

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

PRÓXIMA REFORMA DE LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM*

El Consejo de Ministros, de 9 de febrero de 2007, emitió su informe sobre el Anteproyecto de Ley de Adopción Internacional, que lleva a cabo una *modificación del Código Civil en relación a la nacionalidad española por medio de la opción*.

Con los cambios se permitirá que los nietos de españoles nacidos en el extranjero puedan adquirir la nacionalidad española y que los hijos de españoles que no nacieron en España, pues sus padres y abuelos emigraron del país en el pasado, *puedan llegar a adquirir* la nacionalidad española.

El Código Civil aún vigente exige, para optar a la nacionalidad española, que el padre o madre de quien la solicite haya sido originariamente español y, además, que haya nacido en España. Con esta exigencia los nietos de emigrantes españoles cuyos padres no hayan nacido en España no pueden acceder a la nacionalidad española. La reforma del Código Civil que se persigue con esta Ley *elimina el requisito del nacimiento en territorio español de los padres*, con lo cual se permite que sus hijos, nietos del español que emigró, puedan acceder a la nacionalidad española.

De esta manera el Gobierno da cumplimiento al mandato que recogía la Ley de 16 de diciembre de 2006, denominada Estatuto de los Derechos de los españoles en el extranjero, pero como todo anteproyecto está sometido a su paso por el Congreso donde puede sufrir diferentes cambios tras las enmiendas y discusiones parlamentarias. No obstante, hemos querido dar un repaso en estas breves páginas a dicho tema por su importancia y las repercusiones prácticas que conlleva (2).

(1) Estas breves líneas han sido entregadas a imprenta tras el anuncio de la publicación de la modificación del Código Civil en materia de nacionalidad contenida en el Anteproyecto de Ley de Adopción Internacional, por el Consejo de Ministros de 9 de febrero, sin haber podido tener acceso directo al texto la autora de este pequeño comentario al no haber sido publicado dicho proyecto en la página web del Congreso.

(2) La Ley del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior (Ley 40/2006, de 14 de diciembre) otorga la posibilidad de optar a la nacionalidad española a los nietos

I. INTRODUCCIÓN

La nacionalidad puede ser definida como el vínculo jurídico y político que une a una persona con su Estado.

Según nuestro Código Civil, artículo 17 (3):

«Son españoles de origen:

1. a) Los nacidos de padre o madre españoles.
2. La filiación o el nacimiento en España, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad, no son por sí solos causa de adquisición de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación».

Las funciones más importantes de la nacionalidad son que:

- Delimita la base personal del Estado.
- Es un estado civil básico de la persona.
- Es un importante punto de conexión, especialmente en lo que se refiere al estatuto personal.

Nuestra legislación distingue entre españoles de origen y españoles no originarios. La distinción se concreta única y exclusivamente en unas diferencias que enumera puntualmente la CE, y que son:

- A) Ningún español de origen puede ser privado de su nacionalidad (art. 11.2 CE), aunque puede perder voluntariamente la nacionalidad española de acuerdo con lo establecido en la ley.
- B) Los españoles de origen pueden adquirir la nacionalidad de los países iberoamericanos o de otros países especialmente vinculados con España sin perder su nacionalidad (art. 11 CE).
- C) Solamente un español de origen puede ser tutor testamentario del Rey (art. 60 CE).

El Código Civil enumera quiénes son españoles de origen. El artículo 17.1 responde a la concepción tradicional de reputar como español de origen a

de españoles de origen, aunque ninguno de los progenitores haya nacido en España, que se supone que emigraron, voluntariamente o forzados por el hambre, y también a los que se exiliaron por razones políticas, durante o tras la Guerra Civil, para salvar su vida y la de sus familiares.

A los nuevos españoles (hijos o nietos de los españoles de origen), a tenor de lo enunciado por la mencionada ley, no se les exigirá ni residencia legal en España, ni conocimiento de la cultura de una lengua oficial en España, ni un determinado arraigo suyo ni de sus padres, que ni han nacido en España ni han vivido nunca aquí.

Pese a dichas particularidades, estos españoles, en aplicación del derecho constitucional (art. 14 CE) de igualdad de todos los españoles ante la ley, tendrán los mismos derechos que los demás españoles, aunque no tengan ningún vínculo actual ni lo hayan tenido nunca en suelo español, ni hayan pagado sus impuestos en España, ni cotizado a la Seguridad Social, etc. En estos casos, el único vínculo que guardan con España es el derivado de la filiación, es decir, ser hijos de español o española de origen. Por tanto, aplicación directa del principio de *ius sanguinis*.

(3) Redactado por Ley 18/1990, de 17 de diciembre (BOE de 18 de diciembre), de reforma del Código Civil en materia de nacionalidad.

quién tiene nuestra nacionalidad desde el momento de su nacimiento. Sin embargo, actualmente ésta es una regla con excepciones, y el artículo 19.1 del Código Civil extiende la categoría respecto de sujetos en los que no concurre la circunstancia de ostentar la nacionalidad española desde el nacimiento.

Hay que tener en cuenta que la nacionalidad es un derecho humano fundamental, reconocido en el artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (4), en el artículo 24.3.^º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (5), en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño (6), y en el artículo 11 de la CE (7), y puesto que a través de esta normativa se decide quién es, puede llegar a ser o dejar de ser español, es importante prever los posibles cambios que van a tener lugar.

La nacionalidad española ya adquirida debe operar como un derecho fundamental de la persona, pero el legislador español es, en principio, libre para establecer quién ha de ser español, por consiguiente, no existe un derecho subjetivo absoluto para adquirir la nacionalidad española.

Cada Estado tiene competencia exclusiva para dictar su legislación de nacionalidad. De esta forma establece unilateralmente, según sus propios intereses y necesidades, sin tener en cuenta las soluciones dadas por otros Estados, quiénes son sus nacionales y cómo se adquiere o se pierde tal condición.

En la reglamentación de la nacionalidad está presente el interés público o general, de ahí que sea una materia indisponible, deba constar en el Registro Civil y el Ministerio Fiscal tenga una presencia muy importante en las actuaciones relativas a este ámbito.

El legislador ha efectuado una modificación, ampliación parcial del régimen de la nacionalidad, basándose en la proposición de reforma presentada por el Gobierno. Y del simple informe que tenemos a la vista anunciado por el Consejo de Ministros, entendemos que se sitúa siguiendo una línea que podríamos calificar de integradora, entendiendo la nacionalidad como uno de los primeros pasos para conseguir la integración social de los extranjeros, descendientes de españoles, habida cuenta de la unidad inseparable entre la condición de nacional y el goce y disfrute de algunos derechos.

En primer lugar, se mantiene el principio de la adquisición derivativa de la nacionalidad por medio de la opción o elección del extranjero, pero potenciándolo, pues el cambio permite que «*los nietos de españoles nacidos en el extranjero puedan adquirir la nacionalidad española y que los hijos de españoles que no nacieron en España, pues sus padres y abuelos emigraron del país en el pasado, puedan llegar a adquirir la nacionalidad española*».

Son pues dos supuestos distintos e importantes, pues se posibilita la adquisición de la nacionalidad española a:

- *Los nietos de españoles nacidos en el extranjero.*
- *Los hijos de españoles que no nacieron en España, pues sus padres y abuelos emigraron del país en el pasado.*

En segundo lugar, esto supone la modificación del sistema de adquisición de la nacionalidad española por opción. Recordemos que, actualmente, el artículo 17 del Código Civil, en su segundo párrafo, determina que «*la filiación*

(4) La Ley 22/1948.

(5) La Ley 129/1966.

(6) La Ley 3489/1990.

(7) La Ley 2500/1978.

o el nacimiento en España, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad, no son por sí solos causa de adquisición de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación».

Y el artículo 20, reformado por la Ley 36/2002, de 8 de octubre (8), en cuyo primer párrafo se señala que: «*Tienen derecho a optar por la nacionalidad española: Las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español. Aquellas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España. Las que se hallen comprendidas en el segundo apartado de los artículos 17 y 19»* (9).

Como dice el informe ministerial, el otro punto importante de reforma consiste en la *eliminación del requisito del nacimiento en territorio español de los padres*, con lo cual se permite que sus hijos, nietos del español que emigró, puedan acceder a la nacionalidad española.

La anterior modificación en materia de nacionalidad citada (10) se basó en la recuperación de la nacionalidad de los emigrantes españoles y en la adquisición de aquélla por sus descendientes, se intentaba cumplir el mandato del artículo 42 CE de que los poderes públicos orienten su política hacia la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y al favorecimiento de su retorno.

(8) La Ley 1415/2002.

(9) El párrafo segundo del citado artículo 20 dice que:

«La declaración de opción se formulará:

Por el representante legal del optante, menor de catorce años o incapacitado. En este caso, la opción requiere autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal. Dicha autorización se concederá en interés del menor o incapaz.

Por el propio interesado, asistido por su representante legal, cuando aquél sea mayor de catorce años o cuando, aun estando incapacitado, así lo permita la sentencia de incapacidad.

Por el interesado, por sí solo, si está emancipado o es mayor de dieciocho años. La opción caducará a los veinte años de edad, pero si el optante no estuviera emancipado según su ley personal al llegar a los dieciocho años, el plazo para optar se prolongará hasta que transcurran dos años desde la emancipación.

Por el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la recuperación de la plena capacidad. Se exceptúa el caso en que haya caducado el derecho de opción conforme al párrafo c.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el ejercicio del derecho de opción previsto en el apartado 1.b de este artículo no estará sujeto a límite alguno de edad».

(10) Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil (CC) en materia de nacionalidad (*La Ley 1415/2002*).

La Exposición de Motivos de la Ley justificó su aprobación en el deseo de satisfacer las demandas de numerosos descendientes de emigrantes españoles que tuvieron que salir de España en un momento en que la situación social, política y económica distaba mucho de la actual y que formularon sus reivindicaciones ante el Consejo General de la Emigración, a fin de que se superara el sistema de plazos de opción establecido por las Leyes 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad (*La Ley 3342/1990*), 15/1993, de 23 de diciembre, sobre prórroga del plazo para ejercer la opción por la nacionalidad española (*La Ley 4157/1993*), establecido en la Disposición Transitoria 3.^a de la Ley 18/1990 y 29/1995, de 2 de noviembre, de modificación del Código Civil en materia de recuperación de la nacionalidad.

Pero es obvio que no bastó dicha reforma de la reforma que ahora se potencia.

Dado que el colectivo de personas que potencialmente podrían beneficiarse de esta reforma es amplio, las expectativas que se han generado con la modificación del régimen español de la nacionalidad son muchas.

II. ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR *IUS SANGUINIS*

El artículo 17.1.a) establece que son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles. Por tanto consagra el principio del *ius sanguinis*, tradicional en un país de emigración como el nuestro.

El artículo opera con independencia de lo que pueda establecer la legislación del lugar de nacimiento. El precepto exige, para la atribución de la nacionalidad, únicamente que quede acreditado el hecho biológico de la generación por parte de progenitor español, sin que sea preciso que la filiación quede determinada legalmente conforme al Código Civil (11).

El padre o la madre deben ser españoles en el momento del nacimiento del hijo. Sin embargo, esta regla se atenúa en la práctica. Siempre se ha considerado que el hijo póstumo de español, por aplicación del artículo 29 del Código Civil, es español por *ius sanguinis*.

Además, la DGRN ha acudido también a este último acto para sostener que cuando el progenitor tiene la nacionalidad española en el momento de la concepción, y posteriormente la pierde antes del nacimiento del hijo, éste es español en base al artículo 17.1.a) (12).

Para precisar la nacionalidad española del padre o la madre hay que tener en cuenta dos circunstancias. Cuando el progenitor ostente dos nacionalidades una de las cuales sea la española, sus hijos son españoles por *ius sanguinis*.

Si el progenitor ostenta la nacionalidad española de modo latente en virtud de un convenio bilateral de doble nacionalidad, la transmite de forma también latente a sus hijos. De esta manera, cuando una persona nace en territorio español y sus padres son apátridas o la legislación de ninguno de ellos confiere al hijo una nacionalidad, por ejemplo, por que se inspiran en un *ius soli* puro, se atribuye al mismo la nacionalidad española de origen (13).

III. FUTURA MODIFICACIÓN DE LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN

«La filiación o el nacimiento en España, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad, no son por sí solos causa de adquisición

(11) El artículo 17.1.a) exige, para la atribución de la nacionalidad, únicamente que quede acreditado el hecho biológico de la generación por progenitor español (RRDGR de 5 de marzo de 1986 y 28 de octubre de 1986, etc.).

(12) Cuando el progenitor tiene la nacionalidad española en el momento de la concepción, y posteriormente la pierde antes del nacimiento del hijo, éste es español conforme al artículo 17.1.a) (RRDGR de 31 de marzo de 1992 y 12 de julio de 1993).

(13) Si el progenitor ostenta la nacionalidad española de modo latente en virtud de un convenio bilateral de doble nacionalidad, la transmite de forma también latente a sus hijos (RDGR de 22 de septiembre de 1977).

de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación» (14).

El artículo 17.2 responde a la idea de que la determinación tardía, después de los dieciocho años, de la filiación de progenitor español o del nacimiento en España en las condiciones del artículo 17.1 no deben atribuir automáticamente la nacionalidad española, lo cual puede ser contrario a los intereses del sujeto y a su realidad vital, sino que conceden el derecho a optar por la nacionalidad española de origen, con lo que la solución se coloca en la esfera de la voluntad del afectado.

Esta opción por la nacionalidad española de origen se rige en sus aspectos registrales y en lo referente a la capacidad del optante por lo dispuesto en el artículo 20 del Código Civil.

La opción es una facultad de ejercicio *personalísimo*.

Como elementos específicos hay que tener en cuenta que requiere que la filiación o el nacimiento en España se determinen después de los dieciocho años de edad, y concede un plazo de dos años desde aquella determinación para ejercitar la opción (15).

En resumen, el Código Civil aún vigente exige, para optar a la nacionalidad española, que el padre o madre de quien la solicite haya sido originariamente español y, además, que haya nacido en España. Con esta exigencia, *los nietos de emigrantes españoles, cuyos padres no hayan nacido en España, no pueden acceder a la nacionalidad española*.

La reforma del Código Civil que se persigue con esta Ley elimina el requisito del nacimiento en territorio español de los padres, con lo cual se permite que *sus hijos, nietos del español que emigró, puedan acceder a la nacionalidad española*.

IV. ANÁLISIS DE LA ÚLTIMA MODIFICACIÓN Y PROYECCIÓN DE LA NUEVA MODIFICACIÓN

La Ley 36/2002 no modificó los supuestos de opción previstos en los artículos 17.2.^o, 19.2.^o y 20.1.^a) del Código Civil. Por tanto, pueden *optar por la nacionalidad española de origen*:

(14) Como dice la Instrucción de la DGRN de 20 de marzo de 1991, «este precepto debe ser interpretado en el sentido de que la hipótesis que se regula tiene lugar cuando una persona figura como hijo de extranjeros o como nacido en el extranjero y se descubre, después de los dieciocho años de edad, que en realidad es hijo de un progenitor español o que ha nacido en España en condiciones bastantes para ser español conforme al artículo 17.1 del Código. Por tanto, para que entre en juego la opción es imprescindible que la filiación respecto de un español o ese nacimiento en España queden fijados como hechos nuevos descubiertos precisamente después de los dieciocho años de edad del interesado».

(15) Son requisitos de la adquisición por opción: La declaración de renuncia a la nacionalidad anterior, el juramento o promesa de fidelidad al Rey y de obediencia a la Constitución y a las Leyes, y la inscripción como español en el Registro Civil.

Si residiere fuera de España, podrá hacerla ante el Registro consular correspondiente o mediante documento debidamente autenticado y dirigido al Ministerio de Asuntos Exteriores.

Estos requisitos han de entenderse como *constitutivos*: sin su cumplimiento no se puede adquirir la nacionalidad española.

- Aquellos para los que se haya determinado su filiación o su nacimiento en España después de los dieciocho años de edad, que podrán ejercitarse el derecho en el plazo de dos años a contar desde la determinación (art. 17.2.^º del Código Civil).
- Los que hayan sido adoptados siendo mayores de dieciocho años, en el plazo de dos años a partir de la constitución de la adopción (art. 19.2.^º del Código Civil).
- Los que estén o hayan estado sujetos a la patria potestad de un español. Si es el propio interesado el que ejerce el derecho de opción, podrá hacerlo hasta que cumpla los veinte años de edad, y si el optante no está emancipado, según su ley personal al cumplir los dieciocho años, se prolonga el plazo de opción hasta que transcurran dos años desde la emancipación (art. 20.2.^ºc).

Al no ampliar los supuestos de opción, el legislador español no agotó las potencialidades que ofrece el artículo 42 CE.

Se podría haber contemplado entre los supuestos de adquisición por opción a los *descendientes mayores de edad* de quienes recuperen la nacionalidad española (16).

La Ley 36/2002 sí introdujo una novedad: *La concesión del derecho de opción por la nacionalidad española a las personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España, sin someter el ejercicio de este derecho de opción a límite temporal alguno*.

La reforma consistente tanto en el reconocimiento de este derecho como en la supresión del plazo fueron más que razonables, teniendo en cuenta que los sujetos a quienes se pretendió premiar eran *descendientes de españoles que tuvieron que emigrar por motivos sociales, económicos y políticos* y que no todos habían podido ejercer el derecho de opción antes del 7 de enero de 1997 (quizá por desconocimiento de la norma) (17).

Hasta ahora el artículo 20.1.^ºb) del Código Civil establece una desigualdad referida a la concesión de un derecho de opción a los descendientes de españoles de origen, sin extender este derecho a todos los descendientes de españoles, sin diferenciar si se les ha atribuido la nacionalidad española o la han adquirido.

El propósito de la Ley 36/2002 fue cumplir el mandato del artículo 42 CE de favorecer a los descendientes de emigrantes españoles que tuvieron que salir de España en un momento en que la situación política, social y laboral en nuestro país no era muy buena. Pero el mandato constitucional se refiere a la orientación de la política española al retorno de los españoles y a la

(16) Si el que recupera la nacionalidad española tiene hijos mayores de edad, éstos no se pueden beneficiar del derecho de opción previsto en el artículo 20.1.^ºa) del Código Civil, puesto que ya no se tratará de personas sujetas a la patria potestad de un español, a diferencia de los descendientes menores de edad del que recupera la nacionalidad española. La única posibilidad que les queda a los descendientes mayores de edad de optar por la nacionalidad española es que alguno de los progenitores fuera español de origen y nacido en España (art. 20.1.^ºb) del Código Civil. Como ya expuso en su día LARA AGUADO, A., «Nacionalidad e integración social (a propósito de la Ley 36/2002, de 8 de octubre)», en *Diario La Ley*, núm. 5.694, año XXIII, 10 de enero de 2003, Ref. D-9. *La Ley* 4240/2002.

(17) Entre los beneficiados por este supuesto de opción habrá que incluir tanto a los hijos biológicos como a los adoptivos.

defensa de sus intereses sociales y económicos, sin distinguir si esos españoles lo son de origen o no. Por tanto, si entre los españoles que emigraron se encuentra algún naturalizado, está siendo discriminado, pues se le ha dado un trato diferencial con respecto a los españoles de origen, sin justificación racional, objetiva o razonable y sin que esa desigualdad en la ley constituya una medida de corrección de una situación de desigualdad entre ambos tipos de españoles.

La Ley 36/2002 intensificó las diferencias entre el grupo de españoles de origen y el grupo de los que adquieren la nacionalidad española, cuando lo que tendría que haber hecho es adoptar medidas que contribuyeran a equiparar ambos grupos, atribuyéndoles los mismos derechos de cara a la opción por la nacionalidad española.

Pero la concesión de un derecho de opción por la nacionalidad española, sólo cuando se es hijo de padre o madre originariamente español, no es una acción positiva suficiente, podría ampliarse al supuesto de los abuelos.

Piénsese en los casos en que los abuelos españoles que emigraron perdieron la nacionalidad española por adquirir la del Estado de acogida, sus hijos nacidos en el extranjero no habrán adquirido la nacionalidad española de origen, pues nacieron en un momento en que sus padres no eran españoles. Los descendientes de tercera generación, nietos de aquellos españoles que emigraron e hijos de extranjeros, sólo pueden adquirir la nacionalidad española por residencia en España durante un año (art. 22.2.^ºf).

Y esto es lo que suponemos el legislador actualmente pretende corregir para satisfacer plenamente el mandato constitucional. Así aunque los nietos y nietas de españoles tienen abierta la vía de la adquisición de la nacionalidad española por el plazo abreviado de un año de residencia será más fácil acogerse al régimen de la opción, ya que no tendrían que acreditar residencia en España.

Así ya no se condiciona el derecho de opción a que el interesado sea hijo de padre o madre originariamente español y nacido en España, que limita el derecho a un grupo muy concreto de descendientes de emigrantes españoles.

No se debe olvidar, y parece que el legislador va por esa vía, que el hecho de que los padres hayan nacido en España o en el extranjero no proporciona unos vínculos mayores con España. El sentimiento de pertenencia a España no lo da el lugar de nacimiento por sí solo.

RESUMEN

ADQUISICIÓN DE NACIONALIDAD

La futura modificación parcial del régimen de la nacionalidad pretende potenciar la adquisición de la nacionalidad española por opción a los descendientes de tercera generación, nietos de aquellos españoles que emigraron e hijos de extranjeros (aunque ninguno de los progenitores haya nacido en España), que emigraron por razones económicas o que se exiliaron por razones políticas durante o tras la Guerra Civil.

ABSTRACT

ACQUISITION OF NATIONALITY

The future partial amendment of nationality rules aims to encourage the acquisition of Spanish nationality by choice for third-generation descendants, grandparents of Spanish emigrants and children of foreign citizens (even if neither parent was born in Spain), who emigrated for economic reasons or were exiled for political reasons during or after the Civil War.