

Nº 11
Tercer trimestre 2017

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 11. Septiembre 2017

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA y VLEX

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. David Larios Risco

Asesor jurídico de la Organización Médica Colegial de España.

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

D. Jaime Pintos Santiago

Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo. Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.

SUMARIO

EDITORIAL	
El Consejo de Redacción	9

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

“LA JURISPRUDENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA EN LA LABOR DE APOYO Y CONTROL AL ARBITRAJE (2011-2017)”	
D. Jesús Campo Candelas	15
“TRANSPARENCIA Y PARLAMENTOS AUTONÓMICOS: EL CASO DE LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA”	
D. Fernando Ruíz Cristina	49
“DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS”	
D. Héctor Luis Arzola Astacio	97

SECCIÓN INTERNACIONAL

“PROPUESTA DE GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS ORDINARIOS MEDIANTE EMPRESAS PRIVADAS DE CAPITAL MUNICIPAL”	
D. Luis Fernando Barquero Cordero	149
“NECESIDAD Y DIFICULTAD DE LA RECONCILIACIÓN CUANDO HAY TRAUMAS POR VIOLENCIA”	
Dr. D. Franco Conforti	193

“LA GARANTÍA DEL DERECHO DE NO DISCRIMINACIÓN
A LA POBLACIÓN SAHARAUI EN EL ACCESO A LA
NACIONALIDAD ESPAÑOLA”

D^a Anthinea Interbartolo 205

BASES DE PUBLICACIÓN245

EDITORIAL

Poner en marcha una Web a nivel institucional puede parecer algo sencillo, aunque no siempre es así.

Desde la Revista Gabilex llevamos tiempo trabajando en esta cuestión, algo que ha llevado no pocas reuniones, mucho esfuerzo y sobre todo, muchas ganas, no perdiendo nunca de vista este objetivo que por fin hemos conseguido lograr como uno de los hitos, que creemos pueden ser más importantes, desde el nacimiento de la Revista hace ya unos años.

Por ello, desde el Consejo de Redacción queremos dar la bienvenida a la página oficial de la Revista Gabilex www.gabilex.castillalamancha.es.

El sitio web contiene toda la información sobre la Revista: la composición del Consejo de Redacción, del Comité Científico y del Consejo Evaluador externo; la publicación descargable de todos los números tanto ordinarios como extraordinarios, y la posibilidad de suscripción a la misma. Además, para mayor comodidad de los lectores, la web hace búsquedas por autores, de los que se podrán ver sus referencias curriculares y descargar individualmente sus trabajos. Asimismo también contiene la información de las Jornadas GABILEX que anualmente se celebran y que ya este primer año han sido un éxito.

Por otra parte, la importancia de la llegada de esta tan esperada y trabajada nueva Web va en consonancia con la importancia que hoy en día tienen que las redes sociales, también en los ámbitos jurídicos y

profesionales, ya que están teniendo un protagonismo vertiginoso en la sociedad y por ello la presencia y difusión de Gabilex en las mismas se hace inevitable.

Esta es una circunstancia que ya se venía dando, debido al seguimiento profesional que la Revista ya atesora, siendo los propios autores y lectores los que se han venido encargando de difundir los distintos números y trabajos a través de las redes sociales profesionales, amén del trabajo al respecto que también realizamos los miembros que formamos esta Revista.

Aun así, el salto en este aspecto de las redes sociales también resulta trascendental con el nacimiento de la nueva Web, ya que permite contar a la Revista con visibilidad propia en las RRSS, de forma que actualmente contamos con Twitter y LinkedIn, cuyas direcciones respectivamente son las siguientes:

Twitter: @revistagabilex

LinkedIn: <https://www.linkedin.com/in/gabilex-revista-jccm-a621a314a/?ppe=1>

Nuestro número de suscriptores ha venido creciendo exponencialmente. Entendemos además que el nuevo modelo de suscripción que otorga la propia página Web de la Revista facilitará más aun este crecimiento exponencial, tanto en España como fuera de ella, dado que son también muchos los seguidores que tenemos de en otros países, lo que ha llevado a la Revista a abrir en recientes números una sección de doctrina internacional.

Ya son muchos los que nos siguen en las Redes Sociales y son más los que esperamos se conviertan en seguidores de la información jurídica que facilitamos a través de la Revista y por medio de las Redes Sociales.

Si importante es el nacimiento de una nueva Web propia y específica de la Revista, no es baladí la importancia de que la Revista haya sido incluida en dos nuevas e importantes bases de datos jurídicas: Smarteca de la editorial La Ley y en breve en la sección de Revistas de Tirant Lo Blanch.

Por todo lo anterior, entendemos desde la Dirección de la Revista y el Consejo de Redacción que estamos de enhorabuena, porque la difusión del pensamiento y los conocimientos científicos y jurídicos de actualidad que ofrece con calidad cada edición de la Revista van a poder alcanzar mayores cotas extensión, lo cual creemos muy humildemente favorece a toda la comunidad científica y jurídica, a todos los profesionales que la rodean y al conjunto de la sociedad en general.

EL CONSEJO DE REDACCIÓN

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

**"LA GARANTÍA DEL DERECHO DE NO
DISCRIMINACIÓN A LA POBLACIÓN
SAHARAUI EN EL ACCESO A LA
NACIONALIDAD ESPAÑOLA"**

***"THE GUARANTEE OF THE RIGHT TO
NON-DISCRIMINATION FOR
SAHRAWI'S POPULATION IN THE
ACCESS TO SPANISH CITIZENSHIP"***

D^a Anthinea Interbartolo

Estudiante de Derecho en la Universidad de Palermo¹

RESUMEN

El objeto de este trabajo es avanzar en la homogeneización del trato de los nacionales y de los extranjeros en el acceso a la nacionalidad española por residencia. Se subraya la necesidad de una intervención legislativa, de acuerdo con la contribución doctrinal y jurisprudencial, destinada a extender, por analogía, en nombre de la vinculación histórica a España, la disciplina

¹ La elaboración del artículo se debe a una estancia de búsqueda en la Universidad de Burgos, en virtud de la cooperación entre ambas Universidades y a efectos de mi TFG cuyo título es: "l'evoluzione della cittadinanza nell'ordinamento costituzionale. Le possibili trasformazioni della legge sulla cittadinanza negli ordinamenti giuridici italiano e spagnolo: un passo verso il cosmopolitismo"

vigente aplicable a las poblaciones de extranjeros, como la comunidad sefardita o los habitantes de Guinea Ecuatorial, en favor de los saharauis, cuyo trato discriminatorio que reciben no tiene ningún fundamento ni razones sistemáticas y lógicas.

ABSTRACT

The aim of this study is to reach the homogenization of the treatment of nationals and foreigners in the access to Spanish nationality by residence. It emphasizes the need for a legislative intervention, in accordance with the doctrinal and jurisprudential contribution, in order to extend, by analogy, in the name of the historical link to Spain, the current discipline applicable to the populations of foreigners, such as the Sephardic community or the inhabitants of Equatorial Guinea, in favor of the inhabitants of Western Sahara, whose discriminatory treatment don't have a systematic and logic foundation.

Palabras clave: nacionalidad española, residencia, extranjeros vinculados, población saharauí, asimilación, principio de no discriminación.

Key Words: spanish nationality, residence, foreigners linked, saharawi population, assimilation, principle of non-discrimination.

SUMARIO:

I. Introducción

II. Punto de partida: el régimen de adquisición y pérdida de la nacionalidad española

III. Análisis particularizado de la adquisición de la nacionalidad española por extranjeros procedentes de países o comunidades con particular vinculación a España

IV. Aproximación a la vinculación de los saharauis con el Estado español

V. Examen de la proposición de modificación del artículo 22.1 del Código Civil y valoración

I. INTRODUCCIÓN

Desde un punto de vista histórico, los flujos migratorios en el siglo XIX se ajustaron al trazado de las políticas imperiales del Norte con respecto al Sur. El Norte a través de una política colonial imperialista se abalanzó sobre el Sur, imponiendo coactivamente un modelo cultural dominante. Hoy en día las migraciones de población se han invertido, dado que son los ciudadanos del Sur quienes emigran hacia el Norte como consecuencia del fenómeno de la globalización cultural que no sólo afecta a la economía sino también se extiende a la cultura, tendiendo a homogeneizarla de varias formas: por ejemplo, desarrollando tradiciones comunes o difundiendo un idioma manejado por la mayoría de los individuos. La globalización de los derechos y de las libertades es sin duda un requisito imprescindible si aspiramos a construir una ciudadanía global, que supone el diálogo y el ejercicio de la democracia a nivel mundial.

El objetivo de este trabajo es avanzar en la homogeneización del trato de los nacionales y de los extranjeros en el acceso a la nacionalidad de un Estado, que esta última tiene que ser entendida como una condición sociológica propia de cada individuo, que le permite identificarse en abstracto con la cultura de una Nación a la que se siente vinculado por varias razones, sean esas históricas, económicas o sean sociales, y una vez que se define esa identidad a través su integración en el territorio, se justifica la intervención del Estado para concretar el acceso legal a esa determinada Nación.

El objeto de estudio del trabajo se ha centrado en la problemática particular de los saharauis.

El régimen jurídico aplicable a la adquisición de la nacionalidad española se regula en el Código Civil (CC en adelante), que tiene que ser integrado, en cuanto a la previsión de los requisitos legalmente exigidos y que tienen que ser cumplidos para obtener la residencia con la disciplina prevista en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Deducimos del análisis del artículo 22 CC un trato discriminatorio en el acceso a la nacionalidad por residencia, que excluye unas categorías sin una lógica sistemática, como ocurre con los saharauis, asimilables a las personas que tienen una vinculación especial con España, como los sefardíes, colectivo a los que con la Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España, se ha facilitado el acceso, o de los guineanos. Definimos, en general, el régimen, de hecho aplicable, a las poblaciones a las que los saharauis pueden ser asimilados, en nombre de la vinculación histórica a España, y posteriormente analizamos, más en detalle, la anómala condición personal de sus habitantes. En ausencia de una disciplina legislativa expresa aplicable a esta población, se subraya la importancia de la contribución doctrinal y jurisprudencial en favor de una extensión analógica de la disciplina vigente a éstos y la importancia de una necesaria intervención legislativa que colme este injustificado vacío normativo.

II. PUNTO DE PARTIDA: EL RÉGIMEN DE ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Los conceptos de nacionalidad y ciudadanía han sido utilizados como sinónimos, aunque sean susceptibles de recibir una definición más exhaustiva. En un sentido metafórico, la nacionalidad se puede comparar con una semilla de la que crece un árbol y el ciudadano representaría el árbol como parte del ecosistema. Ese ecosistema es un complejo de situaciones jurídicas de que cada individuo es titular y en el que estas aumentan o disminuyen por la intervención de un miembro de una estructura organizativa que encarna el Estado.

Se trata de dos conceptos autónomos e interrelacionados. Nos centramos en el concepto de nacionalidad, que puede ser interpretado en un sentido negativo o formal, como vínculo político jurídico que liga a un individuo con un determinado Estado. La pertenencia a una nación determina la condición de ciudadano y, como tal, le corresponde el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes, atribuidos o concedidos discrecionalmente por el Estado. La otra interpretación posible adopta un prisma positivo, como una resultante sociológica condicionada por varios factores como el lugar de nacimiento. Además las varias definiciones acuñadas convergen en reconocer la nacionalidad como un estado civil, que se compone de una connotación personal que incide directamente en la capacidad de obrar de las personas, les acompaña desde su nacimiento y afecta sus leyes más personales, y a la que se une una connotación política por su carácter constitucional (artículo 13 de la Constitución española, CE en adelante), aunque sea el Código Civil el que la regule sustancialmente.

Para determinar la condición de nacional desde la perspectiva constitucional del ordenamiento jurídico es preciso acudir al Capítulo Primero de la CE en la que no se equipara a nacionales y extranjeros como se deduce en el art. 13.1 CE y que ha de ser interpretado junto con

los artículos 10 y 53.1 CE². Para determinar la condición de nacional dentro de la dimensión sociológica del ordenamiento jurídico hay que considerar la forma en la que esa condición es reconocida jurídicamente por cada Estado. Los Estados tienen competencia exclusiva en la regulación de la nacionalidad, pero limitada a la protección de la relación efectiva entre el Estado y sus nacionales y, en caso de que se verifique el fenómeno sucesorio, el Estado que sucede puede aprobar medidas legislativas que reconozcan la continuidad de la vinculación con el Estado sucedido. Eso comporta que el reconocimiento de la condición de nacional sea un supuesto fundamental tanto de la identidad nacional como de la supranacional de un individuo.

Centrados ya en los modos de adquisición de la nacionalidad española, se pueden distinguir dos formas de adquisición: originaria y derivativa. La primera determina la adquisición de la nacionalidad desde el nacimiento y la segunda con posterioridad al mismo³. El primer caso es el resultado del reconocimiento de un derecho subjetivo del individuo y el segundo, de una concesión previa solicitud⁴.

La nacionalidad española de origen se adquiere por la pertenencia del nacido a una determinada línea o estirpe familiar, *ius sanguinis*, o en virtud del lugar de nacimiento, *ius soli*. El *ius sanguinis* es el principal

² De acuerdo con el artículo 13.1 CE: "*Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley*".

³ ESPINAR VICENTE, J.Ma., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Civitas, Madrid 1994, pp.72 y ss.

⁴ Así lo manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2003 (RJ/2004/764).

criterio de atribución *ex iure* de la nacionalidad española, que prescinde de la voluntad del individuo al que se le reconoce⁵. El *ius soli* o nacimiento en España se presenta también como un instrumento de lucha contra la apatridia y de protección de los menores⁶.

La adquisición derivativa permite a personas, que en origen tenían otra nacionalidad o carecían de nacionalidad alguna, ejercer el derecho a adquirir la nacionalidad tras la verificación de unas condiciones excepcionales determinadas legalmente. Se distinguen los siguientes modos: opción (artículo 20.1 CC), carta de naturaleza (artículo 21.1 CC) y residencia (artículos 21.2 y 22 CC), además de preverse la consolidación por posesión de estado en el artículo 18 CC⁷.

5 El artículo 17.1.a) CC otorga la nacionalidad española "a los nacidos de padre y madre españoles".

Ha de destacarse que el artículo 19.1 CC establece que "El extranjero menor de dieciocho años adoptado por un español adquiere, desde la adopción, la nacionalidad española de origen".

6 El artículo 17.1.b) CC atribuye la nacionalidad española por el nacimiento en España del hijo de padres extranjeros, si al menos uno de ellos hubiese nacido también en España. El artículo 17.1.c) CC, con la finalidad de evitar ser apátrida, atribuye la nacionalidad española 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 artículo 17.1.d) CC atribuye la nacionalidad española de origen a los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada, por presunción *iuris tantum*. Ese artículo tiene que ser leído conjuntamente con el artículo 9.6 CC, de acuerdo con el cual corresponde a la ley española establecer las medidas de protección respecto de los menores que estén en territorio español. Espinar Vicente, J. M^a, *La nacionalidad...*, cit., pp.72 y ss.

7 Para la validez de esta adquisición el artículo 23 CC establece unos requisitos comunes: que el mayor de catorce años y capaz de prestar una declaración por sí jure o prometa fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes (art.12 párrafo 1 de la Orden JUS/1625/2016, de 30 de septiembre); declaración de renuncia a su anterior nacionalidad, exceptuados los naturales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea

Los supuestos de adquisición de la nacionalidad española que generan el derecho a la opción son: la filiación o nacimiento en España declarada después de los 18 años de edad (artículo 17.2 CC); la adopción de un mayor de 18 años (artículo 19.2 CC); la sujeción actual o pasada a la patria potestad de un español (artículo 20.1.a) CC); y ser hijo de padre o madre que hubiera sido originariamente español y nacido en España (artículo 20.1.b) CC). La declaración de opción por la nacionalidad española ha de realizarse en el plazo establecido por ley (salvo en el caso del artículo 20.1.b) CC). Por tanto, una vez transcurrido, el eventual optante pierde todo derecho a utilizar dicha vía de adquisición derivativa de la nacionalidad española, pero el art. 22.2.b) CC permite la adquisición mediante el plazo de residencia de un año.

El art. 21.1 CC establece que se adquiere la nacionalidad española por carta de naturaleza, otorgada por el poder discrecional del Gobierno mediante Real Decreto, cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales. Así, por ejemplo el Real Decreto 453/2004, de 18 de marzo, concedió la nacionalidad española a las víctimas de los atentados terroristas del 11 de marzo de 2004. Se configura como una vía complementaria, que sirve para aumentar las garantías del sistema aunque su aplicación sea inusual.

En cuanto a la adquisición derivativa por residencia, es el supuesto más difundido. El artículo 22 CC dispone los requisitos que tienen que ser cumplidos. La residencia debe prolongarse durante 10, 5, 2 o 1 años de forma legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición, y el interesado debe acreditar buena conducta cívica y un suficiente grado de integración en la sociedad

Ecuatorial o Portugal y los sefardíes originarios de España; inscripción en el Registro Civil español de la adquisición.

española⁸. La legalidad de la residencia implica que el solicitante debe haber obtenido la autorización de residencia (artículos 29 a 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social). El procedimiento de adquisición de la nacionalidad por residencia tiene carácter administrativo y se regula en el Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se regula el procedimiento de adquisición de la nacionalidad española por residencia.

Y por lo que respecta a la pérdida y recuperación de la nacionalidad, la pérdida se produce en ejercicio de la voluntad del sujeto que reside habitualmente en el extranjero por la efectiva adquisición de una nacionalidad extranjera o por la utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera que tuviera atribuida antes de la emancipación, salvo en el caso de los nacionales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Portugal o Guinea Ecuatorial (artículo 24.1 CC). Asimismo la pierden los emancipados que residan habitualmente en el extranjero y tengan otra nacionalidad si renuncian

⁸ El plazo general de residencia exigido es de 10 años. La residencia quinquenal está prevista para quienes hayan obtenido asilo o refugio; la bienal para quienes pretenden naturalizarse españoles sean nacionales de origen de los países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal o sefardíes; y la anual para los casos de los nacidos en territorio español, los que no hayan ejercitado oportunamente la facultad de optar, los que hayan estado sujetos legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, los que al tiempo de la solicitud llevaran un año casados con español o española y no estuvieren separados legalmente o de hecho, el viudo o viuda de española o español, si a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho y los nacidos fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela que originariamente hubieran sido españoles.

expresamente a la nacionalidad española (artículo 24.2 CC). Finalmente, los que habiendo nacido y residiendo en el extranjero y ostenten la nacionalidad española por *ius sanguinis* si sus padres también hubieran nacido en el extranjero pierden la nacionalidad española, en caso de que las leyes del país donde residan les atribuyan la nacionalidad de este, si no declaran su voluntad de conservarla en el plazo de tres años desde su mayoría de edad o emancipación (artículo 24.3 CC)⁹.

El artículo 26 CC regula la recuperación de la nacionalidad española, cuyos requisitos son: ser residente legal en España, declarar ante el encargado del Registro Civil la voluntad de recuperarla e inscribir la recuperación en el Registro Civil¹⁰.

III. ANÁLISIS PARTICULARIZADO DE LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR EXTRANJEROS PROCEDENTES DE PAÍSES O COMUNIDADES CON PARTICULAR VINCULACIÓN A ESPAÑA

El punto de partida viene dado por el planteamiento de la cuestión de si un tratamiento diferente recibido por los extranjeros según la procedencia es conforme al principio de no discriminación por razón de nacionalidad o al principio de equiparación del extranjero al

⁹ El artículo 25 CC establece supuestos de pérdida de nacionalidad, limitadas a los españoles que no lo sean de origen, a modo de penalización.

¹⁰ No podrán recuperar la nacionalidad española sin previa habilitación concedida discrecionalmente por el Gobierno a los incursos en los supuestos del artículo 25 CC.

nacional¹¹. Para darle una respuesta es preciso analizar el régimen vigente en esta materia.

Para concretar la condición de extranjero acudimos al artículo 1.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de acuerdo con el cual *"Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española"*. Dicha Ley Orgánica responde al propósito de concretar el alcance de la asimilación de los extranjeros a los nacionales enunciado en el artículo 13.1 CE y en el 27 CC¹².

Ha de tenerse presente, en todo caso, que los nacionales de un país miembro de la Unión Europea gozan de un *status* especial que les otorga un tratamiento legal privilegiado fundado en el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad, resultado de la automática atribución de doble nacionalidad (la nacional de cada Estado de pertenencia y la comunitaria de la Unión Europea, cumulativa respecto a la primera). Respecto de ellos la garantía de la igualdad de trato es efectiva en cuanto se les equiparan a los nacionales, ante la existencia de una identidad europea definida.

La Ley Orgánica 4/2000 establece los requisitos a los que se subordina la concesión del permiso de entrada, permanencia y salida en España, diferenciando dos situaciones jurídicas como son la de estancia y la de residencia; esta última puede ser, a su vez, temporal o de larga duración (*ex* artículo 30.bis.2). Nos centramos

11 El artículo 5.2 del Convenio Europeo sobre la Nacionalidad, de 6 de noviembre de 1997, dispone que *"Cada Estado Parte se guiará por el principio de no discriminación entre sus nacionales, ya sean nacionales por nacimiento o hayan adquirido su nacionalidad posteriormente"*.

12 De acuerdo con este último, *"los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en leyes especiales y en los tratados"*.

en los necesarios para obtener el permiso de residencia en territorio español.

En cuanto a los que justifican el otorgamiento del permiso de residencia temporal, es preciso acreditar que el solicitante dispone de los medios de vida suficientes para atender sus gastos y de sus familiares, como prevé el artículo.31.2 o "*por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente*" (artículo 31.3). Por lo que respecta al otorgamiento de la residencia permanente, antes de todo se subordina a la acreditación de la previa residencia temporal, por una temporada continuada de por lo menos cinco años (artículo 32.2). Este tipo de residencia se presenta como presupuesto para solicitar la nacionalidad española, ex artículo 22 CC.

Este último precepto refleja un régimen especial aplicable a quienes proceden de países o comunidades con una particular vinculación con España. Existe un triple criterio para establecer esa relación especial: los Estados que nunca han sido colonias españolas pero han estado unidas en el pasado a España, como Portugal y Andorra; los países que fueron incorporados al imperio español o fueron colonias españolas, entre los que se distinguen los que se incorporaron en tiempos más remotos, como los países iberoamericanos y Filipinas, y las que lo fueron en tiempo más reciente, como Guinea Ecuatorial; y aquellas comunidades que no forman un Estado, caso de los sefardíes. Se aprecia, sin embargo, una falta de sistematicidad y lógica en la aplicación de este trato especial.

El primer criterio se refiere a los Estados como Portugal y Andorra que nunca fueron colonias españolas, aunque estuvieron unidos a España en determinados periodos

históricos. Parece responder a la vecindad geográfica que la aplicación del plazo más breve del artículo 22 CC se limite a estos Estados y no se extienda a otros países, como Bélgica o Italia (por la vinculación con el Reino de las Dos Sicilias), cuya unión a España fue incluso más prolongada cronológicamente que la de esos Estados. De este modo, en tanto a un ciudadano portugués se le aplica el plazo reducido de dos años, en el caso de un italiano que quiera acceder por la misma vía (residencia) a la nacionalidad española deberá esperar 10 años de residencia legal en España.

El segundo criterio también extiende el plazo de dos años a los Estados que fueron incorporados al imperio español o, más próximamente en el tiempo, que fueron colonias españolas. En este caso se echa en falta la aplicación a Marruecos, que estuvo sujeto parcialmente al Protectorado del España.

Finalmente, en cuanto a la comunidad sefardí, se fortalece el vínculo histórico que los une a España. Los descendientes de quienes emigraron voluntariamente o fueron expulsados tienen derecho a conservar el vínculo que les une a España alimentando el conjunto de valores y tradiciones que han heredado de sus parientes.

Por su interés para el análisis de la problemática saharauí nos centramos en el régimen jurídico aplicable a los guineanos y a los sefardíes que aspiran adquirir la nacionalidad española. En relación con Guinea Ecuatorial el motivo es su proximidad territorial y temporal con Sahara Occidental, en cuanto ambos territorios tenían la condición de colonia africana, no obstante lo cual no el tratamiento en el artículo 22 CC es distinto. La razón de esta diferencia de trato puede encontrarse en que Guinea Ecuatorial proclamó su independencia. Y respecto de la comunidad sefardí, la conexión con los saharauis

radica en su identificación como un conjunto de personas no asociada a la idea de nación, sino a la confesión religiosa.

En el caso de los guineanos, para entender las razones que justifican la particular posición jurídica de estos sujetos es preciso hacer referencia a los acontecimientos históricos que supusieron la apertura del Gobierno español a los nacionales de ese Estado. En Guinea Ecuatorial se inició el proceso de provincialización por Ley 4/1959, de 30 de julio desarrollada por Decretos de 31 de marzo y 7 de abril de 1960, que transformó la colonia en dos territorios: Río Muni y Fernando Poo. Por Ley 191/1963, de 20 de diciembre, de Bases sobre el régimen autónomo de la Guinea Ecuatorial, se reconoció a esos territorios un régimen autónomo, desarrollando gradualmente estructuras político-administrativas municipales. Los dos territorios tuvieron una representación paritaria dentro de la Asamblea General, a la que se añadieron un Consejo de Gobierno y un Comisario general. Se reconoció a los naturales de esos territorios derechos y deberes de los que gozaban los demás españoles por las leyes fundamentales franquistas.

A partir de la independencia, se produjo una discriminación de trato en el acceso a la nacionalidad en función de la posesión de un pasaporte español conseguido anteriormente a la proclamación de la independencia, pues a quienes carecían del pasaporte o a los que se les caducaba se les proveía de la cédula de inscripción de apátrida. Las autoridades españolas siguieron dando su apoyo sistemático al Gobierno guineano, contribuyendo así al mantenimiento de un régimen empobrecedor, a través de la Ley 49/1968, de 27 de julio. En virtud del Real Decreto 1987/1977, de 28 de octubre, sobre concesión de la nacionalidad española a determinados guineanos, se posibilitó la concesión de

la nacionalidad por carta de naturaleza en atención a las circunstancias excepcionales detalladas en el artículo primero¹³. En el artículo segundo del Real Decreto se estableció el plazo de un año a partir de su entrada en vigor para poder ejercer esa opción ante el encargado del Registro, a partir de la publicación de la norma o de la mayoría de edad o emancipación del interesado. Una vez calificado ese derecho por la Dirección General de Registros y del Notariado, esta ha de disponer lo preciso para la adquisición de la nacionalidad (principalmente la inscripción en el Registro Civil). Y a ello se une la legitimación de cualquier ecuatoguineano para solicitar la nacionalidad española trascurridos dos años de residencia ex artículo 22.1 CC si demuestran que cumple los requisitos exigidos por ley, es decir si ha conseguido una autorización para residir en España legalmente y de forma continuada.

Respecto de los sefardíes, también en este caso para entender, en pleno, las razones que justifican la particular posición jurídica de ese colectivo es preciso hacer una referencia a los acontecimientos históricos que han determinado la extensión de un régimen preferencial para quienes acreditan pertenecer a esta categoría. En primer lugar ha de acudir a la expulsión del territorio actualmente español que sufrieron los judíos que permanecieron en la Península Ibérica hasta la Edad Media, bajo del reinado de Isabel y Fernando, el 31 de Marzo del 1492, con la firma del Edicto de Expulsión, que

¹³ Las circunstancias excepcionales eran ser residentes en España al tiempo de publicarse el Real Decreto 1987/1977 y que antes del 12 de octubre 1968 hubiesen prestado servicio militar o ejercido cargo o empleo público como súbditos españoles. Al respecto, ARGUDO PÉRIZ, J.L. Y PÉREZ MILLA, J.J., *“Vinculación nacional y nacionalidad de los habitantes de los territorios descolonizados del África española”*, en Acciones e investigaciones sociales, nº 1, 1991, p.180.

tuvo como consecuencia la generación de una comunidad de exiliados: los judíos expulsados y sus descendientes. El fundamento de ese Edicto fue el rechazo de los que vivían en territorio de las Coronas de Castilla y Aragón de convertirse al catolicismo y la oposición de esa postura al intento de crear una unidad religiosa cristiano-católica. Empezó así la diáspora forzosa de esa comunidad hacia destinos diversos. No obstante la dispersión, conservaron sus propias culturas de origen, en particular el conocimiento del latín.

En el siglo XIX se verificaron unos acontecimientos en derogación del Edicto que marcaron el comienzo de un campana filo-sefardí que tenía como objetivo la reintegración en España de aquellos "españoles sin patria", superando así aquellas orientaciones que calificaban estos súbditos como españoles solo aparentes.

En la actualidad existen dos medios para que los sefardíes puedan obtener la nacionalidad española. Primero, acreditando ser sefardí y probando su residencia legal en España durante al menos dos años, de acuerdo con el artículo 22 CC, asimilándose ya en estos casos su situación a los nacionales de otros Estados y naciones, como las iberoamericanas, con especial vinculación con España. Y en segundo lugar, por carta de naturaleza, otorgada discrecionalmente cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales, en virtud del artículo 21 CC.

La aplicación del plazo de dos años para adquirir la nacionalidad por residencia se produjo por Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en

materia de nacionalidad¹⁴. Esa modificación obedeció a dos motivos: por un lado, en virtud del artículo 56.1 CE se resalta la importancia del vínculo histórico que liga a España con determinadas comunidades, y así se identifica al Rey como la "*más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica*", y, por otro, España se siente responsable ante de la comunidad sefardí e intenta reparar de esta manera las consecuencias de la expulsión de 1492.

Respecto del segundo medio, el régimen jurídico actualmente aplicable al colectivo sefardí incluye la Ley 12/2015, de 24 de Junio, que garantiza a los sefardíes originarios de España, descendientes de los expulsados, el acceso a la nacionalidad española, facilitándolo a través de un procedimiento de concesión de la nacionalidad por carta de naturaleza ex artículo 21.1 CC, sin necesidad de probar la residencia en España ni de renunciar a su anterior nacionalidad. La circunstancia excepcional que hace surgir ese derecho es la condición misma de pertenencia al colectivo del sujeto interesado y su especial vinculación con España, acreditadas en la forma prevista en el artículo 1 de la Ley¹⁵. Los interesados disponen de un plazo de tres años, prorrogable por un año más, desde la entrada en vigor de la Ley para manifestar sus deseos de adquirir la nacionalidad española (Disposición Adicional Primera).

¹⁴ La denominación de la comunidad que profesaba la religión hebrea como sefardí alude a su etimología, "*Sefarad*", que en lengua hebrea significa Patria.

¹⁵ Al respecto, GARCÍA GÓMEZ, R., "*Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España*", en *Ars Iuris Salmanticensis*, nº 2, 2015, pp.203-205.

A partir de lo expuesto, pasamos a analizar la situación de los saharauis y las propuestas en relación con esta.

IV: 4. APROXIMACIÓN A LA VINCULACIÓN DE LOS SAHARAUIS CON EL ESTADO ESPAÑOL

Es preciso analizar brevemente los hechos históricos que han conducido a la actual situación de inestabilidad de Sahara Occidental.

La presencia española en los territorios del África Occidental, datada desde el siglo XV, con carácter político-administrativo y dentro de un proceso que se funda en razones militares y geoestratégicas, ha sido dividida en tres etapas¹⁶: la etapa de asimilación a colonia española, con interés en la explotación mercantil; la de provincialización, que reconoce una relación de sumisión de las provincias al Estado bajo su imperio político y se contemplan formulas heterogéneas de organización provincial; y la de descolonización.

Por lo que respecta a la segunda, durante ella el Estado español, como potencia administradora, ejerció un fuerte control sobre estos territorios no autónomos a través del Ministerio de Presidencia y de los Gobernadores Generales, conservando una presencia saharauí en las Cortes y el Consejo nacional, que participaba en la determinación de los intereses de la provincia. Asimismo, en el ámbito de la Administración local se inició un proceso de transformación de la estructura

¹⁶ ARGUDO PÉREZ, J.L. Y PÉREZ MILLA, J.J., “*Vinculación nacional...*”, cit., pp.160 y ss.

organizativa del territorio¹⁷. Sin embargo, en Sahara Occidental resultó difícil, por su carácter desértico y por la media de edad de sus habitantes¹⁸.

Ha de destacarse que la equiparación de los provinciales a los nacionales, por ejemplo en el sector administrativo, generó solo en abstracto la asimilación de los habitantes de ambos territorios en el goce de derechos y deberes, pues nunca fueron reconocidos como españoles ni por *ius sanguinis* ni por *ius soli*, con la excepción de los descendientes de españoles. En concreto esa asimilación nunca se verificó¹⁹.

La descolonización se produjo en el marco de la "Carta Magna de la descolonización", adoptada por la Asamblea

¹⁷ Se habla de "*materialización de la organización provincial*".

¹⁸ Estos caracteres del territorio nos llevan a considerar el Sahara como una extensión del territorio metropolitano español, con consiguiente reconocimiento la condición de nacionales españoles al pueblo saharauí; equiparación de status entre españoles peninsulares y nativos, se consagró en la Orden de 29 de noviembre de 1966, ambos llamados a ejercer el derecho de voto en el referéndum convocado por el Decreto 2930/1966 para elegir entre la integración o independencia de Marruecos; tienen que cumplir los objetivos de la MINURSO Misión des Nations Unies pour l'Organisation d'un Referendum au Sahara Occidental, una misión pacífica de la ONU, establecida en 1991, para definir el estado jurídico de ese territorio. En relación con ello, ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., "*La Ley española de extranjería: problemas que plantea en materia de discriminación por razón de nacionalidad*", en Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián, Vol. 1, 1999, p.293.

¹⁹ GUZMÁN ZAPATER, M., "*Descolonización y nacionalidad. el caso saharauí. Consolidación de nacionalidad*", en Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, nº 52, 2000, p.19.

General de la Organización de Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1960. Tuvo lugar en respuesta a dos situaciones: las presiones políticas y militares externas de Marruecos y Mauritania y la debilidad política interna de España. En este contexto aconteció la "Marcha Verde", determinante del proceso posterior²⁰. Todo ello condujo a que España, Marruecos y Mauritania firmaran la "Declaración de principios entre España, Marruecos y Mauritania sobre el Sahara Occidental" o Acuerdo de Madrid el 14 de noviembre de 1975 y en que España manifestó su propósito de proceder a instituir una Administración temporal en el territorio en que participarían Marruecos y Mauritania.

La vigencia del Acuerdo se condicionó a la publicación de la Ley 40/1975, de 19 de noviembre, sobre descolonización del Sahara. Finalmente Mauritania abandonó Sahara Occidental dos años después, en tanto Marruecos se mantiene en la zona con la oposición del Frente Polisario, que demanda la celebración del referéndum avalado por la Organización de Naciones Unidas.

La descolonización puede llevarse a cabo de dos maneras: a través de la transformación *ex novo* de la ex colonia en Estado independiente, como se verificó, por ejemplo, en Guinea Ecuatorial con la Ley 49/1968, de 27 de julio, o mediante la sucesión de Estados en el

²⁰ Con esa expresión se hace referencia a la marcha en la que, auspiciados por el Gobierno marroquí, participaron civiles marroquíes y los soldados de las Fuerzas Armadas Reales y que tenía como objetivo la ocupación marroquí del territorio del Sahara Occidental, al momento de la descolonización por parte de España, que estaba sufriendo una crisis política. Se denomina verde porque en las costumbres islámicas el color verde simboliza la paz y la buena voluntad. Empezó el 6 de Noviembre de 1975 por voluntad del rey Hasan II de Marruecos y concluyó con la firma del Acuerdo de Madrid.

territorio descolonizado, como sucedió en Ifni, cedido el 30 junio del 1969 a Marruecos, que sucedió a España. En cambio, en el territorio del Sahara Occidental se produjo una situación anómala.

La Ley 40/1975, de 19 de noviembre, facultó al Gobierno Español, *"para que realice los actos y adopte las medidas que sean precisas para llevar a cabo la descolonización"*. La presencia española en el territorio se justificó en nombre de la misión tutelar que se asignaba el Estado español ante la población saharauí con la finalidad de restaurar la integración territorial mutilada por la colonización²¹. Pero pese a las Resoluciones de la Organización de Naciones Unidas, que reconoció a los habitantes del Sahara Occidental el derecho a la autodeterminación, remitiendo a la libre voluntad de ese pueblo la decisión de su vinculación a uno u otro Estado, el referéndum se sigue postergando cada año y a día de hoy continúa sin celebrarse.

La presencia de España fue permanente hasta el 26 de febrero de 1976, fecha en la que esa se rompió por efecto del abandono del territorio.

Los saharauis, por el mero hecho de nacer en territorio español, no adquirirían la nacionalidad española, salvo el ejercicio del derecho de opción, al que nos referimos seguidamente. En la esfera política, fueron considerados súbditos españoles, que se beneficiaban tras de la colonización de la nacionalidad, aunque no eran

²¹ El Preámbulo de la Ley establece que: *"El Estado español ha venido ejerciendo, como potencia administradora, plenitud de competencias y facultades sobre el territorio no autónomo del Sahara, que durante algunos años ha estado sometido a un régimen particular como el provincial y que nunca ha formado parte del territorio nacional"*.

nacionales ciudadanos²². Tras la descolonización se les privó de este beneficio y se les concedió un acceso privilegiado mediante el ejercicio del derecho de opción. Así, por el Real Decreto 2258/1976 de 10 de agosto, sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sahara, se reconoció el derecho de opción a los habitantes de la provincia de Sahara en sus artículos 1 y 2, generando un vacío normativo en cuanto a la regulación de la conservación de la nacionalidad española a los naturales del territorio. La calificación jurídica de esa concesión de nacionalidad hecha a la población natural de Sahara genera problemas interpretativos. Ese derecho viene calificado como una falsa opción asimilable a la carta de naturaleza con carácter colectivo, a los efectos del artículo 19 CC, y condiciona la individualización de esa concesión al requisito de hallarse *“residiendo en territorio nacional estén provistos de documentación general española, o que encontrándose fuera de él se hallen en posesión del documento nacional de identidad bilingüe expedido por las autoridades españolas, sean titulares del pasaporte español o estén incluidos en los Registros de las representaciones españolas en el extranjero”*²³. La opción se efectúa por declaración o manifestación de los interesados que deseen adquirir la nacionalidad en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor del Real Decreto. El derecho ha de ser ejercitado por el individuo y tiene carácter personalísimo, siendo

²² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho español de la nacionalidad: estudio práctico*, Comares, Granada 2011, p.69.

²³ Parte de la doctrina niega la legitimidad de esta manera de acceso a la nacionalidad por la carencia de otra nacionalidad sustitutoria de la que les correspondía y reconoce el derecho de adquirir la nacionalidad por carta de naturaleza colectiva, ÁLVAREZ RODRIGUEZ, A., *“La Ley española...”*, cit., p.297.

intrasmisible. No se exige el requisito establecido en el CC de la renuncia previa a otra nacionalidad, en cuanto no se trataba de la adquisición de nacionalidad *ex novo*, sino de optar por la nacionalidad anterior.

Se planteó así el problema de cómo acreditar esa condición por quienes carecieran de los antiguos documentos de identidad españoles. Se produjo además la anulación automática de la documentación española para los que no ejercitaran la opción o los que, aunque la ejercitaran, les fuera denegada la nacionalidad por informe negativo de los Ministerios implicados (artículo tercero).

Existe en doctrina, como en jurisprudencia, una dualidad entre asimilación o no de los saharauis a los españoles, en materia de nacionalidad. Según parte de la doctrina jurisprudencial ese régimen es muestra de un privilegio concedido a los naturales del Sahara en virtud del elevado grado de vinculación de estos con la comunidad nacional. El único requisito requerido sería la acreditación de una documentación administrativa²⁴. De acuerdo con otro sector de la jurisprudencia, los saharauis no eran nacionales españoles en virtud de la desvinculación, se encontraban en una situación anómala, no perteneciendo ni a un Estado predecesor ni

²⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Octubre de 1998 inaugura esta doctrina, así como analizada por parte de JUAN SOROETA LICERAS, en *"la problemática de la nacionalidad los habitantes de los territorios dependientes y el caso del Sahara Occidental"*, pag.664. En ese caso objeto de juicio había sido la reclamación de indemnización efectuada por parte de un originario del territorio, residente en el Aiuan en el momento en el que se produjo la retirada de España. El resultado del juicio ha sido la denegación al reclamante de la posesión de los requisitos exigidos para poder conseguir la nacionalidad española.

sucesor, en que se halla en conflicto el ejercicio del derecho a la autodeterminación y el intento de soberanía de Marruecos²⁵.

Se puede deducir, a la luz de estas consideraciones, que la posición anómala de Sahara encuentra su fundamento en la naturaleza excepcional y privilegiada de las medidas legislativas que fueron adoptadas después del Acuerdo de Madrid. La insuficiencia de la disciplina legislativa ha otorgado especial importancia a las decisiones judiciales, por obra de los Tribunales de los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo, que desarrollaron dos orientaciones judiciales opuestas²⁶. Por un lado se aplica la desvinculación personal, absoluta o relativa, defendida por los Tribunales de lo contencioso-administrativo, como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, nº 1227 de 7 de junio de 2010, que niega que los saharauis fueron españoles; por otro, la vinculación personal, defendida por el orden jurisdiccional civil, que reconoce que fueron españoles. Así, en la disyuntiva de identificar el territorio español con el de la nación española, a la luz de una interpretación restringida, o con el espacio físico en el que España ejerce su propia autoridad y sometido a sus Leyes, según una interpretación extensa, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de noviembre de 1999, sostiene la naturaleza de territorio español, sometido a la autoridad del Estado español, pese a su denominación

²⁵ Así, Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2009 y 9 de marzo de 2010, en las que se niega la aplicación del régimen de CC en cuanto no vienen asimilados a los españoles.

²⁶ PÉREZ MILLA, J.J., "*Travesía hacia la nacionalidad española: oasis y desiertos en el Sahara*", Revista general de legislación y jurisprudencia, nº 3, 2011, p.422.

provincial²⁷. Sigue el camino trazado por la precedente jurisprudencia en favor de la aplicación general del régimen del CC, confirmando la vinculación personal de los saharauis a España y desarrollando la doctrina de la asimilación territorial. Los que nacieron en el Sahara cuando estaba sometida a la autoridad española se equiparan a los que nacieron en España y, en cuanto tales, se les puede reconocer la condición jurídica de

27 Afirma el Tribunal: "Pues bien, Guinea, Ifni, y Sahara eran territorio españoles que no formaban parte del territorio nacional. Y porque esto era así es por lo que no se quebrantaba la integridad del territorio nacional por la realización de aquellos actos jurídicos y políticos que determinaron la independencia de Guinea (que hasta ese momento fue una dependencia de España), la cesión o, si se quiere, la «retrocesión» de Ifni a Marruecos, y la iniciación del proceso de autodeterminación del Sahara. y es que solamente puede considerarse «territorio nacional» aquel que, poblado de una colectividad de ciudadanos españoles en la plenitud de sus derechos, constituye una unidad administrativa de la Administración local española -en su caso, de parte de una de ellas- y que, cualquiera que sea su organización, no goce de otra personalidad internacional ni de otro derecho de autodeterminación que el que a la nación corresponda como un todo.

Repetimos: el Sahara español -y otro tanto ocurría con Ifni y Guinea ecuatorial- era, pese a su denominación provincial, un territorio español -es decir: un territorio sometido a la autoridad del Estado español- pero no era territorio nacional".

Esta doctrina ha sido acogida por la jurisprudencia posterior, como se aprecia en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2009: *"la distinción entre territorio nacional y español tiene validez general y opera independientemente de que se ejerciese o no dicha opción".*

españoles, sin perjuicio de las consecuencias de la descolonización para la nacionalidad previa.

El régimen jurídico aplicable cambia en función de la intensidad de la vinculación personal de los habitantes del territorio colonial respecto del metropolitano. De hecho, la orientación mayoritaria es la de la vinculación personal de esa población apátrida, dentro un proceso de asimilación territorial, como se irá exponiendo. El Estado debe hacer una evaluación global para otorgar una suficiente vinculación a una nación a efectos de la adquisición de la nacionalidad de esta, en atención a una pluralidad de parámetros que forman el estado de una persona. El proceso de asimilación de un territorio colonial al metropolitano o la independencia puede ser gradual o progresivo²⁸. En relación con Sahara se ha seguido un *iter* progresivo que nunca ha llegado a equiparar los naturales de estos territorios a los nacionales metropolitanos.

La primera orientación es la de la doctrina de la desvinculación, que se proyecta tanto sobre el territorio como sobre los habitantes del Sahara, que tienen el *status* de súbditos que se beneficiaron de la nacionalidad española al momento de la concesión del derecho de opción y que perdieron automáticamente ese beneficio trascurrido un año, quedando desvinculados de España. Eso provoca que los saharauis (al menos los refugiados que viven en Argelia) sean apátridas e indocumentados. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2007, que reconoce la condición de apátridas de los saharauis, parece abrir, sin embargo, una vía a la adquisición de la nacionalidad ex artículo 17.1.b) CC para los descendientes de nacidos en Sahara antes del 26 de

²⁸ Véase la distinción entre la emancipación plena y limitada, ARGUDO PÉREZ, J.L. Y PÉREZ MILLA, J.J., "*Vinculación nacional...*", cit., p.176.

febrero de 1976 o ex artículo 17.1.c) CC para los descendientes de los nacidos después²⁹. Al respecto, el artículo 17.1.b) CC parece permitir adquirir la nacionalidad española de origen al hijo nacido en España de padre saharauí que naciera en Sahara antes del 26 de febrero de 1976. Sin embargo, si se entiende el término “España” del artículo 17 CC como referido al territorio nacional *stricto sensu*, no incorpora los antiguos territorios de soberanía española, por lo que, según esta interpretación del sentido del artículo 17 CC no se refiere a quienes nacieron en Sahara. En cuanto al artículo 17.1.c) CC, los saharauís carecen de nacionalidad, en cuanto ningún Estado surgió en Sahara Occidental. No son españoles actualmente, ni marroquíes, pues lo rechazan, ni nacionales de Argelia, que les ha concedido el pasaporte exclusivamente por razones humanitarias.

La segunda orientación es la de la doctrina de la desvinculación relativa, en que se les reconoce el *status* de nacionales en atención a la concesión hecha por el RD 2258/1976, de modo que a partir de la caducidad del plazo, el 11 de agosto del 1977, se desvinculan de España, pero quedan exceptuados los que no pudieron ejercer el derecho de opción por imposibilidad de hecho y los que ejercieron regularmente, pero fueron rechazados arbitrariamente e injustificadamente por la Administración.

La tercera orientación, que es por la que nos inclinamos, es la doctrina de la vinculación personal, reflejada en jurisprudencia con la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998, seguida por la antes mencionada de 7 de noviembre de 1999. Se considera el Sahara territorio español. El Tribunal Supremo resquebraja la

²⁹ GÓMEZ RECIO, F., “Sobre la nacionalidad española de los naturales del Sahara”, Diario La Ley, nº 7333, 2010, pp.3-4.

doctrina de la desvinculación. Establece que el territorio saharauí era español y permite que se produzcan los efectos de consolidación de la nacionalidad por la vía estrictamente supletoria, ex artículo 18 CC, que condiciona la nacionalidad española a la posesión y utilización de un título inscrito en el Registro Civil. Esa concesión se aplica estrictamente solo en el caso mencionado. Como se establece en la Instrucción de 28 de marzo de 2007 fuera de ese caso se excluye que se concurren las mismas condiciones el sujeto interesado pueda ejercer el derecho de opción, de hecho, fuera del plazo.

Es preciso examinar qué títulos se consideran idóneos para extender esta previsión a otros casos futuros. Se admite, según una interpretación extensiva, un grado de prueba más flexible: posesión de pasaporte y DNI bilingüe del interesado o el certificado registral del padre que disponía de ese DNI³⁰. Esta cuestión de los medios de prueba exigidos también se relaciona con la atribución por *ius sanguinis*, que demanda al progenitor la facultad de probar su españolidad, para que sea transmitida a sus hijos. Para probar la generación física por progenitor español se acude a los medios previstos en el artículo 85 del Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil, reconociéndose eficacia probatoria a otros documentos³¹. Así sucede con el documento de reconocimiento de la filiación, sentencia judicial, presunción de paternidad matrimonial o certificados de

³⁰ Así establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Octubre de 1998.

³¹ PÉREZ MILLA, J.J., "Travesía...", cit., p.423.

censo elaborados para el Referéndum del Sahara Occidental.

Pero esa doctrina tiene escasa eficacia en la práctica judicial y administrativa en cuanto las inscripciones en el Registro no hacen plena prueba de la nacionalidad española de un saharauí, otorgada por concesión administrativa o judicial³². Lo que solía ocurrir es que los Tribunales rechazaban las pretensiones por razón de insuficiencia de las pruebas para probar la condición personal de español del hijo o del progenitor, el lugar de nacimiento y la relación de filiación. No obstante en la Sentencia antes mencionada del 1998 se obliga el Tribunal a reconocer la nacionalidad del solicitante, admitiendo medios de pruebas diversas del título de inscripción del nacimiento.

El artículo 20.1.b) CC, en su redacción dada por Ley 36/2002, de 8 de octubre, abrió otra vía de acceso a la nacionalidad, a condición que concurrieran dos requisitos: el nacimiento en el Sahara bajo del protectorado español, equiparable al nacimiento en España, y la acreditación de la condición de español de origen del padre del interesado, a través de la aportación al expediente de la inscripción en el Registro Civil español³³.

Además otra vía de acceso a la nacionalidad era a través de la adquisición por residencia legal de un año, ex artículo 22.2.a) o f)CC, que condiciona la nacionalidad a la residencia de un año para el que haya nacido en territorio español y los nacidos fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela que originariamente hubieran

³² Ibidem, p.444.

³³ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., "*La Ley española...*", cit., p.290.

sido españoles, respectivamente. La expresión “*España*” o “*territorio español*” puede ser interpretada en un sentido más o menos amplio en función de si quedan incluidos o excluidos las posesiones, las colonias y los Protectorado, como afirma la Sentencia ya citada. En este caso concreto es interpretada en un sentido amplio, considerando así el Sahara territorio español, sometido a la autoridad del Estado español. Se les aplica a los que hayan nacidos antes del 26 de febrero de 1976 el régimen de adquisición privilegiada por residencia ex artículo 22.2.a) CC, y ex artículo 22.2.f) CC a los que hayan nacido, después de esa fecha, en el Sahara o en otro territorio extranjero de padre o madre, abuelo o abuela originariamente español.

V. EXAMEN DE LA PROPOSICIÓN DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 22.1 DEL CÓDIGO CIVIL Y VALORACIÓN

La Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados en su sesión del día 4 de octubre de 2016, aprobó con modificaciones la Proposición no de Ley relativa a la concesión de la nacionalidad a los saharauis, presentada por el Grupo Parlamentario Esquerra Republicana, en los siguientes términos:

“El Congreso de los Diputados insta al Gobierno español a:

1. Modificar el artículo 22 del Código Civil para incluir a los saharauis entre los que pueden adquirir la nacionalidad española mediante un plazo privilegiado de dos años de residencia.

2. Modificar el artículo 221 del Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento

para la aplicación de la Ley del Registro Civil, para reconocer de forma expresa la validez de los certificados expedidos por los Registros de la República Árabe Saharaui Democrática para probar los hechos a los que hace referencia el artículo 220 del mencionado Decreto.

3. Modificar el apartado h) del artículo 23 del Código Civil como sigue: "Que la misma persona declare que renuncia a su anterior nacionalidad. Quedan a salvo de este requisito los naturales de países mencionados en el apartado 1 del artículo 24, los sefardíes originarios de España y los saharauis"³⁴.

Los numerosos requisitos que tiene que ser cumplidos para acceder a la nacionalidad española dificultan el acceso a esta nacionalidad española y tienen como consecuencia en la mayoría de los casos la denegación de nacionalidad a los solicitantes, generando así un trato discriminatorio para los que fueron españoles. Las razones que justifican la propuesta serían la deuda moral y la responsabilidad histórica. Se ha excluido que exista un interés económico en la relación entre Sahara Occidental y España y afirmado que el interés perseguido en esa relación es el de la libre autodeterminación de esa población. Pero ese interés choca con el interés económico presente en la relación entre España y Marruecos.

El territorio saharauí fue la 53ª provincia española hasta el año 1975 y parece "lógico" que se aplique la misma normativa a los naturales de Sahara Occidental que a los originarios de países iberoamericanos o a los sefardíes. La extensión del régimen privilegiado para estos sujetos encuentra su justificación en el hecho que los saharauis

³⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados de 14 de octubre de 2016.

hablan español, poseían documento de identidad española, tenían representantes en las Cortes y formaban parte del ejército español. La Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, facilita el acceso a la nacionalidad para unas categorías cerradas de sujetos y se excluye su aplicación por analogía a los saharauis. El CC, en el apartado primero del artículo 22 excluye sin razón a los saharauis. Las discriminaciones que han sufrido los saharauis se deben a las diferentes consecuencias del proceso de descolonización, en cada una de las ex provincias. En el Sahara, como hemos ya examinado, no ha sido definida su posición jurídico-política, por lo que la procedencia de un país no reconocido dificulta la aplicación del régimen aplicable a los habitantes de un Estado como España.

Frente a la situación de los sefardíes, respecto de quienes la nacionalidad española se añade a la del país donde nacieron o viven y sirve para reforzar su vinculación a España, el colectivo saharauí no goza de una nacionalidad inicial que les garantice un grado de protección jurídica mínima, por lo que extender este régimen privilegiado de acceso marcaría el comienzo de un proyecto de integración de la población saharauí dentro del Estado español, empezando a colmar el vacío normativo en relación con dicha comunidad.

De llevarse a efecto la reforma del CC en los términos expuestos, se precisarían otras intervenciones normativas complementarias, como sucedió con los sefardíes. A día de hoy hace falta avanzar propuestas de ley para adecuar la disciplina vigente en un contexto de homogeneización del trato jurídico reservado a unas categorías de sujetos que tienen una particular vinculación con España. El objetivo de esas propuestas

tiene que ser el de *“corregir los problemas que se están dando en el acceso a la nacionalidad española por una parte importante de los descendientes de ciudadanos españoles residentes en otros países, al tiempo que unificase y facilitase las condiciones para ese acceso y, en general, las normas existentes, en ocasiones muy dispersas y difíciles de conocer e interpretar”*, como afirmado en el último Pleno del Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior (CGCEE), como se establece en el texto de la reforma de 19 de febrero de 2015.

A la luz del estudio efectuado del contexto histórico, cabe señalar que la cuestión de la inmigración transnacional empieza a ser regulada desde una perspectiva humanitaria y democrática, que aspira a la tutela de la justicia global. Según Van Hoogstraten *“la vida de una persona, al igual que una eclipse, puede tener más que un centro”*. La creciente internacionalización de las relaciones humanas genera la necesaria creación de un régimen internacional de extranjería que establezca un tratamiento homogéneo, equiparando los derechos y deberes que corresponden a los individuos de una comunidad social que intentan entrar en otra con interés por permanecer por una breve temporada o con los que aspiran a convertirse en miembros de ella. En nombre de uno de los principios fundamentales de los ordenamientos democráticos, el principio de igualdad, no se admite un trato discriminatorio de situaciones formalmente iguales, si ese no se funda en una justificación razonable y lógica. A este respecto, se estima privado de lógica el trato diferente reservado a la población saharauí en el acceso a la nacionalidad. La dimensión individual de la situación jurídica de una persona cede frente a la dimensión global de la comunidad social de la que él forma parte.

Pero seguimos identificándonos más a un nivel nacional que transnacional, pese a que vivimos en comunidades continuamente interrelacionadas en las que la identidad transnacional prevalece sobre la nacional. En este contexto, cada Estado debe adecuar su legislación nacional que regula el acceso a la nacionalidad, a través de la adopción de actos legislativos internos, en aplicación de las directrices fijadas en un régimen internacional de extranjería. Tiene que superarse el criterio selectivo y discriminatorio en el acceso a la nacionalidad en favor de un criterio antidiscriminatorio, por lo menos sin justa causa. Los principios fijados en abstracto han de ser adecuados a las situaciones concretas, ponderando el interés en la integración del individuo con el interés del Estado en el enriquecimiento cultural que la integración genera y con el mantenimiento de un equilibrio interno, desde el punto de vista social, político y económico. Junto a la proclamación en abstracto del objetivo de la integración del extranjero en la sociedad en la que aspira a ser acogido, el Estado acogedor en concreto debe ser capaz de ofrecer un nivel mínimo de protección. Ese nivel tiene que ser establecido en un ámbito internacional con intervención a nivel nacional de cada Estado para regular, en concreto, la adopción de medidas necesarias en nombre del principio de la tutela de la justicia social.

Estos principios han de ser aplicados en relación con el Sahara Occidental, cuya situación actual puede ser resumida como sigue: se considera, para el Derecho internacional, sujeto a la potencia administradora española, si bien, como señala la ONU, *"no transfirió la soberanía sobre el Territorio ni confirió a ninguno de los signatarios la condición de Potencia administradora, condición que España, por sí sola, no podía haber transferido unilateralmente"*. En la realidad práctica se halla ocupado por Marruecos, que lo consideraba territorio expoliado. Con vista al objetivo de facilitar el

acceso de los saharauis a la nacionalidad española, por su vinculación de carácter personal a España, es preciso inspirarse en los principios internacionales que gobiernan el régimen de extranjería. El vacío normativo en la legislación española en cuanto a la disciplina aplicable a la población saharauí puede ser colmado en abstracto según una interpretación extensiva de la normativa existente, que es la que viene privilegiada en nuestro análisis, por analogía con otras categorías, sean Estados o comunidades nacionales. No se admiten discriminaciones que excluyan esta categoría si no se justifican según una razón lógica. Esa interpretación en abstracto tiene que ser concretada por la redacción en concreto de una Ley a nivel nacional, fuente primaria que establezca el alcance y los supuestos de acceso a la nacionalidad, aliviando la carga de la prueba y extendiendo las medidas probatorias admitidas. La aprobación de una nueva Ley en esta línea marcaría de manera influyente este camino.

