

CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA DE LA
NACIONALIDAD ESPAÑOLA (en el supuesto de emigración).
LA EXTRANJERÍA PRIVILEGIADA Y
EL TRÁNSITO DE LA CONDICIÓN DE EXTRANJERO
A LA DE NACIONAL (en la perspectiva de la inmigración).
LA RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD
ESPAÑOLA (pensando en el retorno)

Jacinto Gil Rodríguez

Catedrático de Derecho Civil
Universidad del País Vasco. San Sebastián

1. Agradecimiento y aclaración

Es obligado, y créanme si les aseguro que no responde a mero formalismo, comenzar la intervención dando las gracias al Director de la EGAP por haberme cursado la invitación a que responde mi comparecencia ante ustedes. Por lo demás, no voy a extenderme en la glosa de mi amistad con el Dr. Bello, salvo en la medida en que aporte explicación a la presencia y ponencia de un servidor.

Conocí a Domingo Bello, va para dos lustros, en un *Curso de otoño*, de la Fundación Alfredo Brañas. Mi intervención de entonces resultó osada. Hablé de la *selección del sexo* y, para mayor precisión, de sus *momentos, métodos e inseguridades*, pero no cabe duda de que el tema era de rabiosa actualidad. Recuerden aquella señora de Mataró y su empecinamiento en que, a la sexta ocasión, el retoño fuese niña. Así es que aquello del sexo acabó figurando entre las materias novedosas, la primera de las que se agruparon bajo el rótulo de LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL.

Ambos –el Dr. Bello y un servidor– participamos, hace casi dos años, en un **Curso de primavera**, para quienes acudimos desde España, aunque para quienes nos recibieron en Mar del Plata (Argentina) hubiera pasado ya el verano. Entonces hube de vérmelas –Domingo sabe cómo ocurrió– con un tema que podía considerarse marginal y hasta extraño al nervio de los aludidos «VII Encuentros de Letrados Bonaerenses». Con todo y con eso, los argentinos de aquel salón fueron familiarizándose con el tema y reconciliándose con este ponente, porque querían saber más –a poder ser, todo– del problema seleccionado: *la conservación y pérdida de la nacionalidad española*. Nada tiene de extraño que dentro y fuera de aquella Sala- los susodichos Letrados exhibieran su preocupación por averiguar si ellos mismos conservaban la nacionalidad española de sus ascendientes –adquirida *iure sanguinis*–, si disponían de un modo abreviado para «recuperarla» o si les correspondía tratamiento privilegiado en el caso de que se propusieran adquirirla. Finalmente pude calibrar la razón de tamaña inquietud. Provenía no tanto de los propios Letrados indagadores cuanto de su descendencia; y no obedecía a una consideración romántica de la nacionalidad española, sino a una perspectiva más pragmática: el sólo hecho de figurar –ellos y sus hijos– como español *de iure* les permitiría presentarse en toda la Unión europea como auténticos ciudadanos comunitarios.

Nuevamente el tema que traigo a este **Curso de verano** no se acomoda exactamente al nervio básico del rótulo general, pese a que la formulación del título concreto –a riesgo de enrevesada– termina conectándolo a la *extranjería* y a la *inmigración*, que es de lo que se trata.

Comprenderán, por tanto, que dedique unos párrafos a conjugar los conceptos de emigración e inmigración, nacionalidad y extranjería, para llevar a su ánimo el convencimiento de que estoy aquí no sólo (aunque, sí principalmente) por la amistad con la que me honra el colega, y de que la temática no es (del todo) «extranjera» ni «extravagante» en este Curso.

Merecería la pena hablar de *nacionalidad* y de *emigración*, aunque sólo fuera porque, siendo sus contrarios, ayudan a dibujar con mayor precisión los respectivos conceptos de *extranjería* e *inmigración*. Son como la cara y la espalda de los mismos individuos: si despedimos a los nuestros, diremos que *emigran* y probablemente *arriesgan su propia nacionalidad*; si los vemos acercarse, de frente, es que se trata de los otros, los *inmigrantes*, que *buscan nuestra nacionalidad*.

Ustedes saben que la extranjería consiste –así se define– en la carencia de aquella nacionalidad concreta (pongamos la española) que se toma como referencia (art. 1.1 LO 4/2000). Ello quiere decir que, lo que para nosotros es «extranjera», *puede ser* «nacionalidad» desde otro punto de vista. Con la mayor frecuencia nuestro inmigrante (extranjero) disfruta –más exacto sería decir que «padece»– de «otra» nacionalidad que no es preci-

samente la «española», o sea, la que nosotros elevamos a referente cuando dibujamos el círculo de los, desde nuestra óptica, «no-nacionales»¹.

Conjugando los cuatro conceptos, es obvio que, si el ponente español selecciona la *perspectiva de la emigración* de sus conciudadanos al exterior, introduce la problemática de cuándo y cómo los desplazados comienzan a ser considerados extranjeros en el país de origen –a mí me han insistido en que trabaje este enfoque y, por eso, la parte primera y principal de la ponencia: *conservación y pérdida de la nacionalidad española*–.

Contrariamente, los extranjeros que pretenden instalarse en territorio español –particularmente aquellos que provienen de países económicamente desfavorecidos y arriban al nuestro en «pateras»– traen a primer plano el problema de la *inmigración*. Los *inmigrantes* de que hablamos provocan, ante todo, la necesidad de perfilar el estatuto jurídico –derechos y deberes– del «no-español» y, a la larga, las vías de tránsito de esa cualidad negativa a la positiva de español de derecho. Es la perspectiva que se aborda escuetamente en la segunda parte de la ponencia.

A mitad de camino –no física, sino conceptualmente– y mirando al regreso de quien fuera emigrante o descendiente de éste, cabría considerar la eventual *recuperación* de la nacionalidad española por quien, en otro momento, la perdiera e incluso la *adquisición ventajosa* por quienes nacieron extranjeros de progenitores que precedentemente tuvieron la nacionalidad española.

2. Conservación y pérdida de la nacionalidad española

(en el supuesto de emigración)

1. Antecedentes

Al principio el Código civil dispuso concisa y rotundamente que «la cualidad de español se pierde por adquirir naturaleza en país extranjero,...» (art. 20/1889). En cambio, la *Constitución de 1931* asocia la pérdida únicamente a la naturalización «voluntaria» (art. 24).

El art. 22/1954 del Código, de un lado, incorpora aquella necesidad de «voluntariedad en la adquisición»; y, por añadidura, establece otros condicionantes específicos –similares a los hoy vigentes–.

¹ Para evitar equívocos, procede advertir de inmediato que no todos los «extranjeros son iguales en derechos». Hay determinados nacionales de otros países que gozan de una «extranjería privilegiada». Sin ir más lejos, los diplomáticos en general y cualesquiera nacionales de los otros países de la Unión Europea (art. 1.2 y art. 2 LO 4/2000). Además, a nadie se le oculta que existen concretos extranjeros que, gracias a sus méritos científicos, artísticos o deportivos, son recibidos «con honores» allí donde deberían ser considerados «extranjeros» –v.gr. otorgándoles «carta de naturaleza»–.

El art. 23/1982 reordena las posibilidades de pérdida, separando las hipótesis del emancipado que «adquiere voluntariamente otra nacionalidad» y del que la tuviere atribuida «desde su menor edad». Los primeros dejan de ser españoles, si al momento de la adquisición –supuesta la voluntariedad y emancipación– completan tres años de residencia fuera de España; los segundos, dotados de una nacionalidad «fuerte», sólo la pierden si renuncian a ella.

Por último, el art. 24/1990 reunifica las hipótesis, equiparando la «utilización exclusiva» a la «adquisición voluntaria». Con su respectiva premisa, la pérdida se consuma a los tres años de la emancipación o de la adquisición, si se mantiene la residencia habitual en el extranjero. Además y «en todo caso», se ofrece la posibilidad de renuncia.

El otro tema, cuya evolución conviene recordar, se refiere a la compatibilidad de la nacionalidad española respecto de la de algunos países.

La idea arranca de la Constitución de 1931: «En estos mismos países (Portugal e hispánicos de América, comprendido el Brasil), si sus Leyes no lo prohíben, ..., podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen» (art. 24). Pero el Código supedita la conservación al Tratado: «... la adquisición de la nacionalidad de un país iberoamericano o de Filipinas no producirá pérdida de la nacionalidad española cuando así se haya convenido expresamente con el Estado cuya nacionalidad se adquiera». (art. 22.IV/1954).

El art. 11.3 de la Constitución de 1978 recupera la generosidad de la norma republicana y preceptúa que, en los países iberoamericanos y otros particularmente vinculados con España, «**aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco**, podrán naturalizarse los españoles sin perder la nacionalidad de origen». El art. 23.IV/1982 –respetado por Ley 18/1990– concreta la referencia constitucional a «los países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal» y dispone que la adquisición de la nacionalidad de uno de ellos «sólo producirá la pérdida de la nacionalidad española de origen» si media renuncia expresa.

2. Pérdida y privación de la nacionalidad española en el Derecho vigente

El art. 11 CE remite a la Ley la regulación de la *pérdida* de la nacionalidad española, pero deja dicho que el «español de origen» no puede ser *privado* de su nacionalidad y puede naturalizarse en países iberoamericanos u otros vinculados particularmente con España, *sin perder su nacionalidad*. Imperativos que deben conjugarse con el *derecho a cambiar de nacionalidad* (art. 15 Declaración Universal de Derechos Humanos). Se impone, entonces, distinguir, el **cambio o pérdida** de la nacionalidad –originaria y no originaria– que disciplina el art. 24, de la **privación** que contempla el art. 25 en relación con los españoles que no lo sean de origen.

Es obligado, empero, no dar al olvido que la *pérdida* de la nacionalidad española, *conforme a la legislación anterior*, mantiene su efecto, aunque la causa no esté prevista en la ley actual (DT 1ª Ley 18/1990); y, en efecto, multitud de resoluciones hacen hoy efectivas pérdidas como la que afectó *iure matrimonii* a la mujer española (hasta 1975) y a los hijos por dependencia familiar (hasta 1982), u ocasionadas por la *simple adquisición* de la nacionalidad extranjera antes de 1954, por *asentimiento voluntario* (entre 1965 y 1982), por *ausencia de declaración de querer conservar* la nacionalidad española durante el primer año de mayoría de edad (1954 a 1982) o desde la adquisición de la nacionalidad por razón de emigración (1982 a 1990). Cuando se afirma que son causas de pérdida las del art. 24, se dice verdad sólo para los españoles a la entrada en vigor de la Ley 18/1990, el 7 enero 1991 (Álvarez).

3. Pérdida «voluntaria» de la nacionalidad (de origen y no originaria)

Empezaré con los *requisitos comunes* de la pérdida y seguiré con el detalle de las *causas de pérdida*.

3.1. *Presupuestos o requisitos comunes de la pérdida*

El primer requisito, de carácter negativo, se refiere a la imposibilidad de pérdida «si España se hallare en guerra» (art. 24.2). Los otros tres, de signo positivo, aparecen en el número 1 y los reitera el tercero, para la renuncia.

A) Ausencia de guerra

Data de 1954 y acostumbra a identificarse con la expresión eufemística «ausencia de condiciones inoportunas». Con motivo de la reforma de 1990 se puso en cuestión, pero las enmiendas de supresión no prosperaron. Los autores, por su parte, hacen votos porque nunca nos hallemos en guerra (Hualde). Otros proponen una interpretación estricta, en cuanto limita el derecho humano a cambiar de nacionalidad (Vattier y Peña).

Procede hacer dos puntualizaciones. En primer lugar, que la «guerra existe» desde la «declaración formal» que compete al Rey y desaparece cuando aquél ha hecho la paz (Lete) o, simplemente, han cesado las hostilidades. No son «guerra» las revueltas interiores –guerra civil, alzamiento o rebelión– ni las misiones militares en el extranjero, si promovidas por Organizaciones internacionales –ONU, OTAN– y orientadas a la pacificación (Vattier y Peña).

La segunda matización es para la hipótesis de aplicación de la norma y trata de aquilatar el alcance exacto del efecto que se enuncia: «no se pierde la nacionalidad española». Para los más rigurosos, la tentativa o preten-

sión de pérdida no ha de producir efecto alguno, ni inmediato ni pospuesto (Peña). Para otros, al término de la contienda «adquiere eficacia plena la renuncia formulada en tiempo de guerra» y, desde aquel momento, debería «proseguirse» el cómputo de los plazos a que se refiere el art. 24.2 (Vattier y Lete).

En mi parecer, la guerra «desactiva» las causas de pérdida «aplazada» –declarada aquélla en cualquier momento de los tres años posteriores a la adquisición o a la emancipación, respectivamente, los españoles afectados por la norma «ya no perderán su nacionalidad española por dichas causas»– y supone la ineficacia absoluta de cuantas «renuncias» se formulen. Finalizada la guerra, quien renunció ineficazmente podrá volver a renunciar, y podrán renunciar igualmente aquellos otros «afectados por la guerra».

B) Estar emancipado

El primer requisito de carácter positivo hace referencia a la capacidad. Se precisa que quien va a perder la nacionalidad española pueda autogobernarse y, en particular, que haya alcanzado la emancipación.

Como para enjuiciar la capacidad hay que tener en cuenta la ley personal –española (art. 9.1 CC)–, será suficiente cualquier tipo de emancipación del Código, aunque se trate –por seleccionar los extremos– de la celebración de matrimonio válido –que pudiera tener lugar a partir de los catorce años– o de la vida independiente.

Cuestión diversa es que el emancipado sea objeto de incapacitación. En dicho estado no cabe la *renuncia expresa*, que no se autoriza a formular «por representante». Tampoco pueden perfeccionarse las otras causas: la incapacitación en cualquier momento de los «tres años» interfiere el curso de las causas y provoca la inoperancia de la adquisición o de la utilización exclusiva (y hace «involuntaria» la permanencia en el extranjero). Sólo cabe que, reintegrado en su capacidad, el interesado renuncie personalmente, si tal es su deseo.

C) Tener otra nacionalidad

Requerir que se ostente otra nacionalidad, significa que se busca o autoriza el «cambio de nacionalidad», no la «expatriación». Se excluye tanto «desnacionalizar» como «desnacionalizarse»: no sería legítimo ocasionar la apatridia, ni siquiera por renuncia del interesado. El requisito puede desglosarse en tres exigencias de la «otra» nacionalidad, que debe ser:

1. *auténtica* (no lo es la «ciudadanía vaticana» ni la «ciudadanía de la Unión»)

2. atribuida o adquirida *correctamente*, de conformidad con la Ley del respectivo Estado (la eficacia de la pérdida *depende de la validez de la adquisición*)

3. *previa* a la pérdida (para hacerse «andorrano», se autoriza la «desnacionalización previa»: RRDGRN de 1995).

D) Residir habitualmente en el extranjero

Hasta 1990, el Código hablaba de «*residencia*» fuera de España (*¿mera situación de hecho?*); hoy, la «*residencia habitual*» apunta inequívocamente al *domicilio* fuera del territorio nacional. El requisito se computa en el *momento* en que *se adquiere la otra* nacionalidad o en que *se alcanza la emancipación* y la situación necesita *prolongarse durante otros tres años* (art. 24.1 y 2); en otro caso, la residencia se aprecia sólo *al tiempo de formular la renuncia* (art. 24.3 CC).

La Ley 18/1990 abre dos interrogantes: 1^a) *¿Quid* si el todavía español regresa al territorio nacional antes de los tres años? y, 2^a) *¿El* país de residencia habitual debe corresponderse –en el momento de referencia y, en su caso, durante los tres años del plazo– con la otra nacionalidad que se precisa?

El primer problema se soluciona teniendo en cuenta que *la desconexión con España precisa mantenerse* –a efectos de deducir la voluntad de pérdida– *durante los tres años subsiguientes* a la adquisición o a la emancipación; o sea, que el traslado del domicilio a España *en cualquier momento previo* a la consumación de la pérdida provoca la irrelevancia de la adquisición voluntaria o de la utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera, y este doble nacional sólo dejará de ser español si, *residenciado nuevamente* en el extranjero, formula la oportuna renuncia.

Por lo demás, como el art. 24 exige únicamente *residencia* «en el extranjero», es obvio que el requisito se satisface «*permaneciendo fuera de territorio español*». La exigencia no busca una especie de «*garantía de arraigo* en el país cuya nacionalidad se adquiere» –de ser así, el domicilio habría de tenerse y, en su caso, mantenerse en el mismo país–, sino que trata de constatar la «*desconexión*» respecto de España, a cuya efectividad no obsta el hecho de que la *residencia habitual* se tenga en –o se traslade a– país diverso de aquél cuya nacionalidad se adquiere.

3.2. *Las causas de pérdida*

Conforme al sistema del art. 24 la nacionalidad española se pierde básicamente de dos modos: mediante *renuncia*, que puede utilizarse «en todo caso», y a causa del *disfrute de otra nacionalidad incompatible* con la española. Pero conviene diversificar esta segunda modalidad en dos variantes.

A) Adquisición voluntaria de otra nacionalidad

La activación de esta causa exige, además de la *residencia habitual* en el extranjero y la *adquisición de una nacionalidad distinta* –e incompati-

tible: art. 24.2.II-, que dicha adquisición la realice, *voluntariamente*, un español *emancipado*.

Las dos exigencias completan el supuesto de hecho y su concurrencia ha de valorarse conforme al ordenamiento español. Si la adquisición –aun voluntaria– se produjo *antes* de la emancipación, caemos en el supuesto alternativo: el interesado perderá la nacionalidad española cuando durante los tres años que sigan a su emancipación utilice en exclusiva la otra nacionalidad. Mas, si lo que falta es la *voluntariedad* –porque adquiere emancipado pero «forzado»–, es claro que esta «imposición» no puede activar la causa alternativa –utilización exclusiva–: el propio art. 24 apunta, «*a sensu contrario*, que si dicha adquisición se produjo de forma involuntaria no se perderá, en ningún caso, la nacionalidad española» (Álvarez).

En principio, la adquisición «voluntaria» de que ahora nos ocupamos exige «una actuación positiva del español... que tenga como objetivo fundamental la obtención de esa nacionalidad», lo que conlleva dejar al margen «las adquisiciones de nacionalidad que se impongan forzosamente», como si el ordenamiento extranjero la asocia a la realización de determinados actos en el país de referencia (Hualde), y las adquisiciones que se realicen por españoles «para consolidar un puesto de trabajo fuera de España –sean o no emigrantes o hijos de éstos– o para eliminar la aplicación de las normas restrictivas de inmigración del país de residencia» (Álvarez).

No debe olvidarse que, desaparecido su régimen «singular» (art. 23.I, derogado sorpresivamente por la Ley 18/1990), la situación de los emigrantes españoles queda diluida en la normativa común: conservarán la nacionalidad española cuando acrediten, como cualquier otro español, que la adquisición de la extranjera no puede reputarse «voluntaria».

El cauce adecuado para acreditar el carácter no voluntario de la adquisición es el *expediente para la declaración con valor de simple presunción de la nacionalidad española* (art. 96.21 LRC y arts. 335, 338 y 340 RRC²), cuyo inicio «no está sometido a plazo alguno», pues si se demuestra la no voluntariedad de la adquisición el plazo –de los tres años subsiguientes a aquella– es irrelevante (Álvarez).

² Debe subrayarse especialmente cómo, aparte de que el art. 335 RRC autoriza al Encargado para certificar la conclusión favorable del expediente, en la actualidad se ha impuesto la generalización del llamado «certificado de nacionalidad española», que hará fe salvo prueba en contrario de que «en el día de la fecha determinada persona... tiene la nacionalidad española» (Instrucción de la DGRN de 14 de abril de 1999, sobre *certificado de nacionalidad española*).

B) Utilización exclusiva de otra nacionalidad

Para que pueda ponerse en marcha esta causa de pérdida hace falta que el español «tenga atribuida antes de la emancipación la nacionalidad extranjera» de que se trate. Es indiferente la «voluntariedad» o «involuntariedad» de la adquisición; importa sólo que el sujeto se emancipa como doble nacional.

La causa resulta parcialmente novedosa. Se incorpora al Código en 1990, pero el «mecanismo» que puede provocar la pérdida recuerda excesivamente al viejo «asentimiento voluntario», perfilado por la Dirección General a partir de 1965 y repudiado entre 1982 y 1990. No es inexacto afirmar que la Ley 18/1990 representa «el triunfo (por perseverancia y tras varios contratiempos pasajeros) para este caso concreto de la criticada postura doctrinal» del Centro Directivo (Hualde) y, en definitiva, la «desvinculación de los hijos de emigrantes españoles» (Álvarez).

Los partidos de la oposición al tiempo de la reforma subrayaron el contraste con la «seguridad jurídica» y «las exigencias constitucionales»; y los autores tampoco se muestran convencidos de la perfecta «adecuación al mandato constitucional».

Nada tiene de extraño entonces que se haya generado una cierta predisposición a hallar una inteligencia que, de un lado, ponga distancia entre la nueva causa de pérdida y la vieja teoría del asentimiento voluntario y, de otro, adecúe su ámbito y operatividad a los límites constitucionales. Ha sido la Dirección General –obligado es reconocerlo– la que más ha contribuido a desactivar los temores de una interpretación francamente inconstitucional de esta causa de pérdida.

En efecto, la Instrucción de 20 marzo 1991 anticipa que la pérdida «no tiene lugar cuando el español ha utilizado de algún modo la nacionalidad española» y que supone utilización: «*tener documentación española en vigor; haber otorgado como español algún documento; haber comparecido con este carácter en el Consulado y otras conductas semejantes*» (como el hecho mismo de promover el oportuno expediente «para justificar que la nacionalidad extranjera atribuida con anterioridad a la emancipación no es la exclusivamente utilizada por el interesado» y declarar con valor de presunción la nacionalidad española: art. 96.21 LRC). Añádese que varias Resoluciones aseveran, ante todo, la «irretroactividad» de esta causa de pérdida –la emancipación y los tres años de utilización exclusiva han tenido que darse después de la entrada en vigor de la Ley 18/1990–, de manera que los emancipados antes del 7 de enero de 1991 sólo han podido perder la nacionalidad española si renunciaron, y –lo que es cosa distinta y de mayor alcance– que sólo cuentan *los tres años inmediatamente posteriores* a la emancipación, lo que conlleva que cualquier utilización de la nacionalidad española en este período tiene por resultado «fortalecerla» y que en adelante sólo pueda perderse por renuncia.

C) Renuncia a la nacionalidad española

La Ley 18/1990, además de configurar la renuncia como vía de abdicación «en cualquier caso», eleva a requisito *sine qua non* residir habitualmente en el extranjero. Bien es verdad que, aquí, no precisa mantenerse tras la renuncia, ya que la pérdida es inmediata. En lo demás, la eficacia de la renuncia viene igualmente condicionada a que se formule personalmente por español capaz, que haya adquirido otra nacionalidad y que España no se halle en guerra.

La Ley 18/1990, como se ha visto, altera los presupuestos y el ámbito de la renuncia, pero en lo que hace a las formalidades de la declaración se limita a preceptuar que ha de hacerse «*expresamente*». Para salvar el silencio del Código respecto de las formalidades de la renuncia «expresa» y/o las autoridades legitimadas para recibirla, se propugna reutilizar la Instrucción de 1983 y, en concreto, diferenciar:

1. si la renuncia consta en «documentos auténticos que la acrediten plenamente», bien sean extranjeros o españoles –y, entre estos, el acta de comparecencia levantada por el Cónsul– podrá practicarse «directamente» la inscripción marginal a la de nacimiento

2. si «la renuncia, aunque expresa, no aparece reflejada en documentos de tal naturaleza», requeriría el previo expediente gubernativo al que se refieren los arts. 67 LRC y 232 RRC

3.3. Régimen de la inscripción de la pérdida

Como ya se dejó apuntado, «la pérdida de la nacionalidad *se produce siempre de pleno derecho*, pero debe ser objeto de inscripción». En caso de no promover la inscripción de la pérdida el afectado por ella («interesado»), «el Encargado del Registro (en el que se halla inscrito el nacimiento de aquél), previa su citación, practicará el asiento que proceda» (art. 67 LRC).

Como cabe suponer, no será frecuente, en la práctica, que el afectado promueva la inscripción y tampoco es imaginable que el Encargado del Registro correspondiente «detecte» los comportamientos a los que se asocia la pérdida. Lo normal será que éste «entre en sospechas» con motivo de otras actuaciones –con trascendencia registral– relativas a quien sigue figurando como español, como, por ejemplo, si advierte que es mayor de dieciocho años y no ha solicitado certificado alguno para la obtención del DNI o que ha inscrito a sus hijos haciendo constar una nacionalidad diversa. Pero, cualquiera que sea el «promotor» de la inscripción –petición del interesado o actuación de oficio del Encargado– y al objeto de prevenir toda posible «indefensión» del afectado, la legislación registral exige una tramitación diversa según haya o no «constancia» de la pérdida de la nacionalidad:

a) Si la «abdicación» tiene por causa la renuncia formulada por el interesado *en documento auténtico o por comparecencia ante el propio Encargado*, éste practicará directamente la inscripción de la pérdida al margen de la de nacimiento (art. 232 RRC).

b) En cualquier otro caso –la renuncia no consta en «documento auténtico» o la pérdida se ha generado en virtud de las otras causas–, la inscripción sólo podrá practicarse tras el oportuno «expediente gubernativo», previa citación del interesado o de su representante legal y, en su caso, de sus herederos (art. 232.II RRC).

4. La adquisición o disfrute de nacionalidades compatibles

El sistema de pérdida –a salvo la renuncia– deviene inoperante siempre que la nacionalidad española lo sea «de origen» y la extranjera acumulada corresponda a «un país iberoamericano, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal» (art. 24.21.II; y antes art. 11.3 CE: efectivo desde el 29 diciembre 1978).

Procede advertir que ni la Constitución ni el Código «imponen» en los referidos supuestos la conservación «sine die» de la nacionalidad española; simplemente la excluyen de la amenaza de pérdida «aplazada» por la tenencia o utilización de la otra, o lo que es lo mismo, hacen de la española una nacionalidad «fuerte», de la que sólo se podrá desprender el doble nacional «renunciando expresamente a aquella».

5. La doble nacionalidad

En principio, toda persona tiene derecho desde que nace a una nacionalidad, pero puede ocurrir que algunos resulten beneficiarios de *doble atribución*, una «*iure soli*» y otra «*iure sanguinis*», o ambas «*iure sanguinis*», por causa de la diversidad nacional de sus progenitores. Además, cabe que la duplicidad sobrevenga por adquisición de una nueva nacionalidad, si se trata de la de un país con el que el Estado de partida tiene concertado un Tratado de doble nacionalidad o cuyo ordenamiento autoriza la subsistencia de la nacionalidad anterior –sin plazo alguno (nacionalidades compatibles) o siquiera durante el que se precise para que sea efectiva la pérdida de la primera nacionalidad (incompatible, pero coexistente durante tres años: art. 24)–.

Actualmente y en síntesis, el problema arranca del hecho de que la Constitución no ha logrado o no ha querido separar el tema de los Convenios de doble nacionalidad y el de la conservación de la nacionalidad española de origen en el supuesto de que se ostente también otra de las que indica; es más, ha comunicado ambas hipótesis al prescribir que la referida compatibilidad se mantiene aun cuando haya de ser estrictamente unilateral, o sea, sin importar que los mismos países «no reconozcan a

sus ciudadanos un derecho recíproco». Ocurre, además, que España tenía concertados tratados³ y todavía se concertó con Colombia.

Así las cosas, se debate si la doble nacionalidad «automática» que consagra la Constitución tiene que adaptarse en su «funcionamiento» a lo previsto en los Convenios –lo que significa leer en los preceptos constitucionales y ordinarios menos de lo que naturalmente significan–, o procede mantener que la Constitución se desentiende de las limitaciones «convencionales» –lo que conlleva reputar inoperantes los tratados bilaterales, pese a que no han sido denunciados–.

Una primera interpretación entiende que esta **nueva situación de doble nacionalidad «automática»** no es –ni puede ser– institución diversa de la examinada doble nacionalidad «convencional». Según ella, es obligado leer las correspondientes disposiciones constitucionales y ordinarias conforme a los esquemas de aquellos Tratados –el constituyente no pudo ignorar–, por supuesto, cuando nos hallemos con dobles nacionales correspondientes a los países que los tienen concertados con España, pero también cuando el Estado al que corresponda la nacionalidad «duplicada» carezca de convenio. En cualquier caso, conservar la nacionalidad española «no significa que se ostenten al mismo tiempo y en el mismo grado ambas nacionalidades; por el contrario, *la española queda durmiente, latente o en suspenso*» (Díez del Corral, y Lete). La interpretación mayoritaria, sin embargo, hace hincapié en la previsión constitucional de que *la nacionalidad española no ha de perderse*, que no sería compatible con la propuesta «*reducción o suspensión de efectos*».

En mi opinión, es ésta la inteligencia acertada, por cuanto conduce a sostener que, a falta de convenio con el país en cuestión, la nacionalidad española se acumula a la adquirida y se mantiene íntegra –siquiera en lo que afecta al Estado español y aunque para el otro país resulte insignificante–; y lo mismo ha de concluirse cuando se trate de los países que tienen suscrito convenio con España, aunque, en este caso, el propio doble nacional sea quien opte entre ambos «beneficios»: si así lo expresa, se entenderá acogido al Convenio y, en ausencia de dicha opción, su nacionalidad española no se pierde ni se degrada, sino que se conserva en estado *pleno* –aunque no sea «reconocida» en el país cuya nacionalidad se acumula– (Peña, Hualde, Vattier, Álvarez, Pérez y Abarca).

³ Con Chile, Perú, Paraguay, Nicaragua, Guatemala, Bolivia, El Ecuador, Costa Rica, Honduras, República Dominicana y República Argentina.

3. La extranjería privilegiada y el tránsito de la condición de extranjero a la de nacional (en la perspectiva de la inmigración)

1. El simple extranjero y la extranjería privilegiada

El extranjero, respecto del Estado que se toma como punto de referencia, es simplemente la contrafigura del «nacional»: basta con que no haya accedido a la nacionalidad de ese Estado, o que la perdiera, para que sea considerado «extranjero».

La esencia del concepto de extranjero –puramente negativo– no está, pues, en la pertenencia a «otro» Estado, sino en la ajenidad al Estado de referencia y en el que, por el momento, se encuentra o trata de entrar. De ahí que no pueda considerarse extranjero a quien, sin dejar de ser nacional, adquirió otra nacionalidad distinta –supuestos de doble nacionalidad– y, desde el otro ángulo, que cualquier referencia a los extranjeros incluya a los apátridas (*vid.* art. 17.1 c).

En el mismo orden de ideas, la situación de extranjería no puede considerarse unívoca, sino diversificada, por una parte, atendido el hecho de que las normas que la regulan son, en su mayoría, de origen interno y difieren de un Estado a otro, y, también, porque no todos los extranjeros reciben, dentro del mismo Estado, idéntico trato. De manera que, ya en el terreno normativo, hay que identificar a determinados extranjeros que pueden considerarse «privilegiados».

Ante todo, el Derecho internacional público otorga estatuto especial a los miembros de las misiones diplomáticas y oficinas consulares, Jefes de Estado y representantes diplomáticos (Convenios de Viena de 1961 y 1963). Con ellos no va la legislación de extranjería (*vid.* art. 2 LO 4/2000).

Otros privilegios encuentran origen en los respectivos Tratados, ya suscritos en la modalidad bilateral, donde reciben favor los nacionales del otro Estado, ya con alcance multilateral y al objeto de reforzar la situación de extranjeros que reúnan una condición determinada –refugiados o apátridas–. La enumeración incluye también a los nacionales de aquellos Estados especialmente vinculados con el de referencia, bien por lazos históricos valorados positivamente por la legislación actual del propio Estado, bien por haberse embarcado formalmente en un proyecto de convergencia, como ocurre en el caso de la Unión Europea, al que nos referimos de inmediato.

2. El ciudadano comunitario

No puede hablarse aún de una auténtica «nacionalidad europea». En primer lugar, porque, a falta de un vínculo directo de cada ciudadano con las estructuras del poder político y jurídico de la Unión Europea, lo que el nacional de cada Estado integrante ostenta –en y frente a los demás Es-

tados– no es sino una especie de «extranjería privilegiada», que le permite operar «como si fuera nacional» del correspondiente Estado de la Unión (Espinar y Blázquez).

El matiz puede apreciarse en el artículo 17 del Tratado. Proclama solemnemente que «se crea una *ciudadanía de la Unión*» –como presupuesto de la titularidad de los derechos y sujeción a los deberes previstos en el Tratado–, pero aclara que «será ciudadano de la Unión toda *persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro*»; y, por si quedaran dudas, el inciso añadido a este art. 17.1 por el Tratado de Ámsterdam advierte que «la ciudadanía de la Unión *será complementaria y no sustitutiva* de la ciudadanía nacional» (Vid arts. 17 a 22 del Tratado de la Unión Europea, en la versión consolidada que incorpora los cambios efectuados por el Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, ratificado por Instrumento de 3 de diciembre de 1998 –BOE, 7 mayo 1999– y en vigor el 1 de mayo de 1999).

La ciudadanía de la Unión Europea no puede considerarse, como se dijo, auténtica nacionalidad. Dicha ciudadanía significa actualmente que los nacionales de los restantes Estados de la Unión gozarán, en cualquiera de ellos, de una «extranjería privilegiada», que, por el momento, se concreta en los aspectos a que se refieren los artículos 17 a 21 del Tratado, o sea, en el «derecho a *circular y residir* libremente en el territorio de los Estados miembros», el «derecho a *ser elector y elegible* en las elecciones *municipales* del Estado miembro en el que resida», el acogimiento «a la *protección de las autoridades diplomáticas y consulares* de cualquier Estado miembro» en el territorio de un tercer país en el que el suyo no esté representado y en los *derechos de «petición»* ante el Parlamento Europeo y de *«reclamación»* ante el Defensor del Pueblo.

Además de la referida repercusión en el Derecho de extranjería español, que no puede desconocer esta nueva categoría de «extranjeros-ciudadanos europeos» (ni negar a éstos los derechos que el Tratado les confiere frente al Estado español), la misma integración de España en la Unión Europea, pero singularmente, la aceleración de la dinámica del proceso «conducirá a medio plazo a que la política de extranjería española sea, en gran medida, la política diseñada por la Unión Europea» (Pérez Vera).

3. El extranjero no-comunitario o de «terceros países»

A) El principio de equiparación en derechos y libertades

La situación de este «extranjero de a pie», en cuanto al reconocimiento de los derechos fundamentales, se halla presidida por el art. 13 de la Constitución, por cuanto asegura que «gozará» «en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Contando con esta proclamación se ha podido de-

cir (Martín y Sagarra) que nuestro sistema de extranjería sigue el principio de *equiparación restringida*.

Mas allá de la Constitución y de los Tratados internacionales –vinculantes para España– no deberían perderse de vista ciertos contrastes de principio. Me refiero, ante todo, a la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de extranjería –que se propuso fundamentalmente el control de las entradas y estancias en terreno español– y a la benéfica infidelidad de su Reglamento tardío (aprobado por RD 155/1996, de 2 de febrero), donde tímidamente se manifiesta la necesidad de prevenir la marginalización y se incrementan los derechos a prestaciones asistenciales. Pero el contraste es mayor, si se piensa en el principio secular que continúa exhibiendo el art. 27 del Código. Su imperativo de equiparación del no español –desde luego, no plena y más gravosa de mantener, actualmente, una vez invertido el signo de la migración–, según la mejor doctrina, lejos de eliminarse o limitarse a los derechos «civiles», debería proyectarse a todo tipo de derechos y libertades. Por ello, ha de reputarse positivo que no sólo persista tras la nueva Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Hasta pudiera decirse que ésta supuso el fortalecimiento del principio civil de equiparación (cfr. art. 3.1).

B) *El tránsito de la extranjería (propia o paterna) a la nacionalidad*

Aunque no pueda descartarse la hipótesis de acceso a la nacionalidad española por persona que acredite los presupuestos de *atribución* que exigen los artículos 17 y 19 del Código o que llegue a adquirirla por otorgamiento discrecional de carta de naturaleza, cuando concurren en el interesado las circunstancias excepcionales que exige el art. 21.1, la vía que se pone al alcance del inmigrante para llegar a disfrutar de la nacionalidad del país de acogida será la denominada «*adquisición por residencia*» a que se refieren los artículos 21 y 22.

a) La atribución de la nacionalidad española

Por lo que hace a aquella posibilidad de atribución de la nacionalidad española –además, «de origen»– es preciso pensar no tanto en los propios inmigrantes como en su descendencia. En efecto, respecto de ésta no puede descartarse que acabe completando los indicadores de algunos supuestos de atribución *iure soli*. Me refiero, singularmente, a cualquiera de las letras del artículo 17.1, excluido el supuesto del apartado a). Puede darse el caso –especialmente si se piensa en Ceuta y Melilla– de hijo de inmigrante que acredite la nacionalidad española desde su nacimiento en consideración a que uno de sus progenitores pese a ser y permanecer extranjero (vgr. Marroquí) nació también –aunque fuera casualmente– en territorio español (art. 17.1.b).

Tampoco hay que descartar que hayan de considerarse españoles de origen los vástagos de otros inmigrantes, conforme dispone el artículo 17.1.c). Se requiere únicamente que aquéllos nazcan en España y que sus progenitores carezcan de nacionalidad (apátridas) o que, si la tienen, no se proyecte *iure sanguinis* a la descendencia nacida fuera de su propio territorio nacional. Sin ánimo de exhaustividad, puede recordarse que la Dirección General ha considerado que la nacionalidad española se adquiere *iure soli* cuando los progenitores sean *uruguayos, argentinos, colombianos, peruanos o portugueses*. No se aplica el art. 17.1, por contra, para prevenir situaciones de «apatridia sobrevenida», en el caso de que, atribuyéndose al niño *ab initio* una nacionalidad, corra el riesgo de perderla ulteriormente [*angoleño y/o zaireño, taiwanés, marroquí, iraquí, chino y rumano*].

La tercera hipótesis de atribución afectaría a quienes hayan nacido en España y, al margen de las sospechas de haber sido alumbrados por extranjeros inmigrantes, no resulta determinada su filiación, o sea, que no puede ser acreditada por ninguno de los medios del art. 113 del Código. Habida cuenta de esta carencia de identificación de los progenitores, los nacidos se considerarán españoles por imperativo del art. 17.1.d, que, además, amplía el supuesto de hecho con la previsión de que se *presume que nació en España* si se trata de *menor de edad* respecto del que no se conoce otro lugar –extranjero– de estancia previa. Como es lógico, no entra en juego la presunción cuando la madre, al momento del abandono en territorio español, declara que el niño había nacido en el extranjero.

Como comprenderán, no voy a detenerme en el juego que pueda dar la adopción como vía de atribución de la nacionalidad española a descendientes de inmigrantes o la adopción internacional como cauce de nacionalización de menores extranjeros. Es sabido, que la filiación adoptiva recibe, a través del art. 19, un tratamiento singularizado –y no exento de algunas críticas– por comparación con la filiación por naturaleza a la que acabamos de referirnos. Acaso conviniera recordar, entre los requisitos de atribución de la nacionalidad *iure adoptionis* que el adoptando ha de ser menor de dieciocho años (y extranjero, claro está). Tratándose de adopciones *constituidas por autoridad* extranjera constituye requisito añadido e imprescindible –cuya inobservancia acarreará el «no reconocimiento en España como adopción» y la denegación de la inscripción en el Registro Civil– que la entidad pública competente «haya declarado la *idoneidad del adoptante*, si éste fuera español y estuviere domiciliado en España al tiempo de la adopción» [art. 25.1.b) y DA 2.ª LO 1/1996, de 15 enero, y art. 9.5.V del CC, red. según DF 2.ª de aquélla]. En este supuesto, sin pretender ser exhaustivos, parece oportuno recordar que no atribuyen la nacionalidad española aquellas adopciones de menor extranjero *constituidas por autoridad no española* cuando responden al tipo de adopción *de efectos débiles*: adoptandos paraguayos, salvadoreños, dominicanos, marroquíes o los de

algunos estados mejicanos. Especial importancia han tenido las adopciones de Nepal y las chinas. Aquéllas, porque habiéndoseles negado primero la inscripción, acabó por apreciarse su «equivalencia», con el argumento de que la revocación a voluntad de los padres biológicos sólo afecta –lo que es inadmisibile– a los adoptados varones; y las chinas, en la medida en que llevaron a concluir que la necesaria «correspondencia de efectos» no equivale ni puede equivaler a «identidad de efectos», con lo que se «salva» la posibilidad de «revocación». Por último, la Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apartado 5, del Código civil (BOE, de 18 de mayo), añade un párrafo final del siguiente tenor: «La atribución por la ley extranjera de un derecho de revocación de la adopción no impedirá el reconocimiento de ésta si se renuncia a tal derecho en documento público o por comparecencia ante el encargado del Registro Civil».

b) La puesta a disposición de la nacionalidad española

Personalmente vengo utilizando el giro de este rótulo para no generar equívocos, cuando me refiero al «ofrecimiento de la nacionalidad española» que da sentido a la *posibilidad de optar* a ella, particularmente, en el caso de que el extranjero fuere mayor de 18 años al momento de su adopción por español o en el supuesto de que la constatación de su nacimiento en España *se produzca después de los dieciocho años de edad*. En este contexto, los artículos 17.2 y 19.2 reconocen el derecho de opción ejercitable en el *plazo de dos años* a contar de la adopción o de la constatación.

c) La adquisición de la nacionalidad española

Como ya he dicho, la *adquisición por residencia* puede considerarse la vía ordinaria de nacionalizar a los inmigrantes, aunque no hay que olvidar tres cuestiones cuya inteligencia parece dotada de cierta flexibilidad⁴:

- a) el requisito de que la residencia exigida haya de ser «legal» (art. 22.3);
- b) la necesidad de que el interesado «justifique» «buena conducta cívica

⁴ Además de en estas cuestiones «delicadas», sería interesante detenerse –lo que aquí no es posible– en lo relativo a los *plazos*, excesivo el ordinario de 10 años e igualmente desproporcionado el de cinco años que se ofrece a quienes hayan obtenido asilo o refugio. Por lo demás, si no se objetan los dos años que precisan los nacionales de origen de los países especialmente vinculados a España, cabría reflexionar en torno a la oportunidad de mantener la exigencia en un año, para alguna de las hipótesis, o devolverlos al mecanismo de la opción. Por otra parte, la perspectiva migratoria redoblaría el interés para los casos contemplados en los apartados a), d) y f) del artículo 22.2, esto es, *nacimiento en territorio español* –careciendo de los indicadores exigidos para la atribución por el art. 17–, *matrimonio con español o española* –con el problema de los denominados matrimonios «blancos o de conveniencia»– y *nacimiento fuera de España de padre o madre que originariamente hubieran sido españoles* –para reintegrar la tercera generación de emigrantes españoles nacida y arraigada en el extranjero; la segunda dispuso, transitoriamente, de un derecho de opción y goza del mismo plazo abreviado en virtud del apartado b)–.

y suficiente grado de integración en la sociedad española» (art. 22.4); c) la posibilidad de que el Ministro de Justicia deniegue la concesión «por motivos razonados de orden público o interés nacional» (art. 21.2).

En general puede caracterizarse esta *vía ordinaria* por contraste con la más «selecta» que viene a significar la carta de naturaleza. Quiero decir que aquélla no engarza con «méritos excepcionales», sino con una concluyente y prologada actitud de vivir como español, toda vez que la solicitud correspondiente descansa sobre el *previo arraigo* físico en territorio español acompañado de una cierta *integración cultural*. Se trata, por lo demás, de una concesión puntillosamente «reglada»: si el interesado acredita las referidas «condiciones», conforme especifica el art. 22, el *Ministerio de Justicia deberá acceder a la solicitud*; sólo, *excepcional y razonadamente*, podrá denegársela por motivos de *orden público o interés nacional* (art. 21.2) y quedando siempre a salvo la posibilidad de recurrir a la *vía judicial* contencioso-administrativa (art. 22.5).

Ello no obstante, trata de imponerse la opinión de que no basta con reunir las exigencias que permiten solicitar la concesión para ostentar, propiamente hablando, «un derecho a adquirir la nacionalidad española» [Díez del Corral]. La precisión busca servir argumento a estas dos conclusiones: a) cuando se resuelve negativamente una solicitud no cabe decir que «se sacrifica» un derecho del peticionario; simplemente no se «constituye» [Peña]; b) como el derecho no preexiste a la «concesión», no basta llenar los requisitos fijados por la norma para conservar aquél, en el supuesto de que el legislador decida «endurecer» el régimen [Pretel]. Ahora bien, como he escrito en otro lugar, entiendo que resulta igualmente legítimo razonar a la inversa: dado que el «no reconocimiento» o «sacrificio» únicamente se autoriza cuando haya de prevalecer el interés general –motivos de orden público o interés nacional–, debiendo ser «razonada» la concurrencia de tales justificaciones y siendo susceptible de ulterior control judicial, lo mismo cabría empezar diciendo que el peticionario –que reúna los demás requisitos– ostenta un derecho a que se le reconozca la posibilidad de adquirir la nacionalidad.

Por lo demás, mientras que los requisitos de «continuidad» e «inmediatez» de la residencia son tradicionales en el Código. La «legalidad» se incorpora en 1982, para conjurar el peligro de que se concediera la nacionalidad española «a extranjeros indocumentados o que habían entrado clandestinamente en territorio español y que no se habían preocupado de regularizar su situación administrativa en España» [Díez del Corral]. Con idéntico propósito, se estableció la «equivalencia» del requisito con el «permiso *ad hoc*» al que se refiere el art. 13.4 Ley Orgánica 7/1985⁵.

⁵ «Sólo se considerarán extranjeros *residentes* las personas amparadas por un permiso de residencia».

Así es que la «legalidad-regularidad administrativa» viene a condicionar todo el proceso de concesión por residencia: sin «permiso de residencia» de nada sirve permanecer en territorio español y un descuido en la renovación amenaza con tornar inútil cualquier residencia previa. Tras la reiteración del requisito por la Ley 18/1990, la alternativa se manifiesta, de un lado, en la opinión que enlaza directamente la «legalidad» con el «permiso de residencia», aun recordando la necesidad de adicionar el supuesto de quienes tengan la condición de asilado [Lete] y, de otro, en la que arranca de un concepto «fáctico» de residencia legal, entendiendo que ésta existe siempre que no haya de reputarse «ilegal», esto es, siempre que se halle apoyada en «un título por el que el Estado español permite esa presencia», uno de los cuales –mas no el único– es el «permiso de residencia» [Reglero]. Personalmente, ha suscrito y mantengo esta última inteligencia.

Otro aspecto «delicado» es el relativo a la apreciación de la «conducta» e «integración» del que pretende hacerse español. Como se sabe, ambos indicadores fueron elevados de rango y formalizados como «requisitos» en el art. 22.4 con motivo de la Ley 18/1990. Hasta entonces, la carga de la prueba al respecto encontraba apoyo en preceptos reglamentarios, pues el solicitante debería indicar «si habla castellano u otra lengua española; cualquier circunstancia de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles» [art. 220.51 RRC] y el Encargado, en el trámite de audiencia personal, «comprobar el grado de adaptación» [art. 221.VI RRC]. Vale decir que, tras la reforma, la audiencia ha cobrado «mayor importancia», que el Ministerio podrá denegar la concesión, aunque se reúnan los «otros» requisitos y sin necesidad de oponer motivos razonados de orden público o interés nacional, sino justamente por no concurrir la «conducta cívica» o la «integración suficiente». El resultado, sin embargo, es que la Administración ha consolidado dos nuevos espacios en los que hacer valer su apreciación sobre la «adecuación» de la historia personal del solicitante. En consecuencia, es preciso instrumentar las «garantías» para que aquellos conceptos jurídicos indeterminados no sirvan a la mera subjetividad del Centro Directivo. La idea de «conducta inapropiada» no puede hacerse equivalente a la existencia de cualquier imputación ni a la simple condena penal [cfr. SSTS, 30, de 24 abril 1998 –se achacaba ejercicio de prostitución y detención por hurto sin condena alguna– y de 2 junio 1988, que mantiene la apreciación negativa de la conducta y ofrece unos parámetros razonables al efecto].

Por último, es de signo contrario –favorable al control– el matiz introducido por la Ley 18/1990 a la previsión del art. 21.2 –podrá denegarse la concesión por residencia por motivos «razonados» de orden público o interés nacional–. Tiene la virtud de obviar el debate sobre el sentido del art. 223.III al autorizar la «no motivación» –ya simple y llanamente

derogado–y la de restar fuerza de convicción a quienes siguen pugnando por poner estas denegaciones al resguardo del control judicial. No se trata, pues, de «una potestad de veto» cuyo ejercicio quede a criterio de «un órgano político» –el Ministro–, ni es legítimo «sacrificar» derechos individuales a pretexto de «intereses genéricos» cuyo peligro no se justifica. El Ministro de Justicia –*recte*: el Director General– puede, si lo prefiere, interponer el velo de la «discreción política» para «motivar» genéricamente y «sin necesidad de entrar en mayores detalles», pero no podrá impedir que los Jueces y Tribunales consideren insuficiente la «justificación» y remuevan el presunto obstáculo que impide la naturalización en el caso concreto: no parece razonable limitar el poder de los jueces a cambio de evitar a la Administración hipotéticas «indiscreciones».

4. La recuperación de la nacionalidad española

(pensando en el retorno)

1. Antecedentes

Aunque la recuperación no haya sido ajena a los cambios legislativos, puede prescindirse de la evolución normativa, en la medida en que siempre ha regido el principio de que la recuperación únicamente se completa cuando se inscribe en el Registro Civil. Lo contrario ocurría con la «pérdida» que pudo haberse producido en el pasado y por causas pretéritas, aun cuando no se haya inscrito; así que, para calibrar la eficacia de una pérdida no inscrita, habrá que recomponer el cuadro de vigencias al instante en el que se pretenda producida; para dictaminar una recuperación, bastará consultar el Registro Civil.

Aun cuando el art. 26 contempla toda recuperación de la nacionalidad española, la que «se perdió» –más o menos voluntariamente– y aquella de la que «se privó» al interesado, la exposición se limitará a la primera hipótesis.

Los avatares de interés se refieren a la exigencia de *radicarse en España* y a la de «renunciar» a la nacionalidad extranjera. En cuanto a la domiciliación, primero se exigió «volver al Reino» (art. 21/1889), luego se eliminó (1975), y finalmente se recupera (1982): entonces no basta con el «regreso», sino que se precisa la «residencia legal y continuada en España durante un año inmediatamente anterior a la petición» (art. 26.I.1º), con lo que surge el problema de dosificar la exención y/o dispensa. La exigencia se consolida en la Ley 18/1990 con la fórmula de «ser residente legal en España» del art. 26.1.a), que será respetada por la Ley 29/1995. En el otro particular, aunque no han faltado los amagos de supresión del requisito de «renuncia a la nacionalidad anterior», la Ley 18/1990 se limitó a dulcificarlo requiriendo sólo la «declaración de renuncia» en los

supuestos de nacionalidades incompatibles con la española, a la par que –como no podía ser de otro modo–exime de esa declaración a los «naturales de los países mencionados en el artículo 24» (art. 26.1.c), también en la versión de la Ley 29/1995).

2. Los requisitos de la recuperación

El último episodio vino escrito en la versión del art. 26/1995, con el propósito de subsanar determinadas inconveniencias aportadas por las precedentes reformas (1982 y 1990). En general, hay un requisito material o sustantivo –*residencia legal* en España–, y tres requisitos formales –renuncia, declaración de querer recuperar e inscripción– Pero, si se mira despacio, sólo la *declaración* y la *inscripción* resultan inexcusables.

Así, la *renuncia* no es exigible a los naturales de los países mencionados en el artículo 24 y, en los demás supuestos, no se exige que sea efectiva, pues basta la sola «declaración»; y el requisito de la *residencia legal*, por un lado, no es aplicable, desde 1995, a los emigrantes ni a los hijos de emigrantes –tampoco a la mujer que perdió la nacionalidad española por razón de matrimonio–; y, por otro, es dispensable en los demás supuestos por el Ministro de Justicia cuando concurren circunstancias excepcionales⁶.

3. La recuperación desde el extranjero y el concepto de emigrante

La Ley 29/1995, de 2 de noviembre, ha puesto fin a la contestada exigencia de que los emigrantes y sus hijos hayan de acreditar su residencia legal en España cuando pretendan recuperar la nacionalidad española que perdieron como consecuencia del fenómeno migratorio. Así lo proclamó

⁶ El tratamiento de la *no exigencia de residir en España* para la recuperación de la nacionalidad ha dado lugar a un régimen diferenciado en cada una de las reformas legislativas, a partir de la Ley 51/1982. En ésta, el art. 26.II establece que «el requisito de la residencia será dispensado por el Ministerio de Justicia a los españoles emigrantes que justifiquen tal condición. También se dispensará a los españoles que hayan adquirido voluntariamente la nacionalidad de su cónyuge. En los demás casos la dispensa tendrá carácter *discrecional*». Con la Ley 18/1990, el art. 26.1.a). II recupera la configuración natural de la «dispensa», la encomienda al «Gobierno» y considera destinatarios «privilegiados» a los «emigrantes o hijos de emigrantes»: «Cuando se trate de emigrantes o hijos de emigrantes, este requisito podrá ser dispensado por el Gobierno. En los demás casos, la dispensa sólo será posible si concurren circunstancias especiales». Finalmente, la Ley 29/1995 se propuso rectamente «la supresión de dicho requisito cuando se trate de emigrantes o hijos de emigrantes, por considerar que «Si bien este requisito puede ser dispensado por el Gobierno, la experiencia de estos años viene demostrando que el trámite de la dispensa –que termina, además, favorablemente en la casi totalidad de los casos– es excesivo y dilatorio».

la Exposición de Motivos, al señalar que «el propósito de la presente ley es, pues, la supresión de dicho requisito cuando se trate de emigrantes o hijos de emigrantes, lo que guarda armonía con el deber del Estado, conforme al artículo 42 de la Constitución, de orientar su política hacia el retorno a España de los trabajadores españoles en el extranjero».

De igual modo, la Ley 18/1990 extiende el beneficio de la dispensa –hoy exención– a los hijos de los emigrantes, con tal de que éstos hubieran ostentado en algún momento de su vida la nacionalidad española, independientemente del lugar de su nacimiento. No se comprenden, por tanto, en el régimen privilegiado del artículo 26 los hijos de emigrantes españoles que, habiendo nacido con posterioridad a la pérdida de la nacionalidad española de sus progenitores, no llegaran a ostentar en ningún momento la nacionalidad española, como resulta lógico si se atiende al hecho de que, en tal hipótesis, no cabe hablar de «recuperación» (no habiendo recibido la nacionalidad española, necesitan «adquirirla»). No cabe duda, por el contrario, que pueden beneficiarse quienes no nacieron en España por haberse iniciado ya el periplo migratorio de sus padres y haber obtenido la nacionalidad española exclusivamente *iure sanguinis* (lo que se discutió hasta la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, por cuanto ellos personalmente «no emigraron»).

Para los «hijos o descendientes de españoles» nacidos ya «extranjeros», si no aprovecharon el privilegio temporal de adquirir la nacionalidad de sus ascendientes ejercitando la opción –DT 3ª Ley 18/1990 y 1ª Ley 29/1995: padre o madre de origen español y nacido en España–, no queda otro cauce de acceso que la adquisición por *residencia* en el plazo de *un año* al amparo del artículo 22.1.f (no exige que el progenitor sea «nacido en España» pero requiere que se haya residenciado el propio solicitante).


Los *nietos* u otros descendientes del emigrante, aunque hubieran nacido españoles, no gozarán de la exención (que beneficia sólo a los emigrantes y sus *hijos*), si pretenden recuperar la nacionalidad española. Habrán de acreditar dicha residencia u obtener la dispensa del Ministro de Justicia, por concurrir en ellos las circunstancias *excepcionales* a que condiciona la dispensa el art. 26.1.a) *in fine*.

Por lo que hace al *concepto de emigrante*, a los efectos de la exclusión del requisito de su residencia legal en España, así como la de sus hijos con anterioridad españoles, debe descartarse cualquier orientación restrictiva. Como señala la Instrucción DGRN de 20 de marzo de 1991, «sólo se exige hoy el hecho físico de la emigración y no que la adquisición de la nacionalidad extranjera haya sido una consecuencia de aquélla». Tampoco debe condicionarse la ventaja a la comprobación de que la «huida» se debiera a necesidad económica o a presión política. Quienquiera que, siendo español, partiera de España, así como los hijos a los que proyectara dicha nacionalidad, podrá recuperarla sin necesidad de «volver al reino». Final-

mente y por remisión de la DT 2ª de la Ley 29/1995, la exención se extiende a la mujer que dejó de ser española «*iure matrimonii*» antes de 1975, aún en el caso de que no se hubiere llegado a desplazar al extranjero.

4. La inscripción de la recuperación

El deseo de recuperar la nacionalidad española ha de hacerse expreso y ser formulado de manera solemne, precisamente, «ante el Encargado del Registro Civil» [art. 26.1.b)]. A este respecto, es Encargado competente para recibir la declaración en el domicilio del interesado y la inscripción se practica al margen de la de nacimiento. Esta reviste carácter constitutivo de la recuperación, pero puede formalizarse sin observar el «tracto sucesivo», esto es, sin que conste previamente la pérdida de esa misma nacionalidad, desde el momento en que se admiten recuperaciones «para mayor seguridad del estado civil» [Díez del Corral, y Peña].

En efecto, conforme a la Instrucción de la DGRN de 16 de mayo de 1983, «La inscripción,... presupone que ha habido previamente pérdida ... Ahora bien, aunque la inscripción de esta última sea obligatoria,..., ello no impide que pueda inscribirse directamente la recuperación sin necesidad de que se extienda antes el asiento de la pérdida. Habrá que distinguir entonces dos posibilidades: una, que el asiento de recuperación contenga en sí la inscripción de la pérdida con justificación de los requisitos especiales exigidos para la inscripción de este hecho, caso en el que el Registro probará tanto la pérdida como la recuperación; otra, que por cualquier causa, por ejemplo, por el tiempo transcurrido, no sea posible acreditar plenamente todos los requisitos de la pérdida, hipótesis en la que el Registro no probará esta última y la recuperación se admitirá, no obstante, para mayor seguridad del estado civil del interesado, el cual, quizá, habrá seguido siendo siempre español». 

5. Referencia bibliográfica

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia. *Nacionalidad y emigración*, Madrid, La Ley, 1990; «Pérdida y recuperación de la nacionalidad española», en *Jornadas sobre nacionalidad y extranjería*, Madrid, Colegio de Registradores, 1994, pp. 11-132.

Dolores BLÁZQUEZ PEINADO, María. *La ciudadanía de la Unión (Los derechos reconocidos en los artículos 8.A a 8.D del T.C.E.)*, Valencia, Tirant lo blanch, 1998.

DÍAZ GARCÍA, Nieves. *La reforma de la nacionalidad. Comentario a la Ley 18/1990, de 17 de diciembre*, Madrid, Cívitas, 1991.

- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús. «Principios de la reforma en materia de nacionalidad», *Revista de Derecho Privado*, 1983, p. 813; «Comentario al art. 23», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coord. por M. Amorós y R. Bercovitz, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 132-146; y en *Comentario del Código Civil*, 2ª ed., Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, t. I.
- MARÍA ESPINAR VICENTE, José. *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Cívitas, 1994.
- CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, José. *Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, Tecnos, 1987.
- GARAU JUANEDA, Luis. «El concepto de 'residencia legal y continuada' en el artículo 22 del Código civil», *La Ley*, 1988-4, pp. 1158-1168.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. *La nacionalidad española y los cambios legislativos*, Madrid, Colex, 1993; «Comentario a las disposiciones transitorias de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre», en *Comentarios a las reformas del Código civil*, coord. por R. Bercovitz, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 867-881; «De los españoles y extranjeros (art. 17 a 26)», en *Comentarios al Código Civil*, coord. por Rams, tomo II, vol. 1º, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 9 a 187.
- GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. «Normativa aplicable a los nacionales de terceros estados en la Unión Europea», en *La inmigración. Derecho español e internacional*, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 59-86.
- HUALDE SÁNCHEZ, José Javier. «La pérdida voluntaria de la nacionalidad española: breve examen del art. 24 del Código civil», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1991, núm. 11 y 12 (monográfico: *Reformas del Código civil 1990-1991*C, p. 355.
- LETE DEL RÍO, José Manuel. «Pérdida de la nacionalidad», *Anuario de Derecho Civil*, 1994, fascículo II, pp. 85-89.
- MARTÍN OSANTE, Luis Carlos. «Comentario al art. 27», en *Comentarios al Código Civil*, coord. por RAMS, tomo II, vol. 1º, Barcelona, Bosch, 2000, p. 189 ss.
- PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. I, vol. 3º, arts. 17 a 41, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1993.
- PÉREZ VERA, Elisa. «Derecho de extranjería», en *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 6ª ed., Madrid, UNED, 1996, pp. 225-281.
- PÉREZ VERA, Elisa y ABARCA JUNCO, Paloma. «Derecho de la nacionalidad», en *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 6ª ed., Madrid, UNED, 1996, pp. 167-221.
- PÉREZ VERA, Elisa y ABARCA JUNCO, Paloma. «Comentario al art. 11.3.- Doble nacionalidad», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dir. por Oscar Alzaga Villamil, Madrid, 1997, t. II, pp. 149 a 167.
- PÉREZ VERA, Elisa y J. RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. «Comentario introductorio al capítulo I del título I de la Constitución. De los españoles y extranjeros (arts. 11 a 13)», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dir. por Oscar Alzaga Villamil, Madrid, 1997, t. II, pp. 109-124.
- SAGARRA i PRATS, Eduard. *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Barcelona, Bosch, 1991.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos., «Comentario al art. 24», en *Comentarios a las reformas del Código civil*, coord. por R. Bercovitz, Madrid, Tecnos, 1993.
- VÁZQUEZ PASCUAL, David. «La libre circulación de personas en la Unión Europea», en *La inmigración. Derecho español e internacional*, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 663-703.