

**COMENTARIO DE LA
SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 29 DE MAYO DE 2020 (207/2020)**

**Inaplicabilidad del artículo 17. 1. c) del C.C.
a los nacidos en el territorio no autónomo
del Sáhara durante la dominación colonial de España.
Controversia sobre la consideración del
Sáhara Occidental como “territorio español”
y sobre si los saharauis tenían
la nacionalidad española en ese momento**

Comentario a cargo de:
JUAN CARLOS JIMÉNEZ MANCHA
Profesor Contratado Doctor de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE MAYO DE 2020

ROJ: STS 1240/2020 - ECLI: ES:TS: 2020:1240

ID CENDOJ: 28079119912020100009

PONENTE: EXCMO. SR. DON FRANCISCO MARÍN CASTÁN

Asunto: Sentencia relativa a la nacionalidad de los nacidos en el Sáhara español durante el periodo colonial. La Sala establece que, a tenor de la Ley de Descolonización 1975 como normativa específica, el Sáhara nunca tuvo la condición de “territorio español” y que, en consecuencia, el artículo 17. 1. c) del C.C. no resulta aplicable para conceder la nacionalidad de origen a los nacidos en el Sáhara durante el periodo colonial de padres saharauis que hubieran devenido apátridas por no haber ejercitado oportunamente la opción prevista el RD 2258/1976 de 10 de agosto. Los saharauis nunca tuvieron la nacionalidad española. Se dicta voto particular por la Excm. Sra. María de los Ángeles Parra Lucán que sostiene con extenso razonamiento y sólidos argumentos la aplicabilidad del precepto.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo. 5.1. *Eficacia de la Ley de Descolonización 1975 y del Real Decreto de opción 1976 sobre la nacionalidad para determinar tanto si el Sáhara debía ser considerado territorio español, como la nacionalidad de los saharauis.* 5.2. *Análisis del Derecho interno e internacional para determinar si el Sáhara Occidental podía ser considerado territorio español durante el tiempo en que fue protectorado, colonia, provincia o territorio no autónomo y si la población saharawi tenía la nacionalidad española en ese momento.* 5.3. *Los nacidos en el Sáhara durante el periodo colonial, que no hubieran optado por la nacionalidad española conforme el Real Decreto de opción 1976, ni hubieran adquirido otra nacionalidad, tienen la condición de apátridas.* 5.4. *A los efectos del artículo 17. 1. c) del C.C., no se consideran nacidos en España a quienes nacieron en el Sáhara durante la etapa en que fue colonia española.* 5.5. *A los efectos del artículo 17. 1. a) y b) del C.C. no son españoles de origen los hijos de saharauis que, en su momento, no hubieran optado por la nacionalidad española.* 5.6. *Conclusión.* 6. Bibliografía.

1. Resumen de los hechos

La demandante nació en el Sáhara en 1973 de padres también nacidos en el Sáhara cuando España tenía la condición de potencia administradora. Con ocasión del proceso de descolonización, se dictó el Real Decreto 2258/1976 de 10 de agosto sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sáhara (en adelante, RD de opción 1976), al amparo de la autorización concedida al Gobierno por la Ley 40/1975 de 19 de noviembre para que el gobierno realizase las actuaciones precisas para llevar a cabo la descolonización del territorio no autónomo del Sáhara (en adelante, Ley de Descolonización 1975). El preámbulo del RD de opción 1976 exponía que España había puesto término definitivo a la presencia en el territorio y a sus responsabilidades como potencia administradora y que, en consideración al “*prolongado período de vinculación permanente y afectiva de su población con nuestro país*”, se reconocía el derecho a optar por la nacionalidad española a los naturales del Sahara que, residiendo en territorio nacional o encontrándose fuera de él, dispusieran de documentación oficial identificativa. La opción debía ejercitarse en el plazo de un año ante el funcionario encargado del Registro civil o consular y, transcurrido ese periodo, se entenderían anulados los pasaportes y documentos de identidad expedidos a los naturales del Sáhara.

La demandante, al amparo de los artículos 96.2 de la LRC y 338 del RRC, promovió expediente gubernativo ante el Registro civil de Ibiza, para que, a tenor del artículo 18 del C.C., se declarase su nacionalidad española por posesión de estado, lo que fue denegado por la encargada del Registro. La demandante interpuso recurso contra el auto ante la DGRN, que lo desestimó por resolución de 17 de julio de 2014.

La interesada formuló demanda contra la RDGRN, solicitando que se dictase sentencia en la que se declarase su nacionalidad española de origen desde la fecha de su nacimiento en 1973, a tenor de los artículos 17. 1. a) y b) del

C.C., bien apreciándose que era hija de españoles, dado que sus padres eran saharauis que, según se sostenía en la demanda, tenían la condición de españoles antes de la descolonización, bien por haber nacido en el Sáhara, que, también según la demanda, mientras estuvo bajo la dominación española, debía considerarse parte del territorio español, habiendo nacido también sus padres en él. Asimismo, sostenía la demandante que el RD de opción 1976 no resultaba aplicable, porque esta norma, con rango reglamentario, infringía el principio de jerarquía normativa al contravenir lo establecido en el CC vigente en ese momento, que, con rango de ley, no preveía esa causa de privación de la nacionalidad; también alegaba la demandante que el RD de opción 1976 vulneraba el artículo 11.2 de la C.E., que establece la improcedencia de privar de nacionalidad a un español de origen; y, finalmente, la demandante alegaba que, en todo caso, no había podido acogerse al RD de opción 1976, tanto por su minoría de edad como por las dificultades que para hacerlo tuvieron sus representantes legales por haber tenido que desplazarse a un campamento de refugiados saharauí en Argelia, donde se encontraban aislados. Finalmente, la demandante sostenía que debía concedérsele la nacionalidad española por posesión de estado, conforme al artículo 18 del C.C.

La DGRN contestó a la demanda en términos de oposición manteniendo básicamente que la cuestión debía resolverse conforme a la Ley de Descolonización 1975 y el RD de opción 1976 sobre opción de la nacionalidad española. Por ello, al no haber ejercitado la demandante la opción en el plazo del año, ni haber acreditado la concurrencia de una causa de fuerza mayor que justificara su omisión, la demandante no habría adquirido la nacionalidad española conforme a la normativa especial. Ante la pretensión de la demandante de que se declarase su nacionalidad española conforme a las normas del régimen general de adquisición de la nacionalidad previsto en el C.C., la DGRN alegó: (i) que *«los nacidos en el territorio del Sáhara cuando este era posesión española no eran propiamente nacionales españoles, sino sólo súbditos de España que se beneficiaban de la nacionalidad española»*, lo que explicaba precisamente que se les hubiera permitido optar por la nacionalidad española en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor del RD de opción 1976; (ii) que esto era debido a que el territorio del Sahara Occidental era un territorio no autónomo, que, durante el tiempo en que España fue su Potencia administradora, no formó nunca parte del territorio nacional, lo que debía llevar a la desestimación de la solicitud de la nacionalidad de origen a tenor del artículo 17. 1. a) y b) del C.C. Y, finalmente, a efectos de la declaración de la nacionalidad española con valor de simple presunción y por posesión de estado y ex artículo 18 del C.C. no constaba título inscrito en el Registro Civil, ni acreditada la posesión de la nacionalidad española en los términos y duración exigidos en el precepto, constatándose incluso que la recurrente era titular de un pasaporte argelino, circunstancias todas ellas que impedían acceder a su pretensión.

2. Solución dada en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia n.º 14 de Palma de Mallorca, procedimiento ordinario n.º 265/2016, dictó sentencia de 2 de diciembre de 2016 desestimando la demanda.

3. Solución dada en apelación

La demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, que fue estimado por la SAP de las Islas Baleares (sección 3º) 168/2017 de 26 de mayo (recurso de apelación n.º 51/2017, Roj: SAP IB 1024/2017 - ECLI:ES:APIB:2017:1024), que atendió al pedimento de la demanda de que se declarase la nacionalidad española de origen desde la fecha del nacimiento, ordenando que se librase mandamiento al Registro Central para practicar la inscripción correspondiente. Sin embargo, para entender la sentencia comentada, es necesario advertir que la Audiencia Provincial no concedió la nacionalidad de origen ex artículo 17. 1 a) y b) del C.C., al apreciar que la mera posesión del documento de identificación que el Estado español concedía a los saharauis (y la constancia de dicho documento en el Libro de Familia) no bastaba para acreditar la nacionalidad española de los progenitores de la demandante. Por ello, la Audiencia Provincial coincidía con la apreciación de la sentencia de instancia de que *“el tratamiento que procede otorgar a los padres de la actora recurrente es el de ciudadanos del Sáhara”* y no el de nacionales españoles.

Sin embargo, la sentencia de segunda instancia revocó el fallo del Juzgado y estimó la demanda, considerando que, aunque no hubiera sido alegado por la demandante, *“no existía ningún impedimento para que la Juez “a quo” estimara que la pretensión de la recurrente abarcaba la declaración de la nacionalidad de origen por la vía del artículo 17.1 c) del C.C., que establece que son españoles de origen “Los nacidos en España de padres extranjeros si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad”*, sin que se incurriera, por ello, en incongruencia, porque, según consolidada doctrina jurisprudencial, la congruencia de la sentencia viene siendo entendida como la debida correlación o conformidad entre las pretensiones de las partes efectuadas en el *“petitum”* y el fallo de la sentencia, de forma que el juez podía atender o no a esas pretensiones según el Derecho que considerase aplicable conforme al principio *“iura novit curia”*. Así, la sentencia de segunda instancia, considerando que el Sáhara Occidental era territorio español mientras estuvo bajo dominación colonial de España y que los saharauis que no hubieran optado por la nacionalidad española conforme al RD de opción 1976, ni adquirido otra nacionalidad, como la marroquí o la mauritana, tienen la consideración de apátridas, concluyó que procedía declarar la nacionalidad española de origen de la demandante por aplicación del artículo 17. 1. c) del C.C.

4. Los motivos alegados

Contra la sentencia de segunda instancia, la DGRN interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El recurso por infracción procesal se fundaba en un motivo único consistente en la infracción del artículo 218.1 de la LEC en relación con el artículo 24 de la CE por incongruencia *extra petitum* de la sentencia recurrida. La recurrente alegaba que la demanda contra la RDGRN se fundamentaba en el artículo 17. 1. a) y b) del C.C. y, subsidiariamente, en el artículo 18 del C.C., mientras que la sentencia recurrida resolvió estimar la demanda con arreglo al artículo 17. 1 c) del C.C., pese a que este precepto no había sido invocado. El alto Tribunal desestimó el recurso razonando que, aunque es cierto que en la demanda no se formuló con claridad una pretensión expresamente fundada en el artículo 17.1. c) del C.C., no hay incongruencia *extra petitum*, porque la sentencia recurrida se ajusta a lo pedido en la demanda (declaración de la nacionalidad española de origen de la demandante desde la fecha de su nacimiento) y, además, lo hace con base en los hechos alegados en la demanda como base o fundamento de esa petición. El tribunal sentenciador, al aplicar el art. 17. 1. c) CC, lejos de infringir el art. 218.1 de la LEC, no hizo más que ajustarse a lo que dispone el párrafo tercero de su apartado 1, esto es, resolver, según su criterio, «*conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes*».

Por su parte, el recurso de casación interpuesto por la DGRN se fundaba, también como motivo único, en que la infracción del artículo 17. 1. c) del C.C. en la interpretación dada al mismo por la STS 1026/1998 de 28 de octubre. El motivo de la DGRN cuestiona la consideración del Sáhara Occidental como territorio español y, en definitiva, como España, por lo que, a entender de la recurrente, no resulta aplicable el precepto.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *Eficacia de la Ley de Descolonización 1975 y del Decreto de opción 1976 para determinar tanto si el Sáhara debía ser considerado territorio español, como la nacionalidad de los saharauis*

La sentencia comentada casa la sentencia de la Audiencia Provincial, considerando que el artículo 17. 1. c) del C.C. no es aplicable a los nacidos en el Sáhara Occidental, durante el periodo en que España fue Potencia administradora, que no hubieran optado en plazo por la nacionalidad española. Para justificar la no aplicación del precepto al caso, la sentencia razona que no cabe interpretar que el término “*territorio español*”, que emplea el artículo 17. 1. c) del C.C., se refiera, de modo inclusivo, al territorio del Sáhara Occidental durante la dominación española. Por nuestra parte, compartimos la conclusión

de la sentencia, cuyos razonamientos nos parecen correctos con algunas matizaciones. En concreto, coincidimos con la apreciación de la sentencia, que sigue en este punto el criterio del Ministerio fiscal, de que, para determinar la nacionalidad de los saharauis o de los hijos de estos nacidos en el Sáhara durante el periodo colonial, hay que acudir a la Ley de Descolonización de 1957 y al RD de opción 1976, que constituyen las normas especiales que regulan estas cuestiones.

La Ley de Descolonización 1975, en su preámbulo, expuso que *“El Estado Español ha venido ejerciendo, como Potencia administradora, plenitud de competencias y facultades sobre el territorio no autónomo del Sáhara, que, durante algunos años, ha estado sometido en ciertos aspectos de su administración a un régimen peculiar con analogías al provincial y que nunca ha formado parte del territorio nacional”*. Partiendo de ello, el preámbulo manifiesta la voluntad del Estado español de culminar el proceso de descolonización del territorio de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y, para ello, se dicta un artículo único, por el 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”*.

En el marco de esta autorización al Gobierno, el Preámbulo del RD de opción 1976 declaró que España puso término definitivo a su presencia en el territorio no autónomo del Sáhara y a sus poderes y responsabilidades de administración del mismo con fecha de 26 de febrero de 1976, y que, con fundamento en el prolongado periodo de vinculación permanente y afectiva de la población con España, era de justicia conceder a las *“personas pertenecientes a la población autónoma del Sáhara”* un derecho a optar para la nacionalidad española. Así, en el artículo primero del RD de opción 1976, *“se reconoce el derecho a optar por la nacionalidad española a los naturales del Sahara que, residiendo en territorio nacional, estén provistos de documentación general española, o que, encontrándose fuera de él, se hallen en posesión del documento nacional de identidad bilingüe expedido por las Autoridades españolas, sean titulares del pasaporte español o estén incluidos en los Registros de las representaciones españolas en el extranjero”*. Y, conforme al artículo segundo, se precisa que tal derecho de opción debía ejercitarse *“en el plazo máximo de un año, a partir de la entrada en vigor del presente Decreto, mediante comparecencia ante el Juez encargado del Registro Civil del lugar de su residencia o el Cónsul español de la demarcación correspondiente, aportando la documentación española de que se hallen provistos y expresado su voluntad de optar por la nacionalidad española”*. Finalmente, conforme a la disposición final segunda, el RD de opción 1976 establece que, *“transcurrido el plazo de un año mencionado en el artículo segundo, se entenderán anulados y sin valor alguno los pasaportes y documentos de identificación personal concedidos por las autoridades españolas, a los naturales del Sahara que no ejerzan su derecho de opción”*.

Según insistiremos en el apartado siguiente, estas normas se acomodaron a la regulación y resoluciones de la ONU sobre la descolonización del Sahara, así como a la Opinión de la Corte de Justicia Internacional. En conso-

nancia con esta regulación, el RD de opción 1976 asume que los saharauis eran la población autóctona de un “territorio no autónomo” o “colonial” sujeto a la administración y control de la autoridad española, pero diferenciado de España, que operó en todo momento como Potencia administradora. La población autóctona no habría tenido nunca la nacionalidad española, sin perjuicio de que se le hubiera dotado de documentación oficial expedida por las autoridades de la Potencia administradora bajo cuya protección y autoridad estaban. No habiendo tenido nunca la nacionalidad española, el RD de opción 1976 más que conceder a la población autónoma del Sáhara un derecho a optar por la nacionalidad española para conservarla, les concede un derecho a solicitar la nacionalidad española en virtud de una “carta de naturaleza colectiva”. El voto particular parece mostrarse crítico con esta construcción, pero lo cierto es que el propio preámbulo del RD de opción 1976 alude a que el derecho de opción se concedía en el marco del artículo 19 del C.C., que, en su redacción vigente en aquel momento, dada por Ley de 15 de julio de 1954, se refería precisamente a la adquisición de la nacionalidad española *“mediante la obtención de carta de naturaleza, otorgable discrecionalmente por el Jefe del Estado, cuando en el peticionarlo concurren circunstancias excepcionales”*. Por lo tanto, el ejercicio del derecho de opción a los naturales del Sáhara no implicaba ni una conservación, ni una concesión absolutamente automática de la nacionalidad española, sino que el encargado del Registro Civil o consular ante el que el saharauí hubiera manifestado su deseo de adquirir la nacionalidad española debía remitir una copia de la solicitud a la DGRN, que, a su vez, debía recabar informes sobre el solicitante a los Ministerios de Asuntos Exteriores, de la Gobernación y de la Presidencia del Gobierno y, a la vista de los informes y de la solicitud, la DGRN debía ordenar la inscripción *“a no ser a no ser que dichos informes revelen una conducta personal contraria a los intereses de la Nación”*. En esta misma línea, la consecuencia de no optar por la nacionalidad española en plazo no era la pérdida de la misma, puesto que, bajo la concepción del Estado español, nunca se había tenido, sino la anulación de la documentación oficial expedida por las autoridades españolas. Finalmente, es preciso tomar nota de que el Real Decreto se firma el 10 de agosto de 1976 y, en consecuencia, con posterioridad a la fecha de descolonización de 26 de febrero de 1976, no cabiendo duda de que, en ese momento, el Sáhara no podía concebirse ni como territorio no autónomo dependiente de España ni como territorio español o nacional propiamente dicho. El RD de opción 1976 prevé el ejercicio del derecho de opción tanto por naturales del Sáhara residentes en *“territorio nacional”* o *“fuera de él”*, sin que quepa duda de que, ya en este contexto, el término *“territorio nacional”* o, si se quiere, español, no puede referirse al territorio del Sáhara Occidental que España ya había abandonado y se encontraba ocupado por Marruecos y Mauritania. Por todo ello, coincidimos con la sentencia en que los saharauis que no hubieran optado por la nacionalidad española en ese plazo de un año, como era el caso de la demandante, no tendrían la nacionalidad española.

Pero es que, además, no nos parece adecuada la postura de la Audiencia Provincial que, una vez que ha descartado que la demandante pueda ser considerada española (por carta de naturaleza) al no haber ejercitado el derecho de opción conforme a la normativa dictada específicamente para resolver la situación, considera que todavía debe analizarse si pudiera ser española de origen a tenor de la normativa general de nacionalidad contenida en el artículo 17. 1. c) del C.C. Esta consideración supone dejar sin efecto la normativa especial establecida en el RD de opción de 1967, cuyos efectos se habían agotado una vez transcurrido el año para ejercitar el derecho de opción, para someter el caso a la normativa general de nacionalidad establecida en el Código civil. Precisamente, el análisis del agotamiento o no de los efectos del Real Decreto resulta crucial para determinar la aplicación de la legalidad constitucional y ordinaria posterior a la descolonización. La sentencia principal omite pronunciarse sobre la cuestión del agotamiento, pero sí lo hace el voto particular, manteniendo que los efectos del RD de opción 1976 no se habrían agotado con anterioridad a la promulgación de la CE española en 1978, cuyo artículo 11.2 establece que “ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad”, por lo que este precepto sería aplicable al caso. Por nuestra parte, no compartimos tales apreciaciones del voto particular sobre las que volveremos más adelante.

Asimismo, otra cuestión crucial es la de la validez del RD de opción 1976, que la sentencia da por supuesta y que, sin embargo, sí cuestiona el voto particular, que censura que el Real Decreto introdujese una causa de pérdida de nacionalidad que no se hallaba prevista en los artículos 22 y 23 del C.C. vigente en ese momento y que vulneraría el principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 1. 2. del C.C. Ante esto, hay que valorar que el Estado español asumió con la Ley de Descolonización 1975 y el RD de opción 1976 la legalidad internacional sobre el Sáhara y su población y que, como acabamos de decir, no estábamos tanto ante la introducción de una causa de pérdida de la nacionalidad española, –que, a entender del Estado español y de la legalidad internacional, era cuestionable que los saharauis tuvieran–, como de conceder la posibilidad de obtenerla, por carta de naturaleza de carácter colectivo, a quien optase por ella, lo que, tal y como indica el propio voto particular, se debería hacer precisamente mediante Real Decreto. Pero es que, además, el Real Decreto se dicta en virtud de una autorización de las Cortes Generales para que el Gobierno efectuara las actuaciones que precisase el proceso de descolonización.

En todo caso, debemos coincidir con la apreciación del voto particular de que, en el supuesto de que se considerase que los saharauis tuvieron alguna vez la nacionalidad española bajo el Derecho interno, la validez del RD de opción de 1976 sería más que cuestionable a tenor del principio de jerarquía normativa y del artículo 1. 2. del C.C. y del actual artículo 11 de la CE. Es más, si aceptásemos la hipótesis de que los saharauis eran españoles, cabría plantearse si el RD de opción 1976 era contrario al ordenamiento constitucional vigente en aquel momento y, en concreto, al artículo 20 del Fuero de los Españoles

1945 (“ningún español podrá ser privado de su nacionalidad sino por delito de traición definido en las Leyes penales, o por entrar al servicio de las armas o ejercer cargo público en país extranjero contra la prohibición expresa del Jefe del Estado”), y a los artículos 51 y 52 de la Ley Orgánica del Estado 1967 en relación con el artículo 10 f) de la Ley constitutiva de las Cortes 1942, según los cuales las leyes básicas relativas a la adquisición y pérdida de la nacionalidad eran competencia del Pleno de las Cortes (art 10 f) cit.), sin que el Gobierno tuviera competencia para dictar disposiciones en materias sujetas a reserva de ley (art. 52 cit.) sino en virtud de una autorización expresa de las Cortes por la que dictase una disposición que debía tener rango de ley y no meramente reglamentario (art. 51 cit.).

El voto particular, con argumentos que no se pueden calificar como endebles, considera que, pese a la normativa internacional, bajo el Derecho interno los saharauis llegaron a tener la consideración de españoles y que el RD de opción 1976, que los priva de nacionalidad, es inválido y borra de un plumazo el estado que se les había reconocido, si quiera “de facto”. E, igualmente, este voto considera que los nacidos en el Sáhara Occidental durante el periodo de colonización debían reputarse nacidos en territorio español. Por ello, el voto particular concluye que el recurso de casación debería haber sido desestimado, puesto que la demandante tendría la nacionalidad española, bien a tenor del apartado 17. 1. c) del C.C., es decir, por considerarla una apátrida hija de nacidos en territorio español, como hace la sentencia de segunda instancia, bien por considerarla hija de españoles en el momento del nacimiento, a tenor del artículo 17. 1. a) y b).

Sin embargo, tal construcción no resulta sostenible si, como valora la sentencia, los saharauis nunca fueron españoles, el territorio del Sáhara nunca fue español, y el RD de opción 1976 constituye una carta de naturaleza colectiva que debía concederla el Gobierno por Real Decreto, cuya validez nunca fue cuestionada y cuyos efectos se hallaban agotados al entrar en vigor la Constitución de 1978, según veremos en los apartados siguientes.

5.2. Análisis del Derecho interno e internacional para determinar si el Sáhara Occidental podía ser considerado territorio español durante el tiempo en que fue protectorado, colonia, provincia o territorio no autónomo y si la población saharauí tenía la nacionalidad española en ese momento

Sin perjuicio de la cuestión de la prevalencia del RD de opción 1976 como ley especial sobre las normas generales de nacionalidad y del agotamiento de sus efectos, el completo comentario de la sentencia precisa determinar si el Sáhara Occidental debía ser considerado como territorio español en el momento en que nació la interesada, es decir, con anterioridad al proceso de descolonización que tuvo lugar en 1976. Para fundar nuestro parecer resulta conveniente realizar una revisión histórica de la consideración que tuvo el Sáhara, según el Derecho interno e internacional, desde el inicio de su vinculación formal con España.

Desde el punto de vista interno, podemos distinguir una etapa de protectorado o colonial y una etapa de provincialización, antes de que, finalmente, la Ley de Descolonización 1975 declarase en su preámbulo que el Sáhara Occidental nunca había tenido la condición de territorio español y que el RD de opción 1976 mostrara que el Estado español no reconocía la condición de españoles de origen a los saharauis.

En cuanto a la etapa de protectorado o colonial, debemos remontarnos a la época de la Restauración borbónica, cuando la Real Orden Circular de 26 de diciembre de 1884 instruyó a los Representantes de España en el Extranjero para que notificaran el protectorado de España sobre la zona del Sáhara. A esta Real Orden se adjuntaba el “Convenio firmado en 28 de noviembre de 1884 por los indígenas de la costa de Cabo Blanco y el Sr. Bonelli, representante de la Sociedad Española de Africanistas”, por el que se establecía que la cabila (tribu de bereberes) de Wad Sbá entregaba a España una parte del territorio en protectorado. A los pocos meses, se dictó el Real Decreto de 10 de julio de 1885, en cuyo preámbulo se expone que, con la declaración de protectorado, el Gobierno español había adquirido el compromiso tácito de proveer a la defensa de las personas y bienes de sus súbditos (españoles se entiende) allí residentes, aludiendo al *“bárbaro atropello consumado, por los indígenas en la factoría de Río Oro”* y a la necesidad de nombrar un Comisario Regio, como máxima autoridad de la región, y de enviar fuerzas de mar y tierra para hacer respetar la autoridad española. En estas primeras disposiciones resulta claro que se constituye el Sáhara como un protectorado, para defender los intereses de los súbditos españoles en la región, y haciéndose una distinción entre tales *“súbditos”* y los *“indígenas”, “naturales”* o *“musulmanes”*.

Esta etapa de protectorado o colonial se prolongó durante la II República, dictándose normas específicas relativas al gobierno del Sáhara. Así, por Decreto de 16 de julio de 1934, se creó la Inspección General de Colonias para organizar los trabajos de colonización conforme a una serie de bases. Y, por Decreto de 29 de agosto de 1934, se confirió al Alto Comisario de España en Marruecos facultades de Gobernador General de los territorios de Ifni, Sáhara español y Río de Oro, previendo que actuara asistido por un Delegado para el Sáhara, dependiente, a su vez, de la Delegación de asuntos indígenas con sede en Tetuán. En el preámbulo se habla de *“pobladores de los Territorios del Noroeste de África donde España ejerce derechos de ocupación, protectorado, posesión o soberanía”*; y, asimismo, se señala que, *“en su día, cuando consumada la evolución necesaria para que el territorio colonial o de soberanía esté en condiciones de entrar en verdadero régimen de colonización, se puedan implantar las normas de organización y dependencia definitivas que su peculiaridad y circunstancias del momento aconsejen, respondiendo íntegramente al dictado de soberanía o colonia que les distingue”*. Conforme a estos textos, cabe apreciar que, durante el periodo de la II República, el Sáhara continuaba teniendo una naturaleza de territorio en protectorado o colonial en oposición al territorio metropolitano; y que sus habitantes son denominados como *“población indígena”* de un territorio sobre el que España

tiene diversos derechos políticos sin que se atribuya a los naturales del Sáhara la condición de españoles.

Durante los primeros veinte años del régimen de Franco, el Sáhara Occidental mantuvo este estatus colonial, según resulta, entre otra normativa, del Decreto de 20 de julio de 1946, que preveía que los territorios del Sáhara e Ifni quedaban bajo el mando político y militar del Gobernador de África Occidental, que debía tener la categoría de General o Jefe de los ejércitos, bajo la dependencia directa de la Presidencia del Gobierno. Sin embargo, muy a finales de los años 50, se inicia un proceso de provincialización, más de carácter formal que real, que parece estar dirigido a defraudar las resoluciones de la ONU, que mencionaremos más adelante, referentes a la descolonización. En concreto, el Decreto de 10 de enero de 1958 menciona en su preámbulo la necesidad de realizar una reorganización administrativa y militar de los territorios del África Occidental Española, indicando, en su artículo primero, que *“se hallan integrados por dos provincias, denominadas Ifni y Sahara Español”*. Y, ya en la década siguiente, parece indudable que la Ley 8/1961 de 19 de abril sobre organización del régimen jurídico de la Provincia del Sáhara pretendió convertir el Sáhara en una provincia más de España, si bien teniendo en cuenta sus peculiaridades geográficas y humanas, según se expone en el preámbulo, estableciendo la capital de la misma en la localidad de El Aaiun, dividiendo la provincia en municipios, entidades locales menores y fracciones nómadas y constituyendo un Cabildo provincial de carácter representativo; y, en lo que ahora interesa, se establece que *“El régimen jurídico público y privado de dicha Provincia tendrá principalmente en cuenta sus características y peculiaridades, inspirándose en las Leyes Fundamentales de la Nación. En defecto de disposición legal especialmente dictada para la Provincia o, en su caso, de norma coránica y consuetudinaria aplicable, se acudirá a la legislación sustantiva y procesal de aplicación general en el resto del territorio nacional”*. Y se insiste que se dice *“en el resto del territorio nacional”*. Finalmente, el Decreto 2604/1961 de 14 de diciembre sobre régimen de Gobierno de la provincia del Sáhara atribuye la representación del Gobierno en la Provincia del Sáhara a un Gobernador General y la define como una provincia de régimen especial, en la que se aplicarán las normas de Derecho común siempre que no sean incompatibles con las de la provincia. Como conclusión, desde el año 1958 y desde el punto de vista del Derecho interno, el territorio del Sáhara debía considerarse una provincia más de España, si bien sujeta a un régimen especial por sus peculiaridades tanto geográficas como humanas, pero es llamativo que ha desaparecido de la legislación toda mención a la población como *“indígena”*, así como las referencias a la condición de *“protectorado”* o *“colonia”*. Así, el proceso de provincialización no sólo implicaba que el Sáhara Occidental fuese considerado como una provincia española, sino también que sus habitantes tuvieran la consideración de españoles. Si existiera alguna duda sobre ello, cabe apreciar, como hace el voto particular de la sentencia, que la población censada de la región pudo participar en el referéndum relativo a la Ley Orgánica del Estado 1/1967 de 10 de enero. El referéndum fue convoca-

do en virtud de los Decretos 2930/1966 de 23 de noviembre y 2913/1966 de 21 de noviembre, cuyo artículo tercero establecía que *“todos los ciudadanos españoles mayores de veintiún años, sin distinción de sexo, estado o profesión, tendrán el derecho y la obligación de tomar parte en la votación del referéndum, emitiendo libremente el sufragio a favor o en contra del Proyecto consultado”*, siempre que figurasen en las listas de electores conforme al último censo de residentes. Habida cuenta de la redacción de este artículo tercero del Decreto 2913/1966 de 21 de noviembre y el hecho histórico de que la población autóctona del Sáhara, que constaba en los censos de residentes, votó efectivamente en el referéndum, parece inquestionable la consideración de españoles que, a tenor del Derecho interno, tenían los saharauis en ese momento, sin perjuicio de que ello pudiera considerarse una actuación fraudulenta con el objeto de eludir las resoluciones de la ONU sobre descolonización.

Pese a todo lo anterior, la Ley de Descolonización 1975 expuso en su preámbulo que el Sáhara era un *“territorio no autónomo”* sobre el que el Estado español había venido ejerciendo competencias y facultades como *“Potencia administradora”* y que, aunque *“durante algunos años, ha estado sometido en ciertos aspectos de su administración a un régimen peculiar con analogías al provincial”*, en realidad *“nunca ha formado parte del territorio nacional”*.

Esta disposición es conforme con la Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945 (en adelante CNU) y las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante RAGNU), que conminaban a las Potencias administradoras, coloniales o metropolitanas a iniciar lo antes posible el proceso de descolonización. Por un lado, el capítulo XI de la CNU contenía una declaración relativa a territorios no autónomos, que era un término eufemístico para denominar a los territorios coloniales sujetos a una Potencia administradora, que se contraponía al de territorio metropolitano (artículo 74 de la CNU). La CNU contempla el principio de autodeterminación de los pueblos e impone a las Potencias administradoras de estos territorios autónomos la obligación de *“contribuir al desarrollo del gobierno propio de estos pueblos, a tener debidamente en cuenta las aspiraciones políticas de los pueblos, y a ayudarlos en el desenvolvimiento progresivo de sus libres instituciones políticas, de acuerdo con las circunstancias especiales de cada territorio, de sus pueblos y de sus distintos grados de adelanto”* (artículo 73 de la CNU). En el marco de este artículo de la CNU, se dictó la emblemática RAGNU 1514 (XV) de 14 de diciembre de 1960 relativa a *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*, que proclama *“la necesidad de poner fin, rápida e incondicionalmente, al colonialismo en todas sus formas y manifestaciones”* y, a dichos efectos, declara que *“la sujeción de los pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la CNU y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales”* (apartado 1); que *“todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación”* (apartado 2); y que *“en los territorios no autónomos y en todos los demás territorios que no han logrado aún su independencia deberán tomarse inmediatamente medidas para traspasar todos los poderes a los pueblos de esos*

territorios, sin condiciones ni reservas, en conformidad con su voluntad y sus deseos libremente expresados y sin distinción de raza, credo ni color, para permitirles gozar de una libertad y una independencia absolutas” (apartado 5).

España ingresó en las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1955 y, en concreto, el Sáhara Occidental fue introducido en la lista de territorios no autónomos bajo supervisión del Comité Especial de Descolonización de la ONU, con el fin de terminar el colonialismo por la RAGNU 1542 (XV) de 15 de diciembre de 1960, es decir, justo el día después de la citada RAGNU 1514 (XV) de 14 de diciembre de 1960. No es casual que España iniciara el denominado “*proceso de provincialización*” del África Occidental a raíz de su ingreso en la ONU, provincialización que, por dar una justificación al giro copernicano que se produce en la Ley de Descolonización 1975, al decir que el Sáhara “*nunca ha formado parte del territorio español*”, algunos juristas y políticos han sostenido que respondía a la voluntad del Estado español de dar cumplimiento al artículo 73 de la CNU y contribuir al desarrollo de las instituciones políticas del pueblo del Sáhara. Por el contrario, la RAGNU 1542 (XV) de 15 de diciembre de 1960 expone que España y Portugal sostenían que sus territorios autónomos eran “*provincias de ultramar*” y, en consecuencia, no debían estar sujetos a la obligación de dar información que el artículo 73 de la CNU imponía a las Potencias administradoras: “*Recordando también que han surgido diferencias de opinión entre Estados Miembros acerca de la condición de ciertos territorios administrados por España y Portugal y llamados por estos dos Estados “provincias de ultramar” del Estado metropolitano, y que, para poner fin a estas diferencias, la Asamblea General, en su resolución 1467 (XIV) de 12 de diciembre de 1959, nombró el Comité Especial de los Seis sobre la transmisión de información en virtud del inciso e) del Artículo 73 de la Carta, encargado de estudiar los principios que deben servir de guía a los Estados Miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso e) del Artículo 73*”.

Lo cierto es que, tras la introducción del Sáhara en el listado de territorios no autónomos, se sucedieron una serie de resoluciones (así, las RAGNU 2072 (XX) de 16 de diciembre de 1965, 2229 (XXI) de 20 de diciembre de 1966, 2354 (XXII) de 19 de diciembre de 1967, 2428 (XXIII) de 18 de diciembre de 1968 y 2591 (XXIV) de 16 de diciembre de 1969), 2711 (XXV) de 14 de diciembre de 1970; 2983 (XXVII) de 14 de diciembre de 1972; y 3162 (XXVIII) de 14 de diciembre de 1973 todas las cuales, con periodicidad prácticamente anual coinciden en demandar a España la adopción “*inmediata*” de medidas para la “*liberación de la dominación colonial*” o “*descolonización del Sáhara*”. Especial atención merece la RAGNU 2229 (XXI) de 20 de diciembre de 1966, donde, como Potencia administradora, se conmina a España, por primera vez, a “*determinar lo antes posible, de conformidad con las aspiraciones de la población autóctona del Sáhara Español y en consulta con los Gobiernos de Marruecos y de Mauritania y con cualquier otra parte interesada, los procedimientos para la celebración de un referéndum bajo los auspicios de las Naciones Unidas con miras a permitir a la población autóctona del Territorio que ejerza sin trabas su derecho a la libre determinación*”. Tal conminación se reitera en las sucesivas resoluciones, siendo relevante por su contundencia, si no dureza, la

RAGNU 2711 (XXV) de 14 de diciembre de 1970, que, reafirmando en todas las resoluciones dictadas con anterioridad, reiteró la necesidad de la concesión de la independencia al territorio del Sáhara Español, con la consideración de pueblo colonial y censuró a España que, como Potencia administradora, no hubiera entablado consultas con Marruecos y Mauritania acerca de la organización del referéndum de autodeterminación bajo el auspicio de la ONU.

En 1974, con la disposición absoluta de España de descolonizar y realizar el referéndum, manifestada de forma reiterada por su representante ante las Naciones Unidas, y habiéndose elaborado un censo, Marruecos y Mauritania se oponen a la celebración del mismo y reclaman tener derechos de soberanía sobre el territorio del Sáhara anteriores al momento de la colonización. En virtud de ello, la RAGNU 3292 (XXIX) pide a España que aplaze el referéndum hasta que la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) emita una opinión consultiva que le solicita la AGNU sobre dos cuestiones que resultaban fundamentales para decidir la forma en que debía llevarse a cabo el proceso de descolonización: “I. ¿Era el Sáhara occidental (Río de Oro y Sakiet el Hamra) en el momento de su colonización por España un territorio sin dueño (*terra nullius*)? II. Si la respuesta a la primera pregunta es negativa, ¿Qué vínculos jurídicos existían entre dicho territorio y el Reino de Marruecos y el complejo mauritano?” La Opinión Consultiva de CIJ sobre el Sahara Occidental de 16 de octubre de 1975 (párrafo 162) concluyó que (i) el Sáhara Occidental no era una “*terra nullius*” en el momento de su colonización por España y (ii) que, en ese momento, existían algunos vínculos jurídicos de alianza tanto entre el Sultán de Marruecos con determinadas tribus que vivían en el territorio del Sáhara Occidental, así como vínculos jurídicos con Mauritania, que incluían derechos sobre el territorio; pero que tales lazos no permitían sostener que Marruecos o Mauritania tuvieran un derecho de soberanía sobre el territorio sahariano, por lo que, como conclusión, el proceso de descolonización debía hacerse teniendo en cuenta el derecho de autodeterminación y la voluntad de los naturales del territorio no autónomo del Sáhara Occidental, conforme a la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de 14 de diciembre de 1960.

Es precisamente a raíz de esta Opinión de la CIJ, cuando España, apremiada por una situación de crisis interna, –a consecuencia de la inminente muerte del entonces Jefe del Estado, Francisco Franco–, y externa, –a consecuencia de la “Marcha Verde” promovida por Marruecos, país cuyas reivindicaciones sobre el Sáhara contaban con el apoyo de determinadas potencias occidentales, y de las acciones del Frente Polisario–, dando cumplimiento a las RAGNU relativas al Sáhara, suscribe del Acuerdo Tripartito de Madrid de 14 de noviembre con Marruecos y Mauritania. En virtud de este acuerdo, España “ratifica su resolución –reiteradamente manifestada ante la ONU– de descolonizar el territorio del Sáhara occidental poniendo término a las responsabilidades y poderes que tiene sobre dicho territorio como Potencia Administradora” (artículo 1º), previendo, “de acuerdo con las negociaciones propugnadas por las Naciones Unidas con las partes afectadas”, la constitución de una Administración temporal en el territorio en la que participarán Marruecos y Mauritania en colaboración con la Yemáa saharauí, pac-

tándose que *“la terminación de la presencia española en el territorio se llevará a efecto definitivamente, antes del 28 de febrero de 1976”* (artículo 4º). Una vez suscrito el Tratado es cuando se promulga la Ley 40/1975 de 19 de noviembre de descolonización del Sáhara y, posteriormente, el 26 de febrero de 1976 España comunicó al Secretario General de la ONU que, a partir de esa fecha, ponía fin a su presencia en el Sáhara Occidental y que se consideraba descargado de toda responsabilidad de carácter internacional.

La última resolución que afectó a España, fue la RAGNU 3458 (XXX) de 10 de diciembre de 1975 que, en vista de la Opinión de la CIJ, se reitera en la condición de territorio autónomo del Sáhara y en el principio de autodeterminación de su población, y manifiesta tomar nota del Acuerdo Tripartito de Madrid, que le habría sido notificado formalmente al Secretario General de las Naciones del 18 de noviembre de 1975, pidiendo a las partes del Acuerdo *“que velen por el respeto de las aspiraciones libremente expresadas de las poblaciones saharianas”*, solicitando que la administración provisional adopte las medidas para que *“todas las poblaciones saharianas originarias del Territorio puedan ejercer su derecho inalienable a la libre determinación por medio de una consulta libre organizada con el concurso de un representante de las Naciones Unidas designado por el Secretario General”*.

Por lo tanto, no cabe duda de que, bajo el Derecho internacional, durante todo el tiempo en que España fue Potencia administradora, el Sáhara Occidental tuvo la condición de territorio no autónomo, diferenciado del territorio metropolitano o nacional España y con una población igualmente diferenciada. Es más, según resulta de las todas la sucesivas RAGNU y del Consejo de Seguridad relativas al Sáhara, dicha condición no ha variado con la ocupación de Marruecos de todo el territorio, ignorando el Acuerdo Tripartito de Madrid y el Tratado de Argel de 10 de agosto de 1979 celebrado entre Mauritania y el Frente Polisario. Asimismo, el Tribunal de Justicia de la UE, en su sentencia de 21 de diciembre de 2016 (Asunto C-104/16), al resolver el recurso de anulación presentado por parte del Frente Polisario contra la Decisión 2012/497/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2012, relativa a la celebración de un Acuerdo entre la UE y Marruecos de liberalización del comercio de productos agrícolas y pesqueros, afirma que los acuerdos que celebra la UE con Marruecos no son de aplicación al Sahara Occidental, razonando que, conforme a la Opinión de la CIJ de 1975 y las RAGNU, el Sáhara Occidental es un territorio no autónomo todavía pendiente de autodeterminación, sin que, conforme al Derecho internacional, quepa considerar que forma parte del territorio de Marruecos a los efectos de la aplicación del Acuerdo comercial referido.

5.3. Los nacidos en el Sáhara durante el periodo colonial, que no hubieran optado por la nacionalidad española conforme al Real Decreto de opción 1976, ni hubieran adquirido otra nacionalidad, tienen la condición de apátridas

De lo anterior resulta que, conforme al RD de opción 1976, los saharauis no habrían tenido una nacionalidad española durante el tiempo de la dominación

colonial y, dado que España nunca ha reconocido a la República Árabe Saharaui Democrática, los saharauis que no hubieran optado por la nacionalidad española habrían devenido apátridas para España, a menos que hubieran adquirido otra nacionalidad, como la marroquí o la mauritana. Por ello, convenimos con la apreciación de la sentencia, que sigue en este punto la opinión del Ministerio Fiscal, de que las personas nacidas en el Sáhara antes de su descolonización y que se trasladaron a los campos de refugiados de Tinduf (Argelia), sin optar por la nacionalidad española, habrían quedado en una situación de apatridia. Como subraya la sentencia, esta interpretación es armónica con la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo establecida, entre otras, en las STS de 20 de noviembre de 2007 y de 18 de julio de 2008, que viene reconociendo la condición de apátridas a las personas nacidas en el Sáhara Occidental antes de su descolonización.

5.4. A los efectos del artículo 17. 1. c) del C.C., no se consideran nacidos en España a quienes nacieron en el Sáhara durante la etapa en que fue colonia española

En vista del análisis realizado “*supra*” sobre el Derecho interno y externo, vemos que existen argumentos normativos, jurisprudenciales y doctrinales que permiten sostener tanto que el Sáhara Occidental debía ser considerado territorio español como lo contrario. Por ello, coincidimos con la sentencia comentada en que *“el camino más seguro para llegar a la interpretación más correcta es, como propone el Ministerio Fiscal, atenerse a la normativa española más específica sobre la materia, constituida por la Ley 40/1975 de 19 de noviembre sobre descolonización del Sáhara, y el Real Decreto 2258/1976 de 10 de agosto sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sahara”*. Por lo tanto, conforme al preámbulo de la Ley de Descolonización 1975, debe entenderse que el Sahara *“nunca ha formado parte del territorio nacional”*.

El artículo 17. 1. c) del C.C. establece que *“son españoles de origen: ... c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad”*. La sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares concluyó que, en vista de la situación de apatridia de los padres de la demandante, que consta que habían nacido también en el Sáhara, y de la consideración del Sáhara como territorio español en el momento en que había nacido la interesada, antes de las leyes de descolonización, se debía reconocer la nacionalidad española de origen a tenor de este precepto. Sin embargo, la sentencia comentada considera que la condición colonial del Sáhara fue, en todo momento, indiscutible, por lo que no puede ser considerado como parte del territorio español a los efectos del artículo 17. 1. c) del C.C. En otras palabras, no pueden considerarse nacidos en España quienes nacieron en un territorio durante la etapa en que fue colonia española. Por ello, la sentencia estima el recurso de casación interpuesto por la DGRN considerando que se ha infringido el artículo 17. 1. c) del C.C. por incorrecta aplicación.

Por su parte, el voto particular establece que el recurso de casación debería haber sido desestimado considerando, entre otras razones, que es preciso realizar una interpretación unitaria del ordenamiento jurídico, lo que, en el caso de autos, requeriría tener en cuenta la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Así, vemos que, a efectos del artículo 22. 2. a) del C.C., –que permite adquirir la nacionalidad española por residencia de un solo año a los extranjeros nacidos en territorio español–, la jurisprudencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo interpreta que el Sáhara español era territorio español (STS de 20 de noviembre de 2007 y de 7 de noviembre de 1999). Asimismo, el voto particular razona que es preciso tener en cuenta la doctrina de la RDGRN de 18 de julio de 2005, que, a los efectos de interpretar si cabía aplicar el artículo 20. 1. b) del C.C., –que reconoce el derecho de optar por la nacionalidad española a aquellas personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y “nacido en España”–, en un caso en el que la madre del solicitante nació en el Sahara, consideró que era aplicable la misma doctrina de la STS (Sala Tercera de lo contencioso-administrativo) de 7 de noviembre de 1999, que acabamos de citar, “*sin que a ello estorbe el hecho de que el precepto aquí aplicado hable de “España” y no de “territorio español”*”. Sin embargo, si comparamos el tiempo de residencia de dos años que el artículo 22. 1. del C.C. exige a los ciudadanos de los países iberoamericanos, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Andorra o Portugal, no se entiende que se pueda dar una interpretación que concluya que a los nacidos en el Sáhara Occidental, que en modo alguno tienen un mayor grado de asimilación que los ciudadanos de estos otros países, se les exija exclusivamente un periodo de residencia de un año. En nuestra opinión, la armonización o interpretación unitaria del sistema debería producirse interpretando que el Sáhara Occidental tampoco era territorio español a los efectos del artículo 22. 2. a) del C.C., siendo factible, en todo caso, si así se quisiera, que el legislador extendiera el beneficio del artículo 22. 1. C.C. para adquirir la nacionalidad española por residencia de dos años a los nacidos en el Sáhara en tiempo de la dominación española o sus descendientes.

En todo caso, en nuestra opinión, nunca cabría la aplicación del artículo 17. 1. c) del C.C. a quienes, habiendo nacido en el Sáhara durante la dominación española, no hubieran ejercitado el derecho de opción previsto en el RD de opción 1976, porque su situación se hallaba regulada y resuelta por esta norma especial, que ya agotó sus efectos. De forma que nos habría parecido más adecuado que la sentencia se hubiera limitado a sostener que el RD de opción 1976 era la norma especial de aplicación, descartando, en todo caso, acudir al artículo 17. 1. c) del C.C., que se introdujo en nuestro ordenamiento para atender al supuesto de hecho específico los hijos de apátridas que, estando residiendo efectivamente en España, tienen un hijo al que, al no poder atribuírsele la nacionalidad de ninguno de los progenitores, se le confiere la nacionalidad española de origen para que no quede sin nacionalidad. Así, no cabe aplicar este precepto al supuesto de los hijos de saharauis que hubieran

devenido apátridas por no haber ejercitado su opción en el momento de descolonización, que se regiría por lo establecido en el RD de opción 1976. Los artículos 17.1.c) o 22.2 del C.C. sólo serían aplicables a los hijos de saharauis devenidos apátridas que, después de la descolonización, hubieran nacido en el territorio actual de España.

5.5. A los efectos del artículo 17. 1. a) y b) del C.C., no son españoles de origen los hijos de saharauis que, en su momento, no hubieran optado por la nacionalidad española

Finalmente, la sentencia no entra a valorar si procede aplicar los artículos 17. 1. a) y b) del C.C., –(que declaran la nacionalidad de origen de “a) *Los nacidos de padre o madre españoles; y b) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos uno de ellos, hubiera nacido también en España*”)–, a los hijos de saharauis que, en su momento, no hubieran optado por la nacionalidad española ni hubieran adquirido otra nacionalidad,

En el presente caso, la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares no consideró acreditada la nacionalidad española de los padres y, en consecuencia, no aplicó los artículos 17. 1. a) y b) del C.C., Sin embargo, la demandante, al resultar completamente favorecida por la sentencia de segunda instancia, carecía de legitimación para recurrir por razón de la fundamentación jurídica, según doctrina general sostenida, entre otras, por las STS de 23 de junio de 2010 y de 10 de octubre, así como por los ATS de 19 de diciembre y 14 de noviembre de 2000. Por esta doctrina, que, en nuestra opinión, degenera con cierta frecuencia en la indefensión del vencedor en segunda instancia al reducirle la argumentación jurídica ante el Tribunal Supremo, la demandante se abstuvo de interponer recurso por infracción procesal y casación, lo que impidió que la sentencia del Tribunal Supremo se pronunciara expresamente sobre la posibilidad de aplicar estos preceptos a los saharauis nacidos en el Sáhara antes de la promulgación de la normativa específica de descolonización.

En cambio, el voto particular sostiene que la demanda debió ser estimada a tenor de los artículos 17. 1. a) y b) del C.C. bajo la premisa de que los saharauis, durante la dominación colonial, tenían la nacionalidad española y que el Sáhara era territorio español. La argumentación del voto particular es sólida y absolutamente coherente con tales premisas. Sin embargo, en nuestra opinión, partiendo de las premisas contrarias, no cabe sostener la aplicabilidad de estos preceptos al caso, subrayando que la razón fundamental por la que no procede la aplicación al caso es que éste debe resolverse aplicando estrictamente el RD de opción 1976, como norma especial, cuyos efectos se hallan agotados.

5.6. Conclusión

La sentencia de 29 de mayo de 2020 se pronuncia sobre la posibilidad de que los nacidos en el Sáhara Occidental durante el periodo colonial que no hubieran optado por la nacionalidad española conforme al RD de opción

1976 adquirieran la nacionalidad española de origen ex artículo 17. 1. c) del C.C. En relación con esta cuestión, la sentencia considera que los saharauis nunca tuvieron la nacionalidad española durante el periodo colonial y que, para adquirirla en el momento de la descolonización, debieron ejercitar la opción prevista en el RD 2258/1976 de 10 de agosto, de forma que, si no lo hicieron, nunca habrían adquirido la nacionalidad española. La sentencia rechaza la aplicación del artículo 17.1. c) del C.C., por considerar que el Sáhara Occidental no puede ser considerado “territorio español” a los efectos del artículo 17.1.c) del C.C. Se trata de una solución coherente con la consideración de que, para resolver la cuestión de la nacionalidad de los saharauis antes de la descolonización, es preciso atender a la regulación específica que se dictó en su momento para ello, cuyos efectos se agotaron en ese momento, con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución y sin que proceda aplicar los preceptos generales establecidos en el Código civil para determinar la nacionalidad de las personas.

Se emite un voto particular por la Excm. Sra. María Ángeles Parra Lucán, que, con argumentos notoriamente sólidos, opina, contra el parecer mayoritario de la Sala, que el Sáhara sí tenía la consideración de territorio español durante el periodo colonial, de forma que los nacidos en el Sáhara en ese periodo, habiendo devenido sus padres apátridas por no haber ejercitado la opción, podrían solicitar el reconocimiento de la nacionalidad de origen ex artículo 17. 1. c) del C.C. alegando que son hijos de apátridas nacidos en el “territorio español”. Además, como “*obiter dictum*”, el voto particular sostiene que los saharauis adquirieron la nacionalidad española durante el periodo colonial, por lo que, de forma coherente con esta premisa, determina que los hijos nacidos en el Sáhara durante el periodo colonial podrían solicitar que se declarase su nacionalidad española de origen conforme a los artículos 17. 1. a) y b) del C.C.

6. Bibliografía

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., y OBSERVATORIO PERMANENTE DE LA INMIGRACIÓN, «*Nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en España. Regulación legal e interpretación jurisprudencial sobre un análisis de datos estadísticos de los nacidos en territorio español durante el periodo 1996-2002*», Documentos del Observatorio permanente de la Inmigración.
- FERRER LLORET, J., «*El conflicto del Sáhara Occidental ante los Tribunales de la Unión Europea*», Revista General de Derecho Europeo 42, 2017, págs. 15-64.
- MARÍN LÓPEZ, A., «*La adquisición de la nacionalidad española por opción en la reciente doctrina registral*», Boletín del Ministerio de Justicia, Año 56 n° 1925, 2002, págs. 2859-2882.
- RUIZ MIGUEL, C., «*Nacionalidad, igualdad y descolonización. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 28 de octubre de 1988*», Revista española de Derecho Constitucional, año n° 19, n° 56, 1999, págs. 251-278.

- RUIZ MIGUEL, C., «*Nacionalidad española de ciudadanos saharauis: secuela de una descolonización frustrada (y frustrante)*», *Revista General de Derecho*, n° 663, 1999, págs. 14235-14246.
- VIÑAS FARRÉ, R., «*Evolución del Derecho de nacionalidad en España: continuidad y cambios más importantes*», *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, n° 1, 2010, pgs. 275-313.