso nace como consecuencia de una demanda interpuesta por el Sr. Mohamed contra el Estado español por supuesta vulneración del derecho a la igualdad en el derecho fundamental a la nacionalidad. En consecuencia, el eje argumental del recurso que permite la opción por el procedimiento especial de la Ley 62/1978 es la vulneración del derecho a la igualdad, la cual se produce, según el recurrente, en relación con el derecho a la nacionalidad. A esta cuestión se dedica el FJ. 11.º y último de la sentencia comentada. Según el TS, en el supuesto de autos se produce efectivamente una discriminación y ello, a su juicio, por dos razones. En primer lugar, dice este Tribunal que se discrimina al Sr. Mohamed porque la DGRN le aplica el Decreto de 1976, y considera que esta norma no es de aplicación al recurrente (por razones expresadas en los FFJJ. 6.º y 7.º; esto es, que el Sr. Mohamed disfrutaba «de buena fe» de la nacionalidad española); de esta suerte, «se le discrimina equiparando a saharauis que se hallan en situación legal diferente, es decir, ... dando un trato igual a quienes son desiguales». En segundo lugar, y aquí se extiende más el TS, se le discriminó positivamente al dar «un

(37) Esto contradice la jurisprudencia registral existente hasta ahora. La resolución de la DGRN de 4 de febrero de 1992 sentaba una interpretación estricta de la consolidación de la nacionalidad *ex* artículo 18 del Código Civil, por cuanto proclamaba que dicha nacionalidad había de resultar de una inscripción no errónea del Registro civil, siendo insuficiente el trato como nacional dispensado por la propia Administración, e incluso, disponer del DNI como español (lo que presume la nacionalidad española, pero no como presunción *iuris et de iure*). En cualquier caso, debe recordarse que la interpretación del artículo 18 del Código Civil hecha por la DGRN de ningún modo vinculaba al TS.

trato desigual a quien es igual, por comparación, a las personas que tienen derecho a la nacionalidad española, conforme al Código civil, y especialmente, con quienes encajan con las previsiones del artículo 18 del expresado texto legal». El TS se previene frente a varias posibles objeciones a este modo de razonar. Por una parte, frente a la exigencia de alegar un término de comparación para demostrar que hubo discriminación «tal como exige la jurisprudencia constitucional» dice que no es ésta la vía a seguir, pues «de persistir en este razonamiento habría que llegar a la conclusión de que se hace «supuesto de la cuestión», dando por cierto que el actor era tan español de derecho como los peninsulares, lo que, dados todos los razonamientos expuestos resulta dudoso». Por otra parte, sostiene que tampoco puede aceptarse la «interpretación formalista» que se hace de la jurisprudencia constitucional sobre el principio de igualdad por la oposición al recurrente, pues «de compartirse el criterio que sostiene, conforme al cual se ha de exigir un caso litigioso ya resuelto que permita establecer la comparación discriminatoria, incurriríamos en la aporía de admitir que el primer caso habido en la aplicación de la ley nunca puede atentar al principio de igualdad y ser por ello discriminatorio en sus consecuencias». El TS concluye que en el caso de autos «al omitirse la aplicación del artículo 18 del Código civil, se ha incurrido en desigualdad discriminatoria, puesto que el supuesto fáctico ampara la situación del actor». O dicho con otras palabras: «La persona que teniendo derecho a la nacionalidad española no es considerada como española sufre, en relación con los demás españoles, una injustificada discriminación no en uno, sino en un bloque de derechos en que se concretan las diferencias típicas del Derecho de extranjería.»

2. La interpretación que hace el TS del principio de igualdad es de todo punto insostenible. A) Por lo que respecta al primer argumento, a saber, el tratamiento igual de lo que es desigual, es un argumento empleado por el TS *obiter dictum* quizá sin excesivo convencimiento en su utilidad y que deja simplemente apuntado sin ulteriores profundizaciones, pero que resulta cuando menos dudoso pues más que discriminación o vulneración de un derecho fundamental lo que habría aquí es una deficiente aplicación de la ley, es decir la subsunción del caso en una norma distinta de la que, según el TS, procedería. En definitiva, se trataría de un problema de legalidad y no de igualdad. B) Es en su segundo argumento en el que el TS se extiende más y dónde la crítica es imperiosa. Este segundo argumento radica en que la DGRN ha tratado desigualmente lo igual. Este segundo argumento se desglosa en dos aspectos que debemos analizar. B.1) Por una parte, el TS declara que no es procedente el criterio de quienes se oponen al recurrente exigiéndole que aporte un término de comparación para enjuiciar si hubo o no discriminación, pues tal modo de pen-

sar hace «supuesto de la cuestión», dando por cierto «que el actor era tan español de derecho como los peninsulares» lo que, a juicio del TS, «resulta dudoso». Ahora bien, si a juicio del TS es «dudoso» que el saharauí Sr. Mohamed sea tan español de derecho como los «peninsulares» (desafortunada expresión porque ¿qué ocurre entonces con los insulares de Canarias y Baleares o con los españoles norteafricanos de Ceuta y Melilla?) es el propio TS el que reconoce que las dos situaciones no son iguales, por lo que cabría concluir que al ofrecer dos soluciones distintas a dos situaciones distintas no hay discriminación por ningún lado. No se ve aquí dónde se hace «supuesto de la cuestión» como dice el TS. B.II) Por otra parte, el segundo argumento del TS incurre en desvarío cuando afirma que si se ha de ofrecer como término de comparación «un caso litigioso ya resuelto que permita establecer la comparación discriminatoria, incurriríamos en la aporía de admitir que el primer caso habido en la aplicación de la ley nunca puede atentar al principio de igualdad». Pero eso no es una aporía, esto es, un problema sin solución, sino que es simplemente un no problema. En efecto, por definición la discriminación exige un tratamiento diferente entre dos términos (A es discriminado «respecto a» B) porque la igualdad y la discriminación son *relaciones* y por tanto exigen al menos dos términos. Es más, si es cierto que el caso del Sr. Mohamed es el primero que se produce no hay discriminación, pues para que la hubiera el tratamiento que se da a A tendría que ser distinto del tratamiento que se da a A: el TS ha aniquilado un principio clásico de la lógica, a saber, el principio de no contradicción porque A no puede ser y no ser al mismo tiempo. Pero es que no sólo es que esta interpretación supuestamente innovadora del principio de igualdad no sea más que un gran disparate, es que el TS confunde el plano de la constitucionalidad y el plano de la legalidad nuevamente. Así se desprende de sus palabras al decir que «al omitirse la aplicación del artículo 18 del Código civil, se ha incurrido en desigualdad discriminatoria». Puesto que ha quedado claro que no hay discriminación (pues el caso del Sr. Mohamed es el primero y único hasta el momento de su clase y no hay término de comparación) el TS viene a considerar que es discriminatoria la no aplicación de una ley a un supuesto. Esto sí que es hacer «supuesto de la cuestión»; el Tribunal Supremo hace una petición de principio pues da por demostrado lo que se trata de demostrar (que hubo discriminación). El TS riza el rizo cuando concluye que «la persona que teniendo derecho a la nacionalidad no es considerada como española sufre, *en relación con los demás españoles*, una injustificada discriminación» (cursiva mía). Nuevamente el TS incurre en el vicio señalado de hacer una petición de principio porque una de dos: o ese sujeto no es español (en cuyo caso no puede haber discriminación en relación a los españoles, porque se trata de dos situaciones distintas); o ese sujeto sí es español, en cuyo caso al ser ya español el

problema no existe. El desvarío del caso se puede entender mejor si en lugar de «derecho a la nacionalidad» o «español» escribiéramos «derecho a acceder a la función pública» o «funcionario» y formuláramos la doctrina del TS así: «el individuo que teniendo derecho a acceder a la función pública no es reconocido como funcionario está discriminado en relación con los demás funcionarios, discriminación que se produce no en uno, sino en todo un bloque de derechos que poseen los funcionarios (retribuciones, promoción interna, etc.)».

E) *La descolonización del Sahara*

1. La STS de 28 de octubre de 1998 no tiene por objeto directamente juzgar el proceso de descolonización del Sahara, ni fueron impugnados ante la misma los Acuerdos de Madrid ni la Ley de Descolonización. Ahora bien, esta sentencia contiene importantes pronunciamientos *obiter dicta* acerca de la cuestión. El TS habla acerca del «período histórico precedente a la “descolonización” llevada en su día a cabo, en trance lleno de dificultades que culminaron con el abandono del territorio (que fue ocupado militarmente por otro Estado)» (FJ. 3.º). Y más adelante afirma que el recurrente en octubre de 1976 «ni se hallaba, por entonces, residiendo en España, ni en el extranjero, sino en el Sahara, territorio que, pese a haber sido ya descolonizado, no pensamos que encajara en el segundo supuesto a que se refiere el artículo primero del Decreto en cuestión (esto es, el Decreto de 1976), dado que se vincula el concepto a “representaciones españolas en el extranjero” inexistentes, a la sazón, en el territorio, ... ocupado por Marruecos según es notorio» (FJ. 7.º).

2. Los pronunciamientos antecitados revisten una singular importancia porque inciden en los Acuerdos de Madrid que fueron el título esgrimido por Marruecos para tomar el Sahara. Pero, ¿hasta qué extremo? En primer lugar, el TS pone en duda que se haya procedido efectivamente a una descolonización pues aunque en el FJ. 7.º se diga que el territorio había «sido ya descolonizado» en el FJ. 3.º se pone entre comillas (literalmente) la misma. Pues bien, recordemos que el punto 1.º del Acuerdo de Madrid afirmaba que «España ratifica su resolución de descolonizar el territorio del Sahara Occidental poniendo término a las responsabilidades y poderes que tiene sobre dicho territorio como potencia administradora». En beneficio de la duda, cabría alegar que el Acuerdo de Madrid no dice que España «descoloniza» el territorio sino que pretende («ratifica su resolución») hacerlo, siendo ajeno a ella que tal propósito o «resolución» aboque o no al fin perseguido. De hecho en la carta que dirigió España al Secretario General de Naciones Unidas el 26 de febrero de 1976, se afirma

que «la descolonización del Sahara Occidental sólo se alcanzará cuando se haya expresado válidamente la voluntad de la población». Esta es la doctrina oficial de Naciones Unidas que considera que el territorio aún no ha sido descolonizado. En segundo lugar, el TS habla de que España lleva a cabo un «abandono» del territorio; ahora bien, lo que los Acuerdos de Madrid estipulan no es que España «abandone» el territorio, sino que, según el punto 2.º «España procederá de inmediato a instituir una administración temporal en el territorio en la que participarán Marruecos y Mauritania en colaboración con la Yemaa, y a la cual serán transmitidas las responsabilidades y poderes a que se refiere el párrafo anterior»; es decir, no se habla de «abandono» sino de «transmisión» de responsabilidades y poderes. La cuestión es qué sucede después de establecida esa «administración temporal» en la que participó España junto con Marruecos y Mauritania. En este sentido, en la meritada carta de 26 de febrero de 1976 España decía que en tal fecha (esto es, cuando se retiró de esa administración temporal) ponía fin definitivamente a su presencia en el territorio y se consideraba exenta de cualquier responsabilidad de naturaleza internacional en relación con el territorio. Desde esta perspectiva se podría entender que España abandonó el territorio, no en los Acuerdos de Madrid, sino el 26 de febrero de 1976, concluida la administración temporal tripartita, aunque no es menos cierto que ésta fue establecida en tales Acuerdos. En tercer y último lugar, el TS afirma en las dos ocasiones que el territorio se halla «ocupado» por Marruecos. Esta afirmación es importante y reviste múltiples consecuencias. Por un lado, y a los efectos de este caso, en la medida en que el territorio se halla «ocupado» y no «administrado» se hizo efectivamente imposible para las poblaciones del mismo ejercer las facultades que les atribuía el Decreto de 1976; por otro lado, y a otros efectos (como los relativos a la pesca, por ejemplo), la afirmación del TS es importantísima pues en la medida en que no se reconoce la legitimidad del título posesorio de Marruecos sobre el territorio, se sigue que debe negarse su título sobre las aguas del mismo, aguas sobre las que con unas u otras fórmulas se ha negociado entre Marruecos y la Unión Europea. Esto, llevado a sus últimas consecuencias, significaría que las aguas del Sahara Occidental no son marroquíes *de iure*, sino sólo *de facto*, por lo que no pueden ser objeto de transacción entre Marruecos y la Unión Europea.

3. CONCLUSIONES. REFLEXION FINAL

La sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 constituye una sentencia, sin duda de importantes consecuencias, que suscita varias reflexiones. La primera y más relevante es la afirmación de la naturale-

za jurídico-privada de la nacionalidad y la consiguiente atribución al orden jurisdiccional civil de las cuestiones acerca de la misma. Se establece así una doctrina que consideramos equivocada y que urge rectificar para volver a considerar, en la línea que ya indicó la STS de 7 de junio de 1986, que se trata de un problema jurídico-público. La segunda consecuencia estriba en negar a los saharauis la nacionalidad española de origen. En efecto, el TS ha concedido al recurrente la nacionalidad española, pero no la de origen que pedía, sino la de posesión de estado que no había solicitado. La tercera consecuencia, es que el TS establece una doctrina ciertamente insostenible sobre el derecho a la igualdad que, de mantenerse, supondría una perversión completa del mismo que exige una pronta rectificación. La cuarta consecuencia es más tímida, y es de carácter jurídico-internacional. La sentencia del TS subraya el carácter meramente fáctico de la presencia marroquí en el Sahara Occidental, con todo lo que ello conlleva a efectos marítimos.

Varias reflexiones se suscitan en este momento. Por un lado, se podría hacer una reflexión puramente política. Cabría preguntarse el por qué el TS a través de su argumentación y aun cayendo en incongruencia omisiva, niega la nacionalidad española de origen al recurrente y rehuye pronunciarse sobre la validez del Decreto de 1976. Nos atreveríamos a pensar que el TS ha sentido temor a que un pronunciamiento de ese tipo hubiese tenido unas repercusiones internas y externas de un calado extraordinario que han disuadido al Tribunal de adoptar tal postura. En efecto, desde el punto de vista interno, tal pronunciamiento hubiese significado una avalancha masiva de peticiones de la nacionalidad española por saharauis (los 74.000 del censo de 1974 más sus descendientes) que hubiese tenido unas consecuencias socioeconómicas nada desdeñables; desde el punto de vista externo, ese pronunciamiento alteraría de modo troncal la política exterior española en el contencioso del Sahara Occidental: si ahora esa postura es de una pretendida neutralidad, la misma tendría que decantarse necesariamente hacia los saharauis, aunque sólo fuera porque España tendría que ejercer su protección diplomática respecto a unos eventuales ciudadanos españoles saharauis que decidieran quedarse a vivir en el Sahara ocupado por Marruecos y sufrieran las consabidas medidas represivas que el dictador imperante allí aplica a los disidentes (detenciones ilegales, torturas, desapariciones, etc. sobre las que los informes de Amnistía Internacional ofrecen abundantes datos). Las consecuencias no quedarían ahí, pues la nueva situación llevaría a una implicación directa de España en el seguimiento del proceso de descolonización con un status específico que nos llevaría a una probable confrontación con Marruecos. Por otro lado, finalmente, cabría hacer una reflexión de política legislativa o si se quiere teórico-constitucional. Cuando después de veintiún años de vigencia de la Constitución y diecinueve años

de actividad del Tribunal Constitucional la jurisprudencia de este último no ha conseguido permeabilizar al Tribunal Supremo, cuando se constata el desconocimiento de la misma por tan alto Tribunal, no podemos menos, a mi juicio, que reivindicar en nuestro sistema la existencia del Tribunal Constitucional frente a las voces, cada vez menos tímidas, que abogan por la transferencia al Tribunal Supremo de algunas atribuciones que ahora ostenta el anterior.

CRITICA DE LIBROS

