



Roj: **STS 6268/1998** - ECLI: **ES:TS:1998:6268**

Id Cendoj: **28079110011998101768**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/10/1998**

Nº de Recurso: **617/1996**

Nº de Resolución: **1026/1998**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **JOSE ALMAGRO NOSETE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Décimotercera, como consecuencia de autos, juicio incidental al amparo de la Ley 62/78 de 26 de diciembre, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número cincuenta y ocho de Madrid, sobre protección jurisdiccional de los derechos de la persona, cuyo recurso fue interpuesto por Don Jose Antonio representado por la procuradora de los tribunales Doña M<sup>a</sup> Teresa Margallo Ribera, en el que es recurrido el Estado Español representado por el Abogado del Estado y siendo también parte el Ministerio Fiscal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número 58 de Madrid, fueron vistos los autos, juicio incidental de la Ley 62/78 de 26 de diciembre, promovidos a instancia de Don Jose Antonio contra el Estado Español y el Ministerio Fiscal, sobre protección jurisdiccional de los derechos de la persona.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de Derecho oportunos, que se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1.- Declarar que ha existido violación del derecho fundamental del actor a la igualdad ante la Ley por parte del Estado español a través de la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado consistente en desconocer su nacionalidad española de origen, así como la certificación de su nacimiento en los Registros españoles. 2.- Para poner fin al daño y restablecer al actor en el pleno disfrute de su derecho se declare su nacionalidad española de origen, y como tal sea inscrito en el Registro civil. 3.- Condena en todas las costas de este juicio al demandado.

Admitida a trámite la demanda el demandado contestó alegando incompetencia de jurisdicción, así como los hechos y fundamentos de derecho que estimó adecuados y terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se desestimara la demanda con condena en costas.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 3 de marzo de 1995, cuya parte dispositiva es como sigue: "Que estimando la falta de jurisdicción debo desestimar y desestimo la demanda de Don Jose Antonio contra el Estado Español y el Ministerio Fiscal, absolviendo en la instancia e imponiendo las costas a la actora".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección decimotercera dictó sentencia con fecha 16 de enero de 1996, cuyo fallo es como sigue: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los tribunales M<sup>a</sup> Teresa Margallo Rivera, en representación de Don Jose Antonio , contra la sentencia dictada el día 3 de marzo de 1995 por la Ilma Sra. Magistrada Juez del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 58 de los de esta capital en los autos incidentales de protección jurisdiccional de los derechos de la persona nº 129/94, seguidos a su instancia contra el Estado Español y el Ministerio Fiscal; resolución



que se confirma íntegramente con la precisión de que el orden jurisdiccional competente es el contencioso-administrativo, imponiéndose a dicho apelante las costas procesales del recurso".

TERCERO.- La procuradora Doña M<sup>a</sup> Teresa Margallo Ribera, en representación de Don Jose Antonio , formalizó recurso de casación que funda en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del artículo 1.692, ordinal primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por defecto de jurisdicción, infracción del artículo 74 de esta ley procesal, así como de los artículos 9, 21 y 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículos 51, 53, 54, 63 y 484-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 17 del Código civil y artículo 1 y sección segunda de la Ley 62/78 de protección jurisdiccional de los derechos de la persona.

Segundo.- Al amparo del artículo 1.692 número cuatro de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habiendo sido infringidos los siguientes preceptos legales: artículos 24-1, 53-3, 14, Disposición Derogatoria número 3, 117-1, 3-4, todos de la Constitución Española, artículos 9, 21 y 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículos 51, 53, 54, 63, 74, 484-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, violados por inaplicación, artículo 11 (1 y 2) de la Constitución Española y los artículos 17 a 26 del Código civil, artículos 1-1 y la sección tercera de la Ley 62/78 de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales, y 11 de la misma Ley en sus números 1 y 2, artículos 4, 5-1, 6 y 7-1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 53.2 de la Constitución.

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuando el traslado conferido para impugnación, el Abogado del Estado, emitió dictamen, en el que se manifestaba: "Primero.- Procede desestimar el motivo primero del recurso, que se articula al amparo del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 74 de la Ley Procesal, de los artículos 9- 21 y 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículos 51, 53, 54, 63 y 484-2 de la Ley de Enjuiciamiento civil, artículo 17 del Código civil y artículo 1 de la Sección Segunda de la Ley 62/78, de Protección jurisdiccional de los derechos de las personas. En relación con los motivos, hemos de señalar: 1º.- Que los artículos que se invocan de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto normas procesales y no sustantivas, no pueden servir de soporte a un recurso de casación. 2º.- El artículo 17 del Código civil que se invoca, ninguna relación tiene con la cuestión al que el motivo se refiere: la competencia o incompetencia de la jurisdicción civil ordinaria para conocer de la pretensión que se ejercita. 3º.- Tampoco afectan a este problema el artículo 1 y la Sección Segunda de la Ley 62/78 de Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de las personas. 4º.- No obstante, al ser la jurisdicción improrrogable y de "ius cogens", como señala la sentencia recurrida, ha de examinarse de oficio, por los órganos judiciales, por lo que procede entrar a conocer el fondo del problema, que no es otro que el de determinar la jurisdicción competente -civil o contencioso-administrativa- para conocer la reclamación del actor. En este sentido, no cabe sino reproducir el acertado razonamiento de la sentencia recurrida. La Sección Tercera garantía jurisdiccional civil- de la Ley 62/78, en que se ampara la acción, ejercitada en relación con la resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado, dispone que las reclamaciones por vulneración o desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona no comprendidos en los artículos que se refieren a la garantía jurisdiccional penal o contencioso-administrativa, se formularán ante los Juzgados de Primera Instancia correspondientes a la localidad en que se ha producido el hecho o radica el registro u oficina en que deban manifestarse. Ello supone -como señala la sentencia del Tribunal Supremo que se invoca, de 18 de junio de 1993-, que los órdenes jurisdiccionales penal y contencioso-administrativo tienen prevalencia sobre el civil, aún afectando a derechos fundamentales, cuando se trata de materias que le son propias. En concordancia, el artículo 6-1 de la Ley atribuye a la Jurisdicción Contencioso-administrativa el conocimiento de la pretensión contra los actos de la Administración Pública sujeta al Derecho Administrativo que afectan a los derechos fundamentales de la persona. A ello debe añadirse lo establecido en la Disposición Transitoria Segunda.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que dice textualmente: "En tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53-2 de la Constitución para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo sería la contencioso- administrativa ordinaria o la configurada en la Sección Segunda de Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, a cuyos efectos el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo 53-2 de la Constitución." En resumen: es la Jurisdicción Contencioso-administrativa la competente, conforme establece la sentencia recurrida. Segundo.- Debe desestimarse, igualmente, el motivo segundo del recurso que se articula en base al número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y se fundamenta en la infracción de los artículos 24-1 y 53-2 de la Constitución. Y debe desestimarse porque una sentencia declaratoria de la incompetencia de jurisdicción ni implica: \*Ni que no se haya tenido la tutela de los Tribunales, ya que se ha efectuado la acción que se ha considerado oportuna y los Tribunales han atendido y tramitado su pretensión. \*Ni que no se pueda ejercitar el Derecho sustantivo ante la jurisdicción competente. Específicamente la sentencia recurrida señala, en el último párrafo del fundamento de Derecho tercero, que la declaración de incompetencia no prejuzga el derecho



ejercitado. Respecto al resto de los artículos cuya infracción se ampara en este motivo, donde se invocan el artículo 14 de la Constitución -principio de no discriminación- Disposición Derogatoria 3 del mismo texto constitucional, artículo 117-1-3 del texto fundamental, artículos 9-21 y 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículos 51, 53, 54, 63, 74, 481-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 11-1 y 2 de la Constitución y artículos 17 a 26 del Código civil, 1-1 y Sección Tercera de la Ley 62/78, y artículos 4, 5-1, 6 y 7-11 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, o bien, como hemos dicho, son normas de carácter procesal sobre las que no puede construirse un recurso de casación, o bien son normas que para nada afectan a la cuestión resuelta por la sentencia recurrida.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal emitió dictámen en el siguiente sentido: "El problema que plantea este recurso de casación excede de lo que suelen ser los límites en esta institución, casi referidos a la interpretación de la ley sustantiva ( artículo 1-6 del Código civil) o a la garantía de los derechos o facultades procesales de modo que se excluya la indefensión en el proceso. Bien es verdad que en la interpretación de la ley han de tenerse en cuenta factores fuera de sus propias palabras, de tal modo que hoy la ley no es un texto sagrado emanado de espíritus extraños o extraterrestres sino expresión de la formula con que se provee de un criterio nacido de unas condiciones históricas y culturales para resolver un conflicto. Y en ese sentido el artículo 3-1 del Código Civil desde la redacción del título preliminar en 1.974 (D. 31 de mayo de 1974) que ya anunciaba un mundo diferente al oficial del régimen existente entonces (dicha redacción era un anticipo del sistema democrático en cuanto concepción del mundo y de la vida). Pero además, el recurso que hemos de examinar, sin embargo ha de resolver cuestiones que no sólo están en relación con la realidad social española, sino con la realidad social y política internacional por lo que la referencia a materias que pudieran parecer extravagantes a un recurso de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo de España no son sino las propias y exigidas por nuestras leyes, que en este caso nos imponen que tengamos en cuenta la realidad en que se producen el conflicto y los efectos de las leyes de cuya interpretación y aplicación se trata en el proceso es de resolver la cuestión planteada ( artículos 524, 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En otro sentido, también, es excepcional este recurso. Y es por la referencia a normas internacionales que ya forman parte del ordenamiento jurídico español según artículo 1 número 5 del Código civil y hoy ya en la Constitución (artículo 96). Así pues, no será extraño que se citen textos legales internacionales que lo son sólo por su origen y naturaleza pero que ya forman parte de el ordenamiento jurídico español. Pero lo más sorprendente tal vez sea la referencia a decisiones políticas expresadas en disposiciones legislativas pertenecientes al régimen político precedente que de acuerdo a la observación del Comité sigue desplegando su vigencia ("mandan los muertos"). Así que aquellas Cortes orgánicas y las llamativas indumentarias que lucían los llamados procuradores en Cortes, desde la chaqueta blanca con camisa azul hasta la chilaba, sea de inevitable aunque tal vez no agradable la evocación en la vista de este recurso. Examinadas las actuaciones de este rollo y de los autos en lo necesario el Fiscal en el trámite del número 2 del artículo 1.710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dice: 1º. En primer lugar es de estimar el motivo primero del recurso porque sin perjuicio de las razones contenidas en la sentencia recurrida, para determinar la jurisdicción competente, no sólo ha de hacerse consideraciones jurídicas generales, sino que ha de partirse del objeto del pleito, definido en primer lugar por la demanda, sin que quepa sustituir la actividad y decisión de la parte por criterios generados en un plano de abstracciones y no de formular soluciones a problemas teóricos. En este sentido la demanda plantea una cuestión civil, la declaración de nacionalidad española que afirma el demandante, sin perjuicio de que esa declaración tenga efectos sobre una resolución de la Dirección General de Registros, de cuya impugnación no se trata en este pleito, como no podría tratarse, por lo demás. En consecuencia el Fiscal entiende que es de estimar este primer motivo y afirmada la jurisdicción civil es de resolverse ya al fondo de la cuestión planteada, no cabiendo remitir de nuevo a esta misma jurisdicción para repetir el proceso que es la única solución que prevé el artículo 1.715 nº 1º L.E.Civil, como si se tratase de un exceso en el ejercicio jurisdicción, cuando en esta ocasión se trata en realidad del defecto, que ha de llevar, siendo estimado a considerar el fondo del asunto. Y en este plano, además del artículo 11 de la Constitución teniendo en cuenta la nacionalidad de origen del recurrente de acuerdo con la regulación en vigor en su época, no expresamente derogada que entendió el territorio del Sahara como provincia española, incluso con representación en las Cortes y siendo llamados sus habitantes a pronunciarse en el referéndum sobre la Ley Orgánica del Estado, se declare la nacionalidad española del recurrente, con las consecuencias registrales que procedan".

SEXTO.- Para votación y fallo el día 26 de octubre de 1998, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Impugna el primer motivo casacional ( artículo 1.692-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil,) la declarada falta de jurisdicción del orden civil para conocer del presente asunto con fundamento en el artículo



74 de la ley procesal, así como los artículos 9, 21 y 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículos 51, 53, 54, 63 y 484-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 17 del Código civil, y artículo 1 y sección segunda de la Ley 62/78 de protección jurisdiccional de los derechos de la persona. Al efecto, debe señalarse que el proceso especial del que dimana este recurso se plantea dentro del marco que delimita la Sección 3ª ("Garantía jurisdiccional civil") de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona y, concretamente, por infracción del artículo 14 de la vigente Constitución Española que se inserta en el ámbito de aplicación de la Ley citada, regulado en el apartado 2 del artículo 1º, conforme a la ampliación que del mismo determina la disposición transitoria segunda de la L.O.T.C. que extiende referido ámbito a todos los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución Española, entre los que se encuentra el principio de igualdad del mentado artículo 14 de la Constitución. La vulneración que del precepto constitucional se invoca, como soporte de la demanda, se conecta con el derecho fundamental a la nacionalidad en cuanto considera ha sido privado de esta ilegítimamente, en condiciones discriminatorias. Así las cosas debe destacarse la naturaleza civil de la cuestión suscitada, dado que en materia de nacionalidad, vinculada al estatuto personal, tanto por tradición, como por ubicación de las normas reguladoras (Código civil) ha sido por regla general, la jurisdicción civil y, no otra, la competente para conocer de los asuntos contenciosos relacionados, no obstante, la lógica intervención administrativa en la organización y documentación de los registros sobre el estado civil de las personas y las potestades conferidas a la Administración, en cuanto a la nacionalidad no originaria, sino la adquirida por carta de naturaleza o por concesión basada en la residencia continuada, supuestos que justifican las excepciones a la regla que expresamente establece el artículo 22 del Código Civil, párrafo quinto, según la redacción que introdujo la Ley 18/1990 de 17 de diciembre, al fijar que "la concesión o denegación de la nacionalidad por residencia deja a salvo la vía judicial contencioso-administrativa". Tratándose de un problema de nacionalidad de origen, no es dudoso que los temas litigiosos que suscita deban ser decididos por el orden jurisdiccional civil.

SEGUNDO.- Discrepa esta Sala de Casación, acorde con lo expuesto, del criterio establecido por la sentencia impugnada al aceptar la excepción de "incompetencia de jurisdicción", apoyándose precisamente en el artículo 22 del Código civil y en la remisión final que el precepto hace a la "vía contencioso administrativa", pues basta con compulsar el "petitum" de la demanda para comprobar que el actor lo que solicita, entre otros extremos, es el reconocimiento de su nacionalidad de origen española, tema litigioso no comprendido en la norma citada. Tampoco, la solución que propugna la Sala de Apelación, respecto a la necesidad de la vía administrativa en función de la redacción y referencia que contiene la "disposición transitoria segunda" de la L.O.T.C. puede aceptarse, en lugar de la mas razonable interpretación analógica de la misma, y su aplicación, por tanto, a aquellos casos, en que debe seguirse la vía civil, conforme a la laguna que la propia norma denota por falta de desarrollo normativo del artículo 53-2 de la Constitución Española. Así se ha reconocido, de manera indirecta, pero clara, por el propio Tribunal Constitucional ( A.T.C. 162/82) que ha tenido por válida la invocación del artículo 14 de la Constitución Española, como fundamento del amparo, en casos en los que lo procedente hubiera sido el empleo de la vía penal o de la vía civil de la Ley 62/1978, como acontece en el presente asunto. Consecuentemente, se acoge el motivo, lo que hace inútil el examen del segundo, por cuanto superado el obstáculo procesal de la expresada excepción, lo que procede es el examen del fondo del asunto en funciones de juzgador de instancia.

TERCERO.- El origen de la cuestión debatida se halla en las confusiones creadas por la legislación interna, promulgada para la antigua colonia del llamado Sahara español, en el período histórico precedente a la "descolonización" llevada en su día a cabo, en trance lleno de dificultades, que culminaron con el abandono del territorio, (que fue ocupado militarmente por otro Estado), al margen, desde luego, de la calificación objetiva que mereciera el territorio del Sahara en relación con el territorio metropolitano, según el Derecho Internacional. Tal periodo histórico ha sido denominado, doctrinalmente, etapa de la "provincialización", a consecuencia de la manifestada y reiterada voluntad legislativa de equiparar aquel territorio, no obstante sus peculiaridades, con una "provincia" española, y, por ello, a considerarla, como una extensión del territorio metropolitano, o sea, territorio español, sin acepciones, con todas las vinculaciones políticas determinantes de la referida concepción que, sin duda, se proyectaron, como corolario obligado, en la población saharauí y, en su condición de nacionales españoles. Ilustres administrativistas enseñaron que la "provincialización" elevaba dichos territorios al rango de territorio nacional. Entre otras normas debe destacarse la Ley de 19 de abril de 1961 que estableció "las bases sobre las que debe asentarse el ordenamiento jurídico de la Provincia del Sahara en sus regímenes municipal y provincial", con otros aspectos, algunos tan importantes como el recogido en el artículo cuarto que, textualmente, dispone que "la provincia del Sahara gozará de los derechos de representación en Cortes y demás organismos públicos correspondientes a las provincias españolas", regla que fue llevada a la práctica con la participación efectiva de representantes saharauís en las Cortes y en el Consejo Nacional. Sin duda que con esta norma se pretendía hacer manifiesta la equiparación de los "stati" entre "españoles peninsulares y "españoles nativos", a los que se refiere la Orden de 29 de noviembre de 1966 que dicta instrucciones para ejercer el derecho al voto en el referendun convocado por el Decreto



2930/1966). ("Artículo primero. Los españoles tanto nativos como peninsulares, residentes en las provincias del Sahara..., que tengan derecho a votar con motivo del referendum convocado por el Decreto 2930/1966, de 23 de noviembre..."). Si se toma en consideración las características autoritarias del régimen político imperante en España, con anterioridad al sistema constitucional vigente, cabe concluir que, desde la vertiente de la participación política, clave para configurar el "status civitatis", la asimilación era completa, tanto mas cuanto que las profundas diferencias de orden social y jurídico privado, derivadas de ancestrales costumbres, de raíces, en muchos casos religiosas, se consideraban a la sazón "simples modalidades forales" del régimen provincial, según interpretaba el propio legislador (Exposición de motivos de la Ley citada) que comparaba la diversidad de instituciones y de regímenes administrativos económicos" con la "actualmente existente en España" variedades económicas forales y la especial configuración de los Cabildos insulares". Como manifestación de esta posición España negó inicialmente al Secretariado General de la O.N.U. información sobre "los territorios no autónomos" (1958 y 1959). La expresada Ley de 1961, además, al establecer en lo no específicamente regulado, la aplicación subsidiaria de la legislación sustantiva y procesal española, insistía en la naturaleza homogénea del territorio ("legislación sustantiva y procesal, de aplicación general en el resto del territorio nacional", artículo 2). No debe, pues, extrañar que el Tribunal Supremo (Sala Primera, sentencia de 22 de febrero de 1977), declarara que, en la fecha del nacimiento que se enjuiciaba, El Aaiun "era una provincia española y la palabra España comprendía todo el territorio nacional"

CUARTO.- No obstante, el acatamiento de las exigencias que imponían las realidades políticas y jurídicas dimanantes del orden jurídico público internacional y, especialmente, la doctrina sobre "descolonización" de la O.N.U., condujeron al reconocimiento por el Gobierno español del "hecho colonial" y, por tanto, a la diferenciación de "territorios", puesto, finalmente, de relieve, con rotunda claridad, por la Ley de 19 de noviembre de 1975 de "descolonización" del Sahara cuyo preámbulo expresa "que el Estado Español ha venido ejerciendo, como potencia administradora, plenitud de competencias sobre el territorio no autónomo del Sahara, que durante algunos años ha estado sometido en ciertos aspectos de su administración a un régimen peculiar con analogías al provincial y que nunca -recalcaba- ha formado parte del territorio nacional".

QUINTO.- En cualquier caso de lo que no cabe duda, con referencia a la "nacionalidad" de los saharahuis, durante el plazo de la tutela de nuestro Estado sobre el territorio del Sahara Occidental, es que ésta fue la española (de "españoles indígenas", habla alguna disposición), pues resulta evidente, conforme a las reglas generales del Derecho de la nacionalidad, que "los naturales del territorio colonial carecen de una nacionalidad distinta de los del Estado colonizador, dado que no poseen una organización estatal propia". Cuestión distinta es, atendiendo a los grados de asimilación material y formal, entre los diversos estatutos jurídicos de la población, que, en la práctica y en la ordenación de estos problemas en los Estados colonizadores, se hayan impuesto restricciones al "status civitatis" de la población colonizada lo que ha permitido la diferencia doctrinal, basada en datos jurídicos, entre nacionales-ciudadanos y nacionales-subditos, según atestiguan con denominaciones diversas, conocidos ejemplos del Derecho comparado (v.g. Holanda, Italia, Bélgica y Francia). En España, pese a la inexistencia de normas que frontalmente establecieran discriminaciones en cuanto a los derechos y deberes de los ciudadanos, pese a la ambigüedad normativa y pese a las opiniones de sectores doctrinales, sobre la calificación de los territorios pertenecientes a colonias y su identificación con el territorio nacional, las realidades de la heterogeneidad territorial y de los estatutos personales emergían sobre la retórica legislativa y gubernativa acerca de la plenitud de la asimilación. Concretamente, algunos dictámenes del Consejo de Estado emitidos ya en casos similares (dictamen nº 36.017/1968 para el caso de Guinea y dictamen 36.227/1968 para el caso de Ifni) y la obra de cualificados estudiosos, a partir del examen pormenorizado de las disposiciones dictadas en relación con aquellos territorios, llegaron a conclusiones fundadas acerca de las diferencias entre territorio nacional y territorios coloniales, (entre estos, por consecuencia, el Sahara Occidental), así como sobre la diferente condición jurídica de nacionales y naturales de las colonias. En especial, España, que había actuado, con otro criterio, según se vio, aceptó, finalmente, informar a la O.N.U., sobre los territorios no autónomos y, con ello, dio paso por actos propios al reconocimiento del hecho colonial (consecuencias de la entrevista hispano-lusa de marzo de 1961).

SEXTO.- Desde esta dicotomía entre voluntarismo y realismo jurídico que recogen los fundamentos anteriores y, tomando en consideración las legítimas creencias y actividades propias del ejercicio de una nacionalidad, fundadas en Derecho, de quien, como el actor, aunque indígena del Sahara, se consideraba plenamente español, debe enfocarse el estudio del caso concreto que se somete a la decisión de la Sala. Precisamente, ha de examinarse no ya la validez o vigencia del Decreto 10 de agosto de 1976 (si su rango fue el adecuado, si no infringía el principio de jerarquía normativa, si resulta nulo, si advino derogado por la Constitución Española, si sus defectos de publicación impedían su aplicación ...etc) sino si, aún admitiendo su validez y temporaria vigencia, fue o no la norma que debió aplicarse a Don Jose Antonio , o si por el contrario, con su aplicación al caso se incurrió en discriminación inaceptable, conforme al artículo 14 de la Constitución Española. En efecto, el citado Decreto que reconoce un falso o mal llamado "derecho a optar por la nacionalidad



española a los naturales del Sahara", señalando, para el ejercicio de tal derecho "el plazo de un año" conforme a determinados requisitos, especialmente una "comparecencia" ante el juez encargado del Registro civil o cónsul español, según los casos y lugares, distingue dos grupos perfectamente deslindados de naturales saharauis que en función de su residencia y en razón, según estuvieran o no en la posesión de determinados documentos, se encontrarían en condiciones jurídicas de ejercitar la opción (ante la imposibilidad de hablar técnicamente de "opción", por la carencia de otra nacionalidad sustitutoria de la que por su naturaleza y circunstancias de colonización les correspondía, la doctrina habla de "carta de naturaleza colectiva"): A) Saharauis, residentes en territorio nacional, (debe entenderse territorio metropolitano una vez que se había producido la descolonización) a los que simplemente se les pide que estén provistos de "documentación general española". Aunque la expresión es muy ambigua, interpretamos que documentación general es cualquier documento, siempre que conecte o vincule con España, (v.g. tarjeta o cartilla laboral expedida por la potencia administradora). B) Saharahuis, residentes fuera del territorio español que se hallen en posesión de documentos concretos, ya sea el "documento nacional de identidad bilingüe expedido por las autoridades españolas", ya sean titulares del "pasaporte español" o, alternativamente, "estén incluidos en el Registro de las representaciones españolas en el extranjero". En ninguno de estos grupos se incardina Don Jose Antonio , según se estudia en el fundamento siguiente.

SEPTIMO.- Hay datos de entidad que permiten situar a Don Jose Antonio en un "tertium genus", no equiparable a los reseñados grupos. Ni se hallaba, por entonces, residiendo en España, ni en el extranjero, sino en el Sahara, territorio que, pese a haber sido ya descolonizado, no pensamos que encajara en el segundo supuesto a que se refiere el artículo primero del Decreto en cuestión, dado que se vincula el concepto a "representaciones españolas en el extranjero" inexistentes, a la sazón, en el territorio, como ha acreditado la prueba testifical, ocupado por Marruecos según es notorio. Mas, aún dando por escasa la argumentación en este punto (y sin entrar en el examen, ni por ello, en la valoración jurídica de las circunstancias de fuerza mayor que impidieron a algunos actuar dentro del plazo otorgado para recabar la nacionalidad española), de lo que no cabe duda es que, en ningún caso, eran semejantes las situaciones de aquellos a los que un simple documento o un documento concreto, cualificado, les permitía la consolidación o plenificación de la nacionalidad española, con la de que quien, como el actor, no sólo disponía de "documentación general" y de los dos "documentos", uno sólo de los cuales, se exigía al residente en el extranjero para obtener la consolidación de la nacionalidad, sino de otros que inequívocamente acreditaban en su favor el ejercicio de actividades propias del nacional español. En pocas palabras, si, en la lógica del Decreto, el "nomen" de "español indígena", no se traducía, por sí mismo, en la plenitud de la nacionalidad española, no obstante, ser un título vocado a dicha plenitud, si se acreditaban algunos extremos, que suponían el disfrute de beneficios concretos y efectivos de la nacionalidad, con mayor razón, la justificación de un conjunto de beneficios propios del nacional pleno, que concurren en Don Jose Antonio , configuran una situación distinta, no asimilable a la de los grupos enunciados que marcan un trato diferenciado. Los expuestos criterios formales, no son artificiosos, pues ha de considerarse que, una de las principales razones esgrimidas para justificar la nacionalidad "menos plena", reconocida a la población colonizada, es la falta de identificación con la cultura nacional y una actitud autodeterminativa, cuando no hostil, en relación con el Estado colonizador, de donde la importancia de los "indicios" de asimilación, que, obviamente, no son reconducibles a baremos, pero que se hacen visibles por determinados signos.

OCTAVO.- El Código civil, establece en el artículo 18, el concepto de consolidación de la nacionalidad, por la posesión y utilización continuada de ésta, de acuerdo con el cumplimiento de determinados requisitos (Ley 18/1990, de 17 de diciembre). Responde tal precepto a consideraciones que enlazan con la "posesión de estado" que pertenece a la parte general del Derecho civil, especialmente, en relación con el derecho de las personas. Exige tal precepto un "título inscrito en el Registro civil", no obstante su posterior anulación. Tal título, en el caso que nos ocupa, es la condición de "español indígena", nacido en territorio, a la sazón, considerado español, conforme resulta del artículo 17, 1-d) del Código civil, de acuerdo con una interpretación que está en la raíz del precepto, favorecedor del "ius soli", para concluir con los sistemas de apatridia. Si el territorio de marras, calificado como español, fue luego considerado no español, según las disposiciones que se dejaron mencionadas, ello no significa que al amparo de la calificación, bajo la que se desarrollaron o tuvieron ocurrencia los hechos determinantes del título, no se produjera una apariencia legitimadora, pese a la anulación posterior de la razón jurídica sustentadora. Como afirma la doctrina, "si se llega a demostrar que quien estaba beneficiándose de la nacionalidad española "iure sanguinis o iure soli", no era, en realidad español" (en este caso supondría que no tenía la plena nacionalidad), al ser nulo el título de atribución respectivo, no parece justo que la eficacia retroactiva de la nulidad, (recogida "expressis verbis" en la Ley descolonizadora,) se lleve a sus últimas consecuencias en materia de nacionalidad.

NOVENO.- Se trata, por tanto, de determinar si en el caso concreto de Don Jose Antonio , concurren o no los elementos fácticos que configuran la por él también alegada "nacionalidad española de hecho", de la que disfrutó, situación jurídica que, como equivalente a la nacionalidad de derecho, reconoce el precepto



citado, inspirado en el precedente del "Código belga de la nacionalidad" (28 de junio de 1984) u otros como el "Código francés de la nacionalidad" o "la ley de nacionalidad portuguesa". Al efecto, para demostrar la "posesión y utilización continuada de la nacionalidad española deben tenerse en cuenta como medios de prueba aquellos "signos de la posesión de estado" que acreditan indirectamente los datos de hecho que constan en "documentos administrativos" propios de los españoles u otros que, también, de manera indiciaria corroboran aquella "utilización continuada de la nacionalidad española": A) El actor disfrutaba de "pasaporte español" en el que consta expresamente su nacionalidad española, expedido el 21 de diciembre de 1973 y con fecha de caducidad de 20 de diciembre de 1978, pasaporte obtenido en El Aaiun (Sahara) que figura, también como lugar de nacimiento y domicilio. Dicho pasaporte fue utilizado en diversas ocasiones, para salir al extranjero. Sabido es que este documento a que tiene derecho todo ciudadano español (Reales Decretos 129/1977, 1023/1984, 126/1985 y 1.064/1988) tiene la misma consideración que el Documento Nacional de Identidad ( artículo 10 de la Ley Orgánica 1/1992). B) El actor está en posesión del Documento nacional de identidad (Sahara), bilingüe que acredita que nació en Aaiun (Demarcación de Aaiun), el día 19 de marzo de 1950 (nombre de la madre Filomena , domicilio en DIRECCION000 ). Cualquiera de estos documentos, A) o B), servirían como máxima acreditación exigible, a quien en posesión del mismo y natural del Sahara quisiera como ya se ha dicho "optar" por la nacionalidad española. Pero Don Jose Antonio , no sólo se halla en posesión de ambos, sino que, además, justifica documentalmente: C) Que durante más de tres años actuó, prestando servicios, en el antiguo Gobierno General del Sahara español, como ordenanza intérprete en el Juzgado Territorial (desde el uno de enero de mil novecientos sesenta y siete a uno de enero de mil novecientos setenta). D) Que cesó en su cometido como ordenanza en el Juzgado Territorial para pasar a prestar servicios como auxiliar administrativo en la Gerencia Provincial del Programa de Promoción obrera, de la Delegación Provincial (Sahara) del Ministerio de Trabajo, en cuyo puesto permaneció desde el uno de marzo de 1970 al 30 de julio de 1975. E) El carnet escolar del actor corresponde al "Instituto Nacional de Enseñanza Media de Aaiun (Sahara)". y F), Finalmente, fue designado por el Delegado Nacional de la Juventud, dependiente de la "Secretaría General del Movimiento" Jefe Territorial de la Organización Juvenil del Sahara. Entre las "promesas" que hizo, en tal condición, figuran las de "sentir la responsabilidad de ser español dentro de la necesaria comunidad de los pueblos"; "honrar con la lealtad de "su" conducta la memoria de todos los que ofrecieron su vida por una España mejor" y la de "servir a su Patria" (España) y "procurar la unidad entre sus tierras y entre sus hombres". Los expuestos datos probados, valorados en su conjunto determinan que se tenga como "hecho probado" la posesión del estado de nacional español por el actor; así como su utilización continuada, durante diez años, como mínimo.

DECIMO.- Junto al "nomen", en efecto, Don Jose Antonio , acumuló el "tractatus" y la fama, pues la comunidad nacional y el mismo se comportaron en sus relaciones internas como si éste fuera español, con una actitud activa de utilización de la nacionalidad, teniéndose a sí mismo por español tanto en el disfrute de sus derechos como en el cumplimiento de sus deberes en relación con órganos del Estado español. El nacimiento que acreditaba su condición de "español indígena" se inscribió en el Registro civil, dado que, aunque no se aporta la certificación positiva correspondiente, la existencia de referida inscripción se produce con toda certeza, según la prueba practicada y según la legislación aplicable, ponderando todas las circunstancias concretas. La primera acción, en efecto, que emprendió el actor para conseguir el reconocimiento de su nacionalidad española, fue la de obtener el certificado de inscripción de su nacimiento, acaecido el día 19 de marzo de 1950, en la ciudad de El Aaiun, provincia del Sahara. Inicialmente se le expide (29 de junio de 1993), sin mayores especificaciones, una certificación negativa, en la que se hace constar por el Registro Central "que examinados los ficheros que obran en este Registro Civil no figura dato alguno de la inscripción que se menciona". Cuando decepcionado por la obvia "frialdad" de la respuesta administrativa que no facilita "norte" ni razón sobre el paradero de los libros en los que habría de constar su inscripción, solicita mediante los antecedentes documentales que aporta, la "recuperación de su nacionalidad" dado que, según "todas las circunstancias que en su persona concurren" es español "de hecho y de derecho" se le comunica por la Dirección General de Registros y Notariado, que "el Sahara nunca fue territorio español a efecto de adquisición de la nacionalidad española", "ni sus habitantes fueron españoles en sentido estricto, sino que aquel territorio se entendía sometido a la soberanía española, y sus habitantes súbditos españoles, pero no nacionales". Ya, en periodo de prueba, el "registrador encargado" del Registro Civil Central, contestando a oficio del Juzgado, manifiesta "la imposibilidad de remitir" la expresada certificación, y explicita que, aunque en su Registro, se encuentran "libros extendidos por el Registro Civil de Africa occidental" "otros libros extendidos por diferentes Autoridades Gubernativas cuyo contenido no se ajusta a la legislación registral española y vienen referidos a ciudadanos indígenas de los territorios del Africa Occidental, en su día territorio español, se hallan depositados en la actualidad en la Subdirección General de Africa del Norte, dependiente de la Dirección General de Africa y Medio Oriente, del Ministerio de Asuntos Exteriores". Realizadas, por tanto, todas las gestiones oportunas por el interesado, antes del proceso y por medio de la prueba, pendiente este, correspondía al Estado, como demandado, haber favorecido el desarrollo de la prueba o practicar la oportuna contraprueba, de manera, que



no se hiciera acreedor como se hace, a que tengamos que considerar el hecho de la inscripción como probado, en virtud, de las consecuencias que impone el desplazamiento de la "carga de la prueba" conforme al artículo 1.214 del Código civil por su prevalente y mejor posición probatoria en el caso. Las normas sobre Registro civil que se dictaron para el Africa occidental española (Decreto 23 de enero de 1953 y Orden de 6 de enero de 1956, Ley de Registro civil de 1956, Reglamento de 1958), prevenían la existencia de libros independientes, pero con "hechos inscribibles" iguales a los de la legislación general española y, aunque, se prevenía la voluntariedad de la inscripción de algunos hechos, relativos a indígenas, la Orden de 6 de enero de 1956, "especificaba que a pesar de la voluntariedad de la inscripción señalada en el número dos, los Gobernadores podrán exigir a los indígenas las correspondientes certificaciones que acrediten la inscripción de algún acto relativo al Registro civil en el Registro correspondiente". Según toda la documentación que obraba en poder del actor e incorporada al litigio no puede dudarse que en el tracto que dibuja su trayectoria de vinculación a actividades, propias de españoles, hubo de acreditarse, mas de una vez, la inscripción del nacimiento, sin que el hecho de que por las circunstancias reseñadas no se haya podido acreditar la fecha en que se realizó la inscripción, aunque esta fuera practicada fuera de plazo, como parece inferirse del momento en que se erige el Registro civil, (que permite el cómputo de un plazo muy superior al exigido por el Código civil), pueda perjudicar al actor, a los efectos de impedir la consolidación de la posesión de hecho de su nacionalidad española, por plazo continuado de diez años, y conforme a la buena fe.

UNDECIMO.- Conviene valorar a grandes rasgos el acto de la Dirección General de los Registros y del Notariado que da pie al presente litigio, y cuyo contenido básico queda recogido en el fundamento anterior. La citada Resolución (9 de septiembre de 1993) tras hacer una descripción genérica en la que se identifican, con manifiesto error, el concepto "habitante" del territorio con el de población indígena o nativa, (olvidando a los españoles peninsulares o descendientes de éstos), concluye, sin instrucción previa ni indicación alguna acerca de recursos, remedios, o acciones procedentes, con la declaración de que no tiene derecho a la nacionalidad española, pese a haber invocado, también, su nacionalidad "de hecho". Tan apresurada y poco motivada resolución, invoca como fundamento una norma (ya estudiada en otro apartado) que nada tiene que ver, por los dos grupos a que se refiere, (como no sea a la vista del nexo común de la condición de saharauí) con el "supuesto de hecho" real que se somete a su consideración. Incide, así, dicho acto en clara discriminación, no consentida por el artículo 14 de la vigente Constitución Española, que lesiona el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley. No sólo se le discrimina equiparando a saharauís que se hallan en situación legal diferente, es decir, no sólo dando un trato igual a quienes son desiguales, sino, positivamente, dando un trato desigual a quien es igual, por comparación, a las personas que tienen derecho a la nacionalidad española, conforme al Código civil, y especialmente, con quienes encajan con las previsiones del artículo 18 del expresado texto legal. La oposición alegó frente al actor que debió haber alegado y probado un "término" de comparación, tal como exige la jurisprudencia constitucional para justificar la discriminación de trato y el actor ha aportado documentos que prueban que personas nacidas en El Aaiun, como el mismo, tienen la condición de nacionales españoles. Mas no es esta la vía a seguir, pues de persistir en este razonamiento habría que llegar a la conclusión de que se hace "supuesto de la cuestión", dando por cierto que el actor era tan español de derecho, como los peninsulares, lo que, dados todos los razonamientos expuestos resulta dudoso, a la luz de las normas nacionales e internacionales, que deben ponderarse. Tampoco puede aceptarse la interpretación formalista que se hace por la parte opuesta de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad, pues de compartirse el criterio que sostiene, conforme al cual se ha de exigir un caso litigioso ya resuelto que permita establecer la comparación discriminatoria, incurriamos en la aporía de admitir que el primer caso habido en la aplicación de la ley nunca puede atentar al principio de igualdad y ser por ello discriminatorio en sus consecuencias, cuestión que, así con matices cuando de la interpretación judicial se trata (que no es el caso contemplado) no puede plantear dudas si esta aplicación de la ley se ha llevado a efecto por un órgano estatal no judicial. Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional 149/88 v.g.) la igualdad ante la ley, en el plano de la aplicación obliga a que esta sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en las normas. En el caso al omitirse la aplicación del artículo 18 del Código civil, se ha incurrido en desigualdad discriminatoria, puesto que el supuesto fáctico ampara la situación del actor. Con razón la doctrina civilística especializada, en materia de nacionalidad al estudiar los posibles casos de discriminación, establece que "la persona que teniendo derecho a la nacionalidad española no es considerada como española sufre, en relación con los demás españoles, una injustificada discriminación no en uno, sino en un bloque de derechos en que se concretan las diferencias típicas del Derecho de extranjería. Puede, por tanto, recabar el amparo constitucional porque el derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 14 de la Constitución Española, está específicamente incluido entre los que gozan de esa especial protección (cfr. artículos 53 y 161, 1 b), de la Constitución Española y 41 de la L.O.T.C.), y desde que se niega el derecho a la igualdad, hay recurso para restablecer o promover





este derecho". En el caso que nos ocupa, tal derecho a la igualdad se reconoce otorgando el amparo solicitado en los términos que, finalmente, se expresan en el "fallo".

DECIMOSEGUNDO.- La estimación del principal motivo del recurso, conlleva la declaración de haber lugar al mismo y, con ello, la anulación de la sentencia recurrida que se reemplaza en la instancia, según los fundamentos de Derecho ya expuestos, por lo que se dispone en el fallo de esta sentencia ( artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Las costas de las instancias no se imponen especialmente a ninguna de las parte contendientes, pues el Tribunal considera de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que concurren circunstancias excepcionales que justifican no se haga imposición expresa, en atención a la complejidad del asunto y confusión legislativa que existe sobre la materia, razones que son extensivas a la segunda instancia conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las costas del recurso de casación ( artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) deberán satisfacerse por cada parte las suyas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Jose Antonio contra la sentencia de fecha dieciseis de enero de mil novecientos noventa y seis dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimotercera, en autos, juicio incidental al amparo de la Ley 62/78 de 26 de diciembre número 129/94, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número cincuenta y ocho de Madrid por el recurrente contra el Estado Español y el Ministerio Fiscal; en consecuencia, anulamos la sentencia recurrida y, en su lugar, otorgamos el amparo solicitado, reconociendo la nacionalidad española de Don Jose Antonio , ordenando que se libre mandamiento al Registro Central para que se practique nueva inscripción de nacimiento del expresado nacional, conforme a los datos del Documento nacional de identidad, expedido en el Sahara que figuran reseñados en la letra B) del fundamento noveno y que se testimoniarán en el dicho mandamiento; asimismo se expedirán cuantos otros oficios o despachos sean necesarios al efecto de que se tenga por eficaz registralmente la presente sentencia que declara la nacionalidad española del actor. No se imponen las costas de ninguna de las instancias, debiendo pechar cada parte con las suyas. Tampoco, se imponen las de este recurso que deberán satisfacerse por cada parte las suyas con devolución del depósito constituido; y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA.- JOSE ALMAGRO NOSETE.- ANTONIO GULLON BALLESTEROS.- XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ.- EDUARDO FERNANDEZ CID DE TEMES.- RUBRICADOS. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Almagro Nosete, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.