

LAS NUEVAS CONDICIONES DE RECUPERACION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Federico A. Rodríguez Morata

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Castilla-La Mancha

1. La recuperacion de la nacionalidad española: su evolucion legislativa

Decía uno de los grandes juristas europeos del siglo XIX, Rudolf F. von Ihering, en una de sus cartas remitida a un colega de la Universidad de Friburgo, lo siguiente: «*Los que no han tenido ocasión de medir experimentalmente el dolor causado por la pérdida de la posesión de un bien querido, no saben lo que es el Derecho, por más que tengan en su cabeza todo el Copus Iuris*». Traigo, ahora, a colación esta reflexión jurídica, para constatar que, en materia de nacionalidad, su pérdida es tanto más dolorosa cuanto resulta de un acto involuntario (v.gr., mujer española que perdió la nacionalidad española por razón del matrimonio contraído con extranjero antes de la entrada en vigor de la Ley 14/1975) o impuesto por la precaria coyuntura económica de nuestro país en los dos primeros tercios del siglo XX (v.gr., la emigración) o, incluso, forzado por la comisión de una conducta que en cada momento histórico estuvo tipificada con la pérdida de la nacionalidad española (v.gr., supuestos de privación de la nacionalidad española). Pues bien, todas estas situaciones de pérdida *involuntaria* y/o privación de la nacionalidad española, por un lado, deben distinguirse de los supuestos de pérdida *voluntaria* de la naciona-

lidad española; y por otro, constituyen el antecedente lógico al mecanismo de la recuperación de la nacionalidad española. En efecto, como ha puesto de relieve el Centro Directivo (Resoluciones DGRN 5 marzo 1999 [RJ 1999, 10116] y 14 enero 2000 [RJ 2000, 3112], entre otras), sólo puede recuperar la nacionalidad española quien previamente haya sido español. De donde se deduce que todo español que perdió -voluntaria o involuntariamente- o fue privado de la nacionalidad española, puede recuperarla conforme a lo dispuesto en el artículo 26 del Código civil.

En el artículo 26 del Código civil, por lo demás, ha terminado por confluir el tratamiento de dos hipótesis que con anterioridad a la Ley 51/1982, de 13 de julio (de reforma del Código civil en materia de nacionalidad) habían merecido preceptos específicos. Desde la Ley de Registro civil de 1870 (arts. 106 y 107) hasta la reforma del Código civil operada por Ley 14/1975, fueron tratadas como situaciones formalmente desiguales o diversas, por un lado, la del antiguo español que perdió *voluntariamente* la nacionalidad; y, por otro lado, la del que hubiera sido *privado* de ella como consecuencia de las conductas que en cada momento estuvieron tipificadas [vid., Gil Rodríguez/Angoitia Gorostiza, Comentarios al Código civil, II-1º, Barcelona, 2000, p. 175]. Además, en ese período legislativo, los españoles que hubieren perdido *involuntariamente* (v.gr., emigrantes o mujer casada con extranjero) la nacionalidad española, no tenían un tratamiento diferenciado de quienes *voluntariamente* la perdieron, a los efectos de cumplir con los requisitos para la recuperación de la nacionalidad española. Habrá que esperar hasta la referida Ley 51/1982 para que, aunque el tratamiento siga siendo sustancialmente diverso, ambas situaciones (pérdida y privación de la nacionalidad) queden reconducidas en el mismo precepto, sometiendo a los primeros al cumplimiento de los requisitos generales en materia de recuperación de la nacionalidad española, pero previendo una situación de favor a quienes perdieron involuntariamente la nacionalidad española; y exigiendo a los segundos una habilitación previa para volver a disfrutar de la nacionalidad española.

En este particular, el artículo 26 del Código civil, en su versión dada por Ley 51/1982 disponía lo siguiente:

«El español que haya perdido esta condición podrá recuperarla cumpliendo con los requisitos siguientes: 1º. Residencia legal y continuada en España durante un año inmediatamente anterior a la petición. 2º. Declaración ante el Encargado del Registro civil de su voluntad de recuperar la nacionalidad española. 3º. Renuncia ante el Encargado del Registro civil a su nacionalidad extranjera, y 4º. Inscripción de la recuperación en el Registro civil. El requisito de la residencia será dispensado por el Ministro de Justicia a los españoles emigrantes que justifiquen tal condición. Tam-

bién se dispensará a los españoles que hayan adquirido voluntariamente la nacionalidad de su cónyuge. En los demás casos, la dispensa tendrá carácter discrecional. No podrán recuperar la nacionalidad sin previa habilitación concedida discrecionalmente por el Gobierno: 1º. Los que la hayan perdido siendo mayores de catorce años sin haber cumplido en España el servicio militar o la prestación social sustitutoria. 2º. Los que hayan sido privados de la nacionalidad conforme a lo establecido en el artículo 24 [cfr., por un lado, españoles de origen que por sentencia firme fueron condenados a su pérdida conforme a lo establecido en las leyes penales o declarados incurso en falsedad, ocultación o fraude en su adquisición; y por otro, españoles de origen que entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo público en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno]».

Por su parte, el artículo 26 del Código civil fue modificado por Ley 18/1990, de 17 de diciembre, en el sentido siguiente:

«1. El español que haya perdido esta condición podrá recuperarla cumpliendo con los requisitos siguientes: a) Ser residente legal en España. 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. b) Declarar ante el Encargado del Registro civil su voluntad de recuperar la nacionalidad española y su renuncia, salvo que se trate de naturales de los países mencionados en el artículo 24 [cfr., países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal], a la nacionalidad anterior, y c) Inscribir la recuperación en el Registro civil. 2. No podrán recuperar la nacionalidad española, sin previa habilitación concedida discrecionalmente por el Gobierno: a) Los que se encuentren incurso en cualquiera de los supuestos previstos en el anterior artículo [cfr., españoles que no lo sean de origen que perdieron la nacionalidad, por un lado, cuando por sentencia firme fueron condenados a su pérdida, conforme a lo establecido en las leyes penales; y por otro, cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno]; b) Los que hayan perdido la nacionalidad sin haber cumplido el servicio militar español o la prestación social sustitutoria. No obstante, la habilitación no será precisa cuando la declaración de recuperación se formule por varón mayor de cincuenta años.»

Y por último, el vigente artículo 26 del Código civil ha sido modificado por Ley 29/1995, de 2 de noviembre, en el sentido siguiente:

«1. Quien haya perdido la nacionalidad española podrá recuperarla cumpliendo los siguientes requisitos: a) Ser residente legal en España. Este requisito no será de aplicación a los emigrantes ni a los hijos de emigrantes. En los demás casos podrá ser dispensado por el Ministro de Justicia e Interior [rectius: Ministro de Justicia] cuando concurren circunstancias excepcionales. b) Declarar ante el Encargado del Registro civil su voluntad de recuperar la nacionalidad española y su renuncia, salvo que

se trate de naturales de los países mencionados en el artículo 24 [cfr., países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal], a la nacionalidad anterior, y c) Inscribir la recuperación en el Registro civil.

2. No podrán recuperar o adquirir, en su caso, la nacionalidad española, sin previa habilitación concedida discrecionalmente por el Gobierno: a) Los que se encuentren incurso en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo anterior [cfr., españoles que no lo sean de origen que perdieron la nacionalidad, por un lado, cuando por sentencia firme fueron condenados a su pérdida, conforme a lo establecido en las leyes penales; y por otro, cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno]; b) Los que hayan perdido la nacionalidad sin haber cumplido el servicio militar español o la prestación social sustitutoria, estando obligados a ello. No obstante, la habilitación no será precisa cuando la declaración de recuperación se formule por varón mayor de cuarenta años».

El artículo 26 del Código civil, pues, viene exigiendo invariablemente desde su reforma operado por Ley 51/1982, cuatro requisitos generales para la recuperación de la nacionalidad: residencia, declaración, renuncia e inscripción. Únicamente este último ha sido un requisito históricamente exigido para la recuperación de la nacionalidad española, desde que el artículo 96 de la Ley de Registro civil de 1870 dispusiera que «los cambios de nacionalidad producirán efectos legales en España solamente desde el día en que sean inscritos en el Registro civil». En cambio, el requisito de la necesidad de *radicarse en España* para la recuperación de la nacionalidad, aparte de haberse eliminado como tal requisito en la versión de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, resulta que la exigencia tradicional de «volver al reino» (art. 21 CC, en su versión original) fue recuperada y trasmutada con ocasión de la Ley 51/1982, bajo cuya vigencia no basta con el «regreso», sino que el requisito correspondiente precisa la «residencia legal y continuada en España durante un año inmediatamente anterior a la petición» (art. 26.1.1º). Es entonces cuando se inicia el régimen inestable de la «no exigencia o dispensa» del requisito en determinados casos (v.gr., emigración y mujer casada con extranjero). Con todo, este requisito genérico se consolida mediante la Ley 18/1990 con la fórmula de «ser residente legal en España» del art. 26.1.a) CC, que será respetada por la Ley 29/1995. Por último, la exigencia de «renuncia a la nacionalidad anterior» ha sido, en cierto modo, dulcificada por la Ley 18/1990, exigiendo escuetamente la «declaración de renuncia» en los supuestos de nacionalidades incompatibles con la española, a la par que exime de esa declaración a los «naturales de los países mencionados en el artículo 24» (art. 26.1.c, también en la versión actual de la Ley 29/1995).

En todo caso, la evolución legislativa del artículo 26 del Código civil desde su reforma operada por Ley 51/1982, pasando por la dispuesta

por Ley 18/1990 y culminando con la Ley 29/1995, tiene una particularidad común: el establecimiento de un régimen específico de nacionalidad de los emigrantes españoles, mediante una diferente configuración –en cada etapa legislativa– de la figura de la dispensa del requisito de la residencia a los emigrantes españoles. Así, mientras la Ley 51/1982 establecía que el requisito de la residencia «se dispensará» por el Ministerio de Justicia a los emigrantes españoles que justifiquen esta condición; la Ley 18/1990 decía que el Gobierno «podrá» dispensar de ese requisito a los emigrantes o «hijos de emigrantes»; culminando la Ley 29/1995 que el requisito de la residencia legal en España «no será de aplicación a los emigrantes ni a los hijos de emigrantes», ni tampoco a la mujer española que hubiera perdido la nacionalidad española por razón de matrimonio, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 14/1975, pues según la Disposición transitoria segunda de la Ley 29/1995, aquélla podrá recuperarla de conformidad con lo previsto en el artículo 26 del Código civil para el supuesto de emigrantes o hijos de emigrantes.

2. Nacionalidad y emigración

2.1. Principios de ordenación

En relación con la emigración, las sucesivas reformas legislativas del artículo 26 del Código civil deben examinarse sobre la base de los principios rectores que sobre el particular informan nuestro Ordenamiento jurídico. Aquellas reformas legislativas están inspiradas, básicamente, en los artículos 11 y 42 de la Constitución española; en el Convenio Europeo sobre reducción de los casos de plurinacionalidad y sobre obligaciones militares en caso de pluralidad de nacionalidades, hecho en Estrasburgo el 6 de mayo de 1963; y, por último, aunque residualmente, en los Convenios de doble nacionalidad suscritos por España con los países iberoamericanos.

2.1.1. *Nacionalidad y emigración en la Constitución española*

El artículo 1º de la Constitución española establece que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho», lo que presupone la actuación de los poderes públicos en la vida económica y social, para realizar los valores de «justicia e igualdad». Pues bien, en el supuesto previsto en el artículo 42 de la Constitución, aquellos valores se concretan en la obligación del Estado de velar por la «salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, orientando su política hacia su retorno».

Como señala González Campos [Reflexiones sobre la doble naciona-

lidad, en Emigración y Constitución, IEE, Guadalajara, 1983, p. 91 y ss], de ello se deducen dos fundamentales consecuencias:

1°. La necesidad de realizar una política de acogida y reinserción social de los nacionales españoles que trabajan en el extranjero y, en particular, de los trabajadores jóvenes, de los que no sin razón se ha dicho que son «extranjeros en su propio país de origen».

2°. Si el Estado debe salvaguardar los derechos económicos y sociales de los trabajadores, está obligado a adoptar una política en materia de nacionalidad.

En este último sentido, los artículos 11 y 42 de la Constitución fijan los siguientes criterios básicos para la elaboración de una política en materia de nacionalidad de los emigrantes españoles:

1°. El Estado español debe respetar la voluntad de los emigrantes de integrarse mediante su naturalización en el país de acogida, si ello entraña un beneficio en su situación económica y social.

2°. El Estado español no está obligado a positivar los supuestos de doble nacionalidad «anómala o no reconocida». En cambio, sí está «facultado» (cfr., art. 11.3 CE) para desarrollar una política de doble nacionalidad por adquisición de la nacionalidad de un Estado fuertemente vinculando a España por razones históricas (v.gr., países iberoamericanos; Guinea Ecuatorial; Filipinas) o geográficas (v.gr., Portugal y Andorra).

De ambos criterios se deduce que, por una parte, la «emigración» no es una categoría jurídica que por sí sola imponga al legislador español la necesidad de establecer un especial régimen en materia de nacionalidad, pero, en cambio, sí habilita para desarrollar una política que fomente el retorno de los emigrantes españoles: por ejemplo, introduciendo un especial «régimen de favor» en materia de recuperación de la nacionalidad española previamente perdida por razón de emigración; por otra, constituye una opción de política legislativa establecer o no un régimen de «conservación» de la nacionalidad española para los emigrantes que adquieren voluntariamente o no la nacionalidad del país de acogida, si bien el Estado español no puede imponer su nacionalidad a quien, habiendo adquirido una nacionalidad extranjera, haya manifestado su voluntad de renunciar a la española, salvo que concurren situaciones excepcionales (v.gr., que España se halle en guerra); y por último, la Constitución favorece por la vía del párrafo tercero del artículo 11 la posibilidad de un «trato diferenciado» entre los emigrantes españoles cuyo país de acogida sea alguno de los «iberoamericanos o que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España» (criterio amplio), y aquellos otros españoles que emigraron a países distintos. Los primeros, sin duda, podrán naturalizarse en el país de acogida sin perder su nacionalidad de origen española (la llamada «nacionalidad latente»), y ello con independencia de que aquellos países reconozcan o no a sus nacio-

nales un derecho recíproco [Bercovitz, R., *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, p. 145]. Es éste, pues, un supuesto de doble nacionalidad «automática» y reconocida por nuestro sistema jurídico (art. 11.3 CE), que solo quiebra en caso de renuncia «expresa» a cualquiera de las dos nacionalidades reconocidas (principio «voluntarista»). Los segundos, por el contrario, podrán verse sujetos a un régimen distinto y diferenciado del anterior, pero, que, en todo caso, respete los siguientes principios constitucionalmente consagrados:

■ El *principio de libertad de emigración*, que, si bien no está expresamente consagrado en el art. 42 CE, sí está garantizado por su art. 19.2º que regula la libertad de movimiento para los españoles.

■ El *principio de que toda persona tiene derecho a cambiar de nacionalidad* (arts. 11 CE y 15 Declaración Universal sobre derechos humanos).

■ El *principio de que ningún español de origen podrá ser «privado» de su nacionalidad* (art. 11.2 CE), por virtud de una decisión administrativa o por una pena. En todo caso, la nacionalidad española se pierde de acuerdo con lo establecido en la ley (art. 11.1º CE), lo que supone diferir en la voluntad del legislador español la determinación o no de un régimen especial en materia de pérdida de la nacionalidad española por razón de emigración (cfr., Instrucción DGRN 16 mayo 1983 sobre nacionalidad).

■ El *principio de efectividad*, en virtud del cual el Estado español está obligado a observar una relación auténtica, un vínculo efectivo, con el individuo al que considera español (arts. 11 y 13.2º CE).

■ El *principio de que toda persona nacida de padre o madre españoles («al tiempo del nacimiento») tienen derecho a la nacionalidad española* (arts. 11 y 14 CE). Y

■ El *principio de que ni la celebración del matrimonio entre española y extranjero, ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio podrán afectar por sí solos a la nacionalidad de la mujer española de origen* (art. 14 CE).

2.1.2. *Convenio Europeo sobre reducción de los casos de plurinacionalidad y sobre obligaciones militares en caso de pluralidad de nacionalidades, hecho en Estrasburgo el 6 de mayo de 1963*

Uno de los factores que han incidido en las sucesivas reformas sobre la nacionalidad española ha sido, sin duda, la armonización de nuestro sistema de nacionalidad a la normativa comunitaria, y especialmente al Convenio Europeo sobre reducción de los casos de plurinacionalidad (cfr., Preámbulo de Ley 18/1990 y Exposición de Motivos de Ley 29/1995), ratificado por España en el año 1987, y cuyos objetivos básicos son, por un lado, reducir los supuestos de doble o múltiple nacionalidad; y por otro, eliminar las incertidumbres creadas en los caos en que

no se sabe qué legislación debe aplicarse o en que país se debe cumplir el servicio militar.¹ Junto a ello, la regulación de la nacionalidad en España se ha visto influida por los Acuerdos adoptados en las Conferencias de Ministros Europeos responsables de las cuestiones de Migración, en la medida que sus decisiones afectan a la integración de la segunda generación de emigrantes españoles en los Estados europeos de acogida.²

La normativa europea sobre cuestiones relativas a la nacionalidad de los emigrantes europeos fue tomada en cuenta por el legislador español cuando, en el trámite de presentación de enmiendas en el Senado a la Proposición de Ley sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad –y que dio lugar a la Ley 18/1990–, por un lado, se suprimió la posibilidad (establecida en el art. 24.2 de la Proposición de Ley) de conservación de la nacionalidad española por los emigrantes o por los hijos de emigrantes, salvo el caso de emigrantes españoles en los países de la llamada «Comunidad histórica» (art. 24.2 CC); por otro, se convirtió de obligada en facultativa la dispensa del requisito de residencia legal en España cuando se trate de emigrantes o hijos de emigrantes, a los efectos de recuperar la nacionalidad española³; y por último, se introdujo «con

¹ El artículo 1º del Convenio trata de imposibilitar el nacimiento de supuestos de doble o múltiple nacionalidad por virtud de la adquisición de la nacionalidad de otro Estado por parte de los nacionales de los Estados comunitarios. Así, se establece una regulación diferenciada atendiendo a la edad de los destinatarios. Los mayores de edad pierden la nacionalidad siempre que adquieran la nacionalidad de otro Estado contratante mediante una manifestación de voluntad (opción, naturalización o recuperación). En cambio, los menores de edad pierden la nacionalidad «en las mismas condiciones que sus padres, si su ley nacional prevé que, en esas circunstancias, es posible la pérdida de la nacionalidad habiendo sido habilitados o representados debidamente (art. 1º.1); en este supuesto no pueden ser autorizados a conservar la nacionalidad anterior. Consecuentemente, el Convenio parte del principio de que la doble nacionalidad originaria sólo se pierde a través de una declaración «expresa» del interesado; por lo que el europeo con varias nacionalidades no está obligado a renunciar a una de ellas, pero los Estados deben permitir la renuncia a su nacionalidad («no deseada») a aquellos nacionales que tengan además otra.

² Durante la celebración de la primera Conferencia, en mayo de 1980, se elaboró un Informe sobre «la integración de los trabajadores emigrantes y de sus familias en el país de acogida», estimándose que el trabajador emigrante no podía verse forzado a renunciar a su nacionalidad de origen por adquirir la nacionalidad del Estado receptor, aconsejando a estos últimos Estados a facilitar el acceso a su nacionalidad a los jóvenes emigrantes que lo deseen, «siempre que hubiesen nacido en dicho país o que hubiesen cumplido la mayor parte de su escolaridad en el mismo» [en el mismo sentido se había pronunciado ya la Recomendación CE (1978) 841 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa]. Por su parte, la segunda Conferencia de Ministros Europeos, celebrada en Roma en octubre de 1983, también acordó que era preciso hacer un esfuerzo por «simplificar, cuando sea necesario, las condiciones para adquirir la nacionalidad del Estado receptor, y examinar los posibles efectos de la doble nacionalidad».

³ La Ley 29/1995, por el contrario, sustrae del régimen general de dispensa de la

carácter general» el requisito de la renuncia a la nacionalidad anterior para adquirir (art. 23 CC) o recuperar (art. 26 CC) la española, exceptuándose el caso de los naturales de determinados países con particular vinculación con España (art. 24.2 CC).

2.1.3. Los Convenios de doble nacionalidad suscritos por España con los países iberoamericanos

La Ley de 15 de julio de 1954, de reforma del Código civil en materia de nacionalidad, introdujo expresamente la doble nacionalidad convencional con los países iberoamericanos y Filipinas (cfr., art. 22.4° CC). Por su parte, las Leyes 14/1975 y 51/1982 (cfr., art. 23.4° CC) ampliaron el régimen de la doble nacionalidad convencional también con Andorra, Guinea Ecuatorial y Portugal «o de aquellos con los que se concierte un tratado de doble nacionalidad». Pues bien, por lo que respecta a los países iberoamericanos, España suscribió con base en esos preceptos once Convenios de doble nacionalidad con países iberoamericanos que forman parte de la llamada «Comunidad hispánica», y cuya finalidad última consistía en reforzar los vínculos con la comunidad de pueblos iberoamericanos.

Ello no obstante, no puede decirse que el art. 22.4° CC –en su versión dada por Ley de 1954– tuviera como finalidad proteger al emigrante en las Repúblicas iberoamericanas a través de la doble nacionalidad convencional. Lo cierto es que en ninguno de estos Convenios se cita expresamente a los emigrantes españoles, pero sí repercutió favorablemente en sus estatutos personales, en un doble sentido: por un lado, el cumplimiento de una serie de requisitos permitió la recuperación del vínculo perdido con anterioridad; y por otro, se admitió la continuidad del vínculo primitivo, aunque la efectividad del mismo quedará condicionada a la residencia en el Estado de origen y a la inscripción de ese hecho en los respectivos Registros civiles.

En concreto, la incidencia de la doble nacionalidad convencional en el estatuto jurídico de los emigrantes españoles residentes en Iberoamérica se manifestó en las siguientes reglas comunes a todos los Convenios:

1°. No todos los nacionales de ambas partes pueden acceder a la doble nacionalidad convencional: se excluye a los naturalizados.

residencia legal en España «cuando concurren circunstancias excepcionales», a los emigrantes o hijos de emigrantes, por cuanto la prueba de la residencia legal en España no es exigible a éstos para recuperar la nacionalidad española. Basta que soliciten la recuperación de la nacionalidad española, que declaren su renuncia a la nacionalidad anterior –salvo los naturales de los países ex art. 24 CC (supuesto de doble nacionalidad)–, y que inscriban la recuperación de la nacionalidad española en el Registro civil.

2º. La adquisición de la nacionalidad extranjera no produce la pérdida de la nacionalidad primitiva, pues se mantiene el vínculo originario.

3º. Los binacionales no podrán estar sometidos simultáneamente a las legislaciones de ambas partes contratantes.

4º. La nacionalidad activa viene determinada o coincide con la del domicilio⁴ o con la última adquirida⁵.

5º. La nacionalidad latente precisa de una serie de requisitos para recobrar su eficacia, es decir, se precisa un procedimiento de recuperación (no de la nacionalidad, sino de la eficacia del vínculo originario). En todo caso, se requiere el regreso al territorio español y la inscripción en el Registro civil español.

2.2. La emigración como categoría jurídica contemplada por la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, que modifica el Código civil en materia de recuperación de la nacionalidad

Desde que la Ley 51/1982, de 13 de julio, introdujo por primera vez en nuestro Código civil un régimen especial de nacionalidad para los emigrantes de origen español, las sucesivas Leyes de reforma del Código civil en materia de nacionalidad (cfr., Leyes 18/1990, de 17 de diciembre, y 29/1995, de 2 de noviembre) se han venido refiriendo inalterablemente a la emigración como una categoría jurídica hábil para especificar un particular régimen favorable de recuperación de la nacionalidad española, lo que, como dispone la Exposición de Motivos de la Ley 29/1995, 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.

En todo caso, ya desde la reforma del Código civil de 1982 se planteó en la práctica la cuestión de averiguar quiénes podían ser los beneficiarios de ese especial régimen de nacionalidad, sobre todo teniendo en cuenta que el artículo 23.1º, in fine, del Código civil manejaba un concepto indeterminado de «emigración».

Prescindiendo por ahora de las distintas posturas doctrinales que se mantuvieron sobre el concepto de emigrante⁶, cabe subrayar la doctrina

⁴ Convenios suscritos con Perú, Chile, Guatemala, Nicaragua, Bolivia, Honduras y Colombia.

⁵ Convenios suscritos con Paraguay, Ecuador, Costa Rica, República Dominicana y República Argentina.

⁶ Básicamente, tres son las posturas doctrinales que han intentado –bajo la vigencia de la Ley 51/1982– determinar el alcance subjetivo del concepto de «emigrante» en la regulación de la nacionalidad en nuestro Código civil: a) Tesis de DIEZ DEL CORRAL RIVAS: Emigrante, a su juicio, sería el español que traslada su residencia habitual al extranjero y que adquiere voluntariamente la nacionalidad del país donde reside. Se

de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) como pauta o guía de una interpretación que, sobre el alcance subjetivo del concepto de emigrante en materia de nacionalidad, ha venido proclamándose hasta la entrada en vigor de la Ley 29/1995.

2.2.1. La Instrucción DGRN de 16 de mayo de 1983: interpretación restrictiva del concepto de emigrante en la Ley 51/1982, de 13 de julio

La Instrucción DGRN de 16 de mayo de 1983 prescindió del concepto «legal» de emigrante (cfr. art. 1.º.2 de la Ley General de Emigración de 1971) e introdujo un concepto de emigrante que bien puede calificarse de «autónomo», en el siguiente sentido: «Este concepto de emigración ha de entenderse en su sentido propio, es decir, ha de referirse al español que, especialmente por motivos laborales o profesionales, traslada su residencia habitual al extranjero, así como a los familiares que le sigan». Por tanto, se trata de un concepto «vulgar» de emigrante, que impone para su prueba no sólo el hecho físico de la emigración, sino también que la adquisición de la nacionalidad extranjera haya sido una consecuencia de aquélla. De esta forma, el ámbito de posibles beneficiarios del régimen favorable de nacionalidad concedido por la Ley 51/1982 a los emigrantes quedaba restringido frente a los posibles destinatarios de ese régimen de nacionalidad si se hubiera manejado el concepto legal de emigrante, que incluía, por un lado, a los españoles que se trasladan a un país extranjero, por causa de trabajo, profesión o actividad lucrativa, esto es, no sólo a los trabajadores por cuenta ajena, sino también a los que se trasladan a trabajar por cuenta propia al extranjero; por otro, a los familiares que los

parte, pues, de un concepto literal –no legal: se prescinde del concepto de la Ley de Emigración– y restrictivo por entender que el carácter excepcional del último inciso del artículo 23.1 CC no admitía una interpretación extensiva. En otro caso, afirma, se desnaturalizaría el principio general de que la adquisición voluntaria de otra nacionalidad distinta a la española de origen provoca la pérdida de esta última. Esta postura doctrinal fue asumida por la DGRN (cfr., Instrucción de 16 de mayo de 1983); b) Tesis de VILA COSTA: Considera que, además del «español que, especialmente por motivos laborales o profesionales, traslada su residencia habitual al extranjero, así como a los familiares que le sigan» (concepto de emigración de la Instrucción DGRN de 1983), había que ampliar el concepto a la llamada emigración «histórica», esto es, aquella que tiene su origen en razones políticas o ideológicas (los «exiliados políticos» españoles). Esta tesis fue aceptada por el Centro Directivo en sus Resoluciones de 11 de junio de 1985 (BIMJ n.º 1385, 1985, pp. 29-32); 6 junio 1988 (BIMJ n.º 1497, 1988, pp. 3261-3265) y 17 mayo 1989 (BIMJ n.º 1533, 1989, pp. 3108-3112), entre otras: c) Tesis de ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: Aceptando la tesis de Vila Costa, estima que debía ampliarse el alcance subjetivo del concepto de emigrante previsto en el art. 23.1.º CC también a los hijos de emigrantes nacidos en el extranjero, y ello para hacerlo coincidir con el concepto «legal» de emigrante manejado por la Ley General sobre Emigración (vid., sobre estas cuestiones, GAYA SICILIA, Comentario a la Resolución DGRN de 12 enero 1987, en CCJC, n.º 14, 1987, pp. 4517 y ss).

emigrantes tengan a su cargo o bajo su dependencia (cónyuge, hijos –hayan nacido en el extranjero o en España–, y a los ascendientes –suyos o de su cónyuge– a su cargo o bajo su dependencia económica; y por último, al conjunto o colectividad de españoles, y a cada uno de ellos individualmente considerados, residentes o establecidos, definitiva o temporalmente, en un país extranjero por las causas antes citadas.

Por el contrario, el concepto de emigrante manejado por la Instrucción de 1983 excluía del ámbito de aplicación del régimen especial de nacionalidad previsto en los arts. 23 y 26 CC y en la Disposición transitoria de la Ley 51/1982, a los hijos de emigrantes nacidos en el país de acogida, por no concurrir en ellos el requisito del «traslado» al país extranjero.

2.2.2. La Instrucción DGRN de 20 de marzo de 1991: interpretación amplia del concepto de emigrante en la Ley 18/1990, de 17 de diciembre

En la Ley 18/1990, la emigración no aparece como una categoría jurídica que habilite al emigrante español para ostentar un título atributivo de un excepcional régimen de nacionalidad. Ésta, acaso, fue una de las novedades más relevantes que introdujo la Ley de 1990 en el régimen de la nacionalidad contenido en el Código civil, respecto al establecido por la antigua Ley 51/1982. En cambio, la Ley 18/1990 sí introdujo un «trato diferenciado» entre los emigrantes españoles en materia de nacionalidad: según hayan emigrado o no a los países señalados en el vigente artículo 24.2º del Código civil.

En todo caso, el concepto de emigrante manejado por la Instrucción DGRN de 20 de marzo de 1991 se elabora teniendo en cuenta que la nueva regulación de la nacionalidad en el Código civil (cfr., Ley 18/1990) ha introducido tres hechos novedosos respecto al sistema establecido por la Ley 51/1982, de 13 de julio. En concreto, señala la Instrucción lo siguiente:

1º. Que en el apartado primero del artículo 24 del Código civil se ha cambiado el sistema establecido por la Ley 51/1982, de 13 de julio (cfr., antiguo art. 23.1º, in fine, CC):

■ «De un lado, se ha suprimido la posibilidad de que los españoles, que hubieran adquirido voluntariamente otra nacionalidad después de su emancipación, evitaran la pérdida *en ciertas condiciones* (v.gr., por razón de emigración: antiguo art. 23 CC), lo que se hacía constar en el Registro por medio de una inscripción de conservación de la nacionalidad».

■ «De otro lado, los españoles que tengan otra nacionalidad, además de la española, desde antes de su emancipación (que en la Ley de 1982 sólo perdían la nacionalidad española cuando, una vez emna-

cipados, renunciaran expresamente a ella en cualquier momento), hoy pueden perderla por utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera atribuida antes de la emancipación».

2º. Que «en armonía con el artículo 11.3º de la Constitución española, la adquisición, en cualquier momento, de la nacionalidad de los países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal sólo producirá la pérdida de la nacionalidad española si, cumplidos los restantes requisitos, existe un acto de renuncia expresa por el interesado a la nacionalidad española (art. 24.3º CC)».

3º. Que «ha desaparecido el régimen especial establecido por la Disposición transitoria de la Ley 51/1982, de 13 de julio, de modo que todos aquellos que hayan sido alguna vez españoles y hayan perdido esta nacionalidad sólo pueden recuperarla, en principio, cumpliendo los requisitos establecidos por el artículo 26 del Código civil».

A partir de todo ello se entiende que, habiendo desaparecido en el Código civil un régimen especial de nacionalidad para los emigrantes españoles, carece de sentido seguir manteniendo un concepto restrictivo de emigración, y, consecuentemente, se hace preciso ahora –en contra de la doctrina sentada por la Instrucción DGRN de 1983– adoptar un concepto más amplio (v. gr., el legal) de emigrante.

En este último sentido, la Instrucción DGRN de 20 de marzo de 1991 cambia la doctrina oficial sentada bajo la Ley anterior (cfr., Instrucción de 16 de mayo de 1983), prescindiendo del concepto vulgar y restrictivo de «emigrante», para aceptar otro más amplio y técnico. A partir de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, no puede ya cuestionarse que el concepto de emigrante contenido en la reforma de los arts. 17 a 26 del Código civil coincide con el concepto «legal» de emigrante deducido de los arts. 42 de la Constitución española; 2º de la Ley General de Emigración de 21 de julio de 1971, y art. XII del Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante hecho en Estrasburgo, el 24 de septiembre de 1977 (BOE de 18 de junio de 1983). Es emigrante, pues, quien traslada su domicilio de España al extranjero y adquiere la nacionalidad del país donde fija su domicilio, sin que importen los móviles subjetivos de dicha adquisición (Resolución DGRN 31 de marzo de 1990 [RJ 1990/3571]). Por ello, merecen la consideración de emigrante todos los nacidos en España, que viven en otro país (Resoluciones DGRN 28 de abril de 1999 [RJ 1999/10150] y 9 de abril de 1994 [RJ 1994/4034]).

2.2.3. La Ley 29/1995, de 2 de noviembre: hacia un concepto neutral de emigrante

La Ley 29/1995, de 2 de noviembre, no viene en principio a alterar el concepto técnico o legal de emigrante introducido por la Ley 18/1990, de modificación del Código civil en materia de nacionalidad; y ello aun

cuando afecte al único precepto del Código civil (art. 26 CC) que se refiere de forma expresa a los emigrantes españoles y sus hijos, al regular el régimen de la recuperación de la nacionalidad española previamente perdida. Más bien, por el contrario, la Ley 29/1995 viene a acentuar aún más si cabe el especial régimen de favor dispensado a los emigrantes españoles para recuperar la nacionalidad española previamente perdida, suprimiendo el trámite de dispensa por el Gobierno del requisito de acreditar la residencia legal en España, por ser excesivo y dilatorio. De tal forma que, a estos efectos, basta con la declaración de voluntad de recuperar la nacionalidad española y, en su caso, su renuncia a la nacionalidad anterior, salvo que se trate de naturales de los países de la llamada Comunidad hispánica, y la sucesiva inscripción de la recuperación en el Registro civil, para que los emigrantes o los hijos de emigrantes recuperen la nacionalidad española, y puedan ser acreedores, por un lado, al régimen de ayudas individuales asistenciales extraordinarias para emigrantes y retornados, reguladas en los programas de actuación contenidos en la Orden de 30 de diciembre de 1997 (RCL 1998/241 y 1440), y complementada mediante Resolución de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, de 10 de marzo de 1999 (RCL 1999/931), o al régimen de pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los emigrantes españoles, establecido en el Real Decreto 728/1993, de 14 de mayo (RCL 1993/2091), desarrollado por Orden de 1 de julio de 1993 (RCL 1993/2092) y Resolución de 10 de enero de 1996 (RCL 1996/378); y por otro lado, a la expedición del Certificado de la nacionalidad española, regulado por la Instrucción DGRN de 14 de abril de 1999, que, aun con valor de simple presunción (art. 340 RRC), satisface las exigencias contenidas en el Convenio del Consejo de Europa de 6 de noviembre de 1997 sobre nacionalidad y sirve para resolver cuestiones de prueba de la nacionalidad española que se plantean frecuentemente, sobre todo, a los españoles en el extranjero.

Como ocurriera con la Ley 18/1990, las previsiones sólo aplicables con anterioridad a los emigrantes españoles se extienden por igual a sus hijos, pero respecto a estos últimos la Ley 29/1995 requiere que 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 del Código civil los hijos de emigrantes que, habiendo nacido con posterioridad a la pérdida de la nacionalidad española de sus progenitores, no llegaron a ostentar en ningún momento la nacionalidad española. Se abre, pues, un concepto neutro de emigrante en la Ley 29/1995, que excluye de su concepto a los hijos de emigrantes españoles que nunca ostentaron la nacionalidad española. Para éstos, esto es, para las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español y nacido en España, se les

concedía por la Disposición transitoria primera de la Ley 29/1995 un plazo (hasta el día 7 de enero de 1997) para adquirir la nacionalidad española por derecho de opción. Agotado ese plazo, no queda a los hijos de emigrantes que nunca ostentaron la nacionalidad española, por haber nacido con posterioridad a la pérdida de la de sus progenitores, otra vía que la adquisición por residencia en el plazo de un año al amparo del artículo 22.1.f) del Código civil, si bien el precepto restringe la procedencia de ese plazo abreviado a los supuestos en que los progenitores hubieran sido españoles originariamente.

2.3. La nueva ordenación de la nacionalidad de los emigrantes españoles en la Ley 29/1995, de 2 de noviembre

2.3.1. *Las fases de la reforma de la nacionalidad de los emigrantes españoles*

La Ley 51/1982, de 13 de julio, que modificó los arts. 17 a 16 del Código civil sobre nacionalidad, introdujo sobre la base de los postulados recogidos en los párrafos 2º y 3º del artículo 11 de la Constitución española un régimen especial para los emigrantes de origen español. En concreto, la Ley 51/1982 protegió los intereses de los emigrantes españoles en materia de nacionalidad, en un doble sentido: por una parte, les permitía mantener o conservar la nacionalidad española a pesar de haber adquirido una nacionalidad distinta (cfr., art. 23.1º CC); y por otro, les facultaba para recuperar la nacionalidad española, sin previa residencia en España durante un año, y ello con la finalidad de «que no fueran considerados extranjeros en su propio país de origen» (art. 26 y Disp. Transitoria de la Ley 51/1982).

Por su parte, a pesar que en el Preámbulo de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, se señala que se respetaban las líneas esenciales de la regulación de 1982, lo cierto es que, en materia de nacionalidad de los emigrantes españoles, la Ley de 1990 vino a suprimir el régimen especial de nacionalidad «por razón de emigración». Así, en concreto, por un lado, se elimina la referencia que contenía el antiguo artículo 23 del Código civil a la conservación de la nacionalidad española por los emigrantes que hubieran adquirido otra nacionalidad; por otro, se introduce un régimen de recuperación de la nacionalidad de los emigrantes o hijos de emigrantes sometido a la dispensa (de carácter facultativo) por el Gobierno del requisito de la residencia legal en España; y por último, se impone y reintroduce en nuestro sistema el requisito de la renuncia previa a la nacionalidad extranjera adquirida por razón de emigración para recuperar la nacionalidad española (cfr., art. 26 CC [versión dada por Ley 18/1990] versus Disp. Transitoria Ley 51/1982).

En principio podría pensarse que, con ello, la Ley 18/1990 conseguiría simplificar y unificar el régimen de la pérdida y recuperación de la nacionalidad española. Sin embargo, lo cierto es que esta Ley de 1990 se vio obligada, por una parte, por imperativo del artículo 11.3º de la Constitución española a introducir un régimen especial de nacionalidad para los españoles que adquieran voluntariamente la nacionalidad de alguno de los países señalados en el art. 24.2º CC [hipótesis de doble nacionalidad, salvo renuncia expresa a la nacionalidad española (art. 24 CC), y recuperación de la nacionalidad española previamente perdida sin necesidad de renuncia a la nacionalidad extranjera (art. 26 CC)]. Pues bien, ese régimen especial de nacionalidad previsto para todos los españoles que adquieran la nacionalidad de alguno de los países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, beneficia principalmente a los emigrantes españoles que se trasladan a esos países, pero implica *principalmente* una diversificación en el régimen de la nacionalidad entre los españoles en general, y entre los emigrantes españoles en particular.

Por su parte, la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, viene a agilizar el régimen de la recuperación de la nacionalidad española por los emigrantes o hijos de emigrantes, suprimiendo el trámite de la dispensa por el Gobierno del requisito de la residencia legal en España. En efecto, como señala la Exposición de Motivos de la Ley 29/1995, «uno de los requisitos exigidos por la legalidad vigente (art. 26 CC, según versión dada por Ley 18/1990) para la recuperación de la nacionalidad española es el de que el interesado sea residente legal en España. Si bien ese 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*. El propósito de la Ley 29/1995 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. Cuando la pérdida de la nacionalidad española haya tenido lugar con independencia del fenómeno migratorio, se mantiene la necesidad de que el interesado sea residente legal en España, si bien esa exigencia puede ser dispensada, no ya por el Gobierno, sino por el Ministro de Justicia e Interior [rectius, hoy, el Ministro de Justicia]». Por tanto, mientras la Ley 18/1990 prescinde de la emigración como categoría jurídica hábil para otorgar un régimen excepcional de nacionalidad, sin contradecir por ello el artículo 42 de la Constitución, la Ley 29/1995 viene a reintroducir en nuestro sistema de nacionalidad un régimen especial a los emigrantes o hijos de emigrantes que pretenden recuperar la nacionalidad española, eliminando la nece-

sidad de probar la residencia legal en España («volver al Reino» decía el art. 21 del Código civil en su versión originaria; o «radicarse en España» según la versión de la Ley 14/1975), pero manteniendo la diversidad de regímenes de recuperación de la nacionalidad española entre los emigrantes que adquirieron la nacionalidad de alguno de los países de la llamada «Comunidad hispánica» (sistema de recuperación más favorable, por no exigir la declaración de renuncia a la nacionalidad anterior) y los demás emigrantes españoles.

2.3.2. Rasgos característicos de la nacionalidad de los emigrantes españoles

En línea de principios, podríamos subrayar cuatro rasgos característicos en el régimen de la nacionalidad de los emigrantes españoles:

■ La Ley 18/1990 ha eliminado el único supuesto de *conservación* de la nacionalidad española que se preveía bajo la legislación anterior: *por razón de emigración* (cfr. antiguo art. 23.1º, in fine, CC). Ello no es más que una consecuencia lógica del principio general según el cual el español emancipado –según la ley española– que reside fuera de España durante tres años y adquiere voluntariamente otra nacionalidad, pierde «voluntariamente» su nacionalidad de origen. Por ello, la referencia que el antiguo art. 23 CC hacía a los emigrantes como categoría que habilita para «conservar» la nacionalidad española ha desaparecido en la vigente regulación de la nacionalidad en el Código civil (cfr., art. 24 CC).

■ La Ley 29/1995 –como ya hiciera la Ley 18/1990–, solo tiene en cuenta a la «emigración» –como categoría jurídica– para reconocer a los emigrantes españoles y a sus hijos un especial régimen «favorable» en materia de recuperación de la nacionalidad española previamente perdida (art. 26.1 CC), suprimiendo la necesidad de instar el trámite de dispensa del requisito de la residencia legal en España previsto en la Ley 18/1990. Por tanto, ha desaparecido el régimen especial de nacionalidad española «por razón de emigración».

■ La Ley 29/1995 –como ya hiciera la Ley 18/1990– ha ampliado el ámbito de posibles beneficiarios de ese régimen favorable de recuperación de la nacionalidad española a los emigrantes y a sus hijos, esto es, no sólo a los hijos de emigrantes españoles que se trasladan al extranjero con sus progenitores (tesis de la Instrucción DGRN de 16 de mayo de 1983), sino también a los hijos de emigrantes españoles nacidos en el extranjero, siempre que en ellos concurra la circunstancia de estar «bajo la custodia» del emigrante español (tesis de la Instrucción DGRN de 20 de marzo de 1991).

■ Los hijos de emigrantes españoles, hayan o no nacido en España, son españoles de origen si «al tiempo de su nacimiento» cualquiera de sus progenitores no hubieran perdido su nacionalidad española de origen (cfr., art. 17.1º a CC). Por el contrario, si el hijo nació en el extranjero después que el progenitor-emigrante hubiera perdido la nacionalidad española de origen, seguirá la nacionalidad extranjera del progenitor. Ahora bien, si posteriormente, durante la menor edad del hijo, el progenitor-emigrante hubiera recuperado la nacionalidad española de origen, previamente perdida, el artículo 20 del Código civil otorga al hijo de emigrante el derecho de optar por la nacionalidad española –no de origen– en el plazo y condiciones señalados en el precepto. Caducado este derecho, le quedará expedita –como a cualquier hijo de emigrante español que hubiera perdido esta nacionalidad– la vía de la naturalización por residencia legal en España durante el plazo privilegiado de un año previsto en la letra f) del artículo 22.2º del Código civil. Esta naturalización exige, en todo caso, que se acredite buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española (art. 22.4º CC), en el oportuno expediente regulado en los artículos 220 a 235 y 365 a 369 del Reglamento de Registro civil, cuya instrucción corresponde a la Dirección General de los Registros y del Notariado, si bien la decisión compete al Ministro de Justicia (art. 21.2 CC), y hoy, por delegación (OO. De 15 de octubre y 22 de octubre de 1980 y 9 de diciembre de 1982) al Director General de los Registros y del Notariado.⁷ Alternativamente a ello, la Disposición transitoria pri-

⁷ En todo caso, como señala la Instrucción DGRN de 20 de marzo de 1991, «en el expediente de concesión de nacionalidad por residencia es preciso, en su caso, que el representante legal del menor de catorce años o del incapacitado obtenga previamente a la solicitud la autorización del Juez o Cónsul Encargado del Registro civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal, que se concederá en atención al interés del menor o incapaz». La solicitud se presentará en el registro civil del domicilio del solicitante (ahora a cargo del Juez de Primera Instancia, art. 85 LOPJ), e irá dirigida al Ministro de Justicia (hoy, Director General de los Registros). En todo caso, dado que la prueba de los hechos señalados en la solicitud corresponde al peticionario, y especialmente la «buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española» (art. 22.4 CC), cobra una especial importancia el trámite establecido en el último inciso del artículo 221 RRC, es decir, la obligación del encargado de oír personalmente al peticionario, «especialmente para comprobar el grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles (cfr., Instrucción DGRN de 20 de marzo de 1991). Practicado lo anterior, se pasarán las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitirá informe dentro del tercer día (art. 352.5º RRC), terminándose esta fase con la propuesta del Encargado instructor y la elevación de lo actuado a la Dirección General de los Registros y del Notariado. El Director General (por delegación del Ministro de Justicia) resolverá, previo informe del Servicio correspondiente (de la nacionalidad y el estado civil, art. 367 RRC). La resolución podrá denegar la concesión no sólo «por motivos de orden público o interés nacional» (art. 22.1 CC), sino, por la

mera de la Ley 29/1995, concedió a las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español y nacido en España, un derecho de opción a la nacionalidad española, en forma transitoria, esto es, desde la fecha de entrada en vigor de la Ley de 2 de noviembre de 1995 hasta el 7 de enero de 1997⁸.

3. Requisitos para la recuperación de la nacionalidad española: artículo 26 del Código civil

En línea de principio, la recuperación de la nacionalidad supone el ejercicio de una facultad que se concede a quien perdió la nacionalidad española para volver a adquirirla, mediante el cumplimiento de unos requisitos que son distintos según cuál sea la causa de la pérdida. Por ello, el ejercicio de ese derecho de recuperación presupone que el interesado ha incurrido previamente en causa de pérdida de la nacionalidad española.⁹

En todo caso, la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, que sigue en líneas generales a las anteriores Leyes 18/1990, de 17 de diciembre, y 51/1982, de 13 de julio, de reforma del Código civil en materia de nacionalidad, distingue dos clases de recuperación que se corresponden con las dos causas de pérdida de la nacionalidad previstas en el artículo 24 del Código civil: recuperación voluntaria y por rehabilitación. En otras palabras, el artículo 26 del Código civil prevé la recuperación de la nacionalidad para aquellos que la hubieran perdido por adquirir voluntariamente otra de conformidad con el artículo 24 del Código civil, y posibilita, asimismo, la recuperación para los españoles no originarios privados de la nacionalidad por las circunstancias previstas en el artículo 25 del mismo Código civil.

ausencia de los requisitos exigidos por el art. 21 CC, o por la falta de cualquiera de los demás que detalla el art. 22 CC. En todo caso, la resolución denegatoria de la concesión de la nacionalidad por residencia habrá de estar motivada suficientemente, a fin de permitir el control jurisdiccional previsto en el párrafo 5º del artículo 22 del Código civil.

⁸ Este mismo derecho de opción a la nacionalidad española había sido concedido, también en forma transitoria –entre el 7 de enero de 1991 y el 7 de enero de 1994–, por la Disposición transitoria tercera de la Ley 18/1990, a los hijos de emigrantes españoles «que será concedida en todo caso si reside legalmente en España en el momento del ejercicio de la opción y cumple con las condiciones previstas en los artículos 20 y 23 del Código civil» (cfr., Instrucción DGRN de 20 de marzo de 1991).

⁹ Como señala DE CASTRO, «la institución de la recuperación de la nacionalidad está íntimamente ligada a la pérdida de la nacionalidad toda vez que descansa en dos elementos: el hecho de haber sido español en algún momento y la voluntad de cambiar de estado, haciéndose español» (vid., Derecho civil de España. Derecho de la persona, t. II, Madrid, 1952, p. 438).

Ahora bien, en relación con la legislación inmediatamente anterior, la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, por un lado, ha suprimido la regla establecida en la Ley 18/1990 según la cual «todos aquellos que hayan sido alguna vez españoles y hayan perdido esta nacionalidad sólo podrán recuperarla cumpliendo los requisitos generales establecidos en el artículo 26.1 del Código civil». Por el contrario, la Ley 29/1995 ha establecido un régimen «privilegiado» de recuperación de la nacionalidad española para los emigrantes, sus hijos y para la mujer española que hubiera perdido la nacionalidad española por razón de matrimonio, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 14/1975. Y por otro lado, consecuentemente, la Ley 29/1995 ha reintroducido en nuestro sistema de nacionalidad un régimen especial de recuperación a favor de los emigrantes y sus hijos –tal y como ya hiciera la Disposición transitoria de la Ley 51/1982–, suprimiendo para ellos el cumplimiento del requisito de la residencia legal en España (cfr., art. 26.1.a CC), y haciendo innecesaria la declaración de renuncia a la nacionalidad anterior cuando se trate de naturales de los países mencionados en el artículo 24 del Código civil (cfr., art. 26.1.b CC). En todo caso, ese tratamiento diferenciado trae causa del propósito de traducir el mandato del artículo 42 de la Constitución, así como mantener la coherencia con el párrafo segundo del artículo 24 del Código civil.

Por lo demás, el artículo 26 del Código civil sigue comprendiendo un requisito material o sustantivo, el de la residencia legal en España, y tres requisitos formales que conjuntamente habrán de cumplimentar los interesados en recuperar la nacionalidad española: la renuncia a la nacionalidad extranjera ante el encargado del Registro civil, la declaración ante éste de recuperar la nacionalidad española y la inscripción de esa recuperación en el Registro civil¹⁰.

3.1.1. Residencia legal en España: su prueba

Este requisito material procede de la Ley de 15 de julio de 1954 (cfr., art. 24 CC) y fue reimplantado en el texto del Código civil por Ley de 13 de julio de 1982, pero calificando las notas características que debían concurrir en la residencia. Así, el derogado artículo 26 CC –redactado conforme Ley 51/1982– no sólo exigía que la residencia en España fuera legal, sino además debía ser «continuada durante un año inmediatamente anterior a la petición». Con ello, la Ley 51/1982 imponía que el requisito de la residencia para recuperar la nacionalidad reuniera las mismas notas que exigía el antiguo artículo 22 CC (cfr., vigente art. 22.3º

¹⁰ En este sentido, *vid.*, DIEZ DEL CORRAL RIVAS, Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, coord. por M. Amorós y R. Bercovitz, Madrid, 1986, p. 155.

CC) a los efectos de la adquisición sobrevenida de la nacionalidad española por razón de residencia en España.

Ello no obstante, primero la Ley 18/1990 y más tarde la Ley 29/1995, han atenuado el rigor de este requisito sustantivo para recuperar la nacionalidad española previamente perdida: es suficiente que al tiempo de la solicitud de la recuperación de la nacionalidad el interesado resida «legalmente» en España.

Como señala Diez del Corral¹¹, «este concepto, desde luego, nada tiene que ver con el domicilio legal del Código civil o con el que señala a efectos procesales la Ley de Enjuiciamiento civil»; lo que se quiere expresar es que no es suficiente la simple residencia de hecho, esto es, el mero asentamiento en España. Las normas básicas a este respecto son hoy, por un lado, los arts. 29 a 35 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre [RCL 2000/2963], de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero [RCL 2000/72], sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; y por otro lado, la Directiva CEE de 28 de junio de 1990 (DOCE, 13 de julio) relativa al derecho de residencia, aplicable –entre otros– a los emigrantes españoles que adquirieron la nacionalidad de alguno de los países de la Unión Europea.¹²

En todo caso, los extranjeros pueden encontrarse en España en las situaciones de estancia, residencia temporal y residencia permanente, debiendo ser autorizadas por el Ministerio del Interior estas dos últimas situaciones, así como la prórroga de estancia (art. 29.1 y 2 L.O. 4/2000). Ahora bien, la condición de «extranjero residente» en España únicamente la tienen «los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente» (cfr., art. 29.3 L.O. 4/2000), lo que supone que, a los efectos del artículo 26 del Código civil, el requisito del artículo 26.1.a) («ser residente legal en España») será cumplido por aquellos extranjeros que estén en cualquiera de las situaciones previstas en los artículos 31 y 32 de la Ley Orgánica 4/2000, es decir, en situación

¹¹ Vid., DIEZ DEL CORRAL RIVAS., Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, coord. por M. Amorós y R. Bercovitz, Madrid, 1986, p. 155.

¹² Ténganse en cuenta, además, lo dispuesto en el Real Decreto 142/2001, de 16 de febrero [RCL 2001/438], por el que se establece los requisitos para la regularización prevista en la disposición transitoria 4ª de la Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; así como el Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero [RCL 2000/492] por el que se establece el procedimiento para la regularización de extranjeros prevista en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y la Resolución de 16 de marzo de 2000 (publicada mediante Resolución de 20 de marzo de 2000 [RCL 2000/778], por la que se aprueban las instrucciones relativas al procedimiento de regularización de extranjeros, previsto en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

de residencia temporal o de residencia permanente.¹³ Así, pues, la «legalidad» de la residencia quedará probada cuando, al tiempo de la solicitud de la recuperación de la nacionalidad española, el interesado se haya provisto del «permiso de residencia» autorizado por el Ministerio del Interior, o en su caso, el «permiso de residencia de nacional de un Estado

¹³ El artículo 31 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, redactado conforme a la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, dispone: «1. La residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años. Las autorizaciones de duración inferior a los cinco años podrán prorrogarse a petición del interesado si concurren circunstancias análogas a las que motivaron su concesión. La duración de las autorizaciones de residencia temporal y de sus prórrogas se establecerá reglamentariamente. 2. La situación de residencia temporal se concederá al extranjero que acredite disponer de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el período de tiempo por el que la solicite sin necesidad de realizar actividad lucrativa, se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena y haya obtenido la autorización administrativa para trabajar a que se refiere el artículo 36 de esta Ley, o sea beneficiario del derecho a la reagrupación familiar. Reglamentariamente se establecerán los criterios a los efectos de determinar la suficiencia de los medios de vida a que se refiere el presente apartado. 3. La Administración podrá conceder el permiso de residencia temporal a los extranjeros que en su momento hubieran obtenido tal permiso y no lo hubieran podido renovar, así como a aquellos que acrediten una permanencia en territorio español durante un período mínimo de cinco años. Reglamentariamente se determinarán los requisitos para acceder a la residencia temporal por esta vía, en especial por lo que se refiere a la justificación de medios económicos de subsistencia, y permanencia de forma continuada en el territorio español. 4. Podrá otorgarse un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos previstos legalmente. 5. Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar el permiso de residencia a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados, o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena. 6. Los extranjeros con permiso de residencia temporal vendrán obligados a poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios de nacionalidad y domicilio. 7. Excepcionalmente, por motivos humanitarios o de colaboración con la Justicia, podrá eximirse por el Ministerio del Interior de la obligación de obtener el visado a los extranjeros que se encuentren en territorio español y cumplan los requisitos para obtener un permiso de residencia. Cuando la exención se solicite como cónyuge de residente, se deberán reunir las circunstancias de los artículos 17 y 18 y acreditar la convivencia al menos durante un año y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año».

Por su parte, el artículo 32 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, redactado conforme a la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, dispone: «1. La residencia permanente es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles. 2. Tendrán derecho a residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada. Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente hayan abandonado el territorio nacional temporalmente. Con carácter reglamentario y excepcionalmente se establecerán los criterios para que no sea exigible el citado plazo en supuestos de especial vinculación con España».

miembro de la Unión Europea» (cfr., art. 2º Directiva CE de 28 de junio de 1990). Si el interesado deja en cualquier momento de estar amparado por el preceptivo permiso de residencia, el período anterior de residencia legal deviene irrelevante; y, en todo caso, puesto que el artículo 31 de la Ley Orgánica 4/2000 establece que la validez máxima de los permisos de residencia temporal y sus prórrogas será de cinco años, el encargado de la tramitación del expediente de recuperación de la nacionalidad habrá de observar si el permiso de residencia temporal está o no caducado, o si se haya en situación legal de residencia permanente, en cuyo caso hará prueba plena de ser residente legal en España.

3.1.1.1. Exención de la residencia: supuestos

La Ley 29/1995, de 2 de noviembre, ha suprimido definitivamente 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, expresamente, la Exposición de Motivos de la Ley 29/1995 establece 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». Por tanto, cuando la pérdida de la nacionalidad española haya tenido lugar con independencia del fenómeno migratorio, se mantiene la necesidad de que el interesado sea residente legal en España, si bien esta exigencia puede ser dispensada, no ya por el Gobierno, sino por el Ministro de Justicia. Con ello, pues, la Ley 29/1995 se separa de la orientación legislativa anterior (Ley 18/1990), que, posiblemente por el ánimo de derogar la truculenta figura de la dispensa obligatoria introducida por la Ley 51/1982, dotó a la misma del carácter discrecional que de ella se presume, si bien «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*».¹⁴ La supresión de ese trámite de dispensa a la residencia legal en España se extiende también a la mujer española que hubiera seguido la nacionalidad extranjera de su marido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 14/1975, y que no se incluye expresamente en el texto del artículo 26 del Código civil por considerar al legislador que se trata de una situación transitoria que, coherentemente, debía ser regulada en la disposición transitoria segunda de la Ley 29/1995.

¹⁴ Sobre el particular, vid., RODRÍGUEZ MORATA, F., «La nacionalidad de los emigrantes españoles en la Ley 18/1990, de Reforma del Código civil», en *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, 1991, nº 11 y 12, pp. 385 a 426.

En cuanto a los hijos de emigrantes españoles, únicamente quedan dispensados de residir legalmente en España para recuperar la nacionalidad española aquellos hijos de emigrantes españoles que hubieran ostentado en algún momento de su vida la nacionalidad española, independientemente del lugar de su nacimiento. Así, quienes no nacieron en España por haberse iniciado ya el periplo migratorio de sus padres y habían obtenido la nacionalidad española exclusivamente *iure sanguinis*, les son de aplicación las reglas especiales de recuperación de la nacionalidad española previstas para los hijos de emigrantes. No se comprenden, sin embargo, en el régimen privilegiado del artículo 26 del Código civil los hijos de emigrantes españoles que, habiendo nacido con posterioridad a la pérdida de la nacionalidad española por sus progenitores, no llegaron a ostentar en ningún momento la nacionalidad española. Para estos últimos, la disposición transitoria primera de la Ley 29/1995 previó la posibilidad de un derecho de opción a la nacionalidad española, de carácter transitorio, esto es, si formalizaban su declaración de opción «antes del día 7 de enero de 1997». En otro caso, no queda a los hijos de emigrantes que nunca ostentaron la nacionalidad española, por haber nacido con posterioridad a la pérdida de la de sus progenitores, otra vía que la adquisición por residencia en el plazo de un año al amparo del artículo 22.1.f) del Código civil, si bien éste restringe la procedencia de dicho plazo abreviado a los supuestos en que los progenitores hubieran sido españoles originariamente¹⁵.

En cuanto a los restantes descendientes (v.gr., nietos) del emigrante español, que hubieran ostentado con anterioridad la nacionalidad española para después perderla, la doctrina¹⁶ se muestra pacífica en considerar que no se ven beneficiados por la exclusión del requisito de la residencia legal en España, pues la supresión de dicho requisito es exclusivamente predicable de los emigrantes y sus hijos, por lo que habrán de acreditar dicha residencia u obtener la dispensa del Ministro de Justicia, que, como ya ocurriera bajo la Ley 18/1990, salvo supuestos excepcionales, la misma habrá de serles concedida por concurrir en ellos las circunstancias excepcionales a que sujeta su procedencia el artículo 26.1.a), in fine, del Código civil.

3.1.1.2. Significado actual de la dispensa de residencia

El artículo 26.1.a), in fine, del Código civil señala que, eximidos del requisito de la residencia legal en España a los emigrantes y a sus hijos

¹⁵ Idénticas consideraciones habrá que mantener con respecto al caso del cónyuge no español de emigrante originariamente español.

¹⁶ Por todos, vid., GIL RODRÍGUEZ-ANGOTIA GOROSTIZA, Comentarios..., op. cit., p. 179.

–también la mujer española que hubiera perdido la nacionalidad española por razón de matrimonio, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 14/1975– para recuperar la nacionalidad española, «en los demás casos podrá ser dispensado por el Ministerio de Justicia e Interior [rectius: Ministro de Justicia] cuando concurren circunstancias excepcionales».

En efecto, desaparecido afortunadamente el Ministerio de Justicia e Interior, la dispensa de este requisito corresponde al Ministro de Justicia, instruyéndose el expediente por el encargado del Registro del domicilio del peticionario, o, en su caso, el cónsul de su domicilio, o, en su defecto, el encargado del Registro Central (art. 365 RRC), debiéndose tener presente los criterios hermenéuticos establecidos en la Orden de 11 de julio de 1991 sobre tramitación de expedientes de dispensa del requisito de residencia en España. A estos efectos, si bien la concurrencia de «circunstancias excepcionales» ex art. 26.1.a), in fine, del Código civil, puede ser apreciada discrecionalmente, «se valorarán, entre otras, además de la ausencia de antecedentes penales, la adaptación a la cultura española y el conocimiento del idioma, las actividades profesionales, sociales, culturales o benéficas a favor de intereses o asociaciones españolas y cualquier otra circunstancia que denote una particular vinculación con España del interesado y de su familia» (Orden de 11 de julio de 1991). Ahora bien, la resolución del Ministro de Justicia sobre la denegación de la dispensa del requisito de la residencia legal en España, no está sometida a control judicial, puesto que, aún concurriendo las circunstancias excepcionales en la persona del peticionario, es de absoluta discrecionalidad del Ministro de Justicia apreciarlas positivamente para la concesión. Se plantea, en cambio, la posibilidad de control judicial en el caso de concesión de la dispensa. Cabe su impugnación judicial cuando, al margen de la apreciación discrecional de las circunstancias excepcionales, existan irregularidades relevantes en su tramitación: falta de petición, de capacidad o de representación del peticionario, total o esencial del expediente. Estarán legitimados, según los casos, el propio beneficiario, algún tercero con interés legítimo o el Ministerio Fiscal. La impugnación deberá tramitarse ante la jurisdicción civil, de acuerdo con el juicio declarativo que corresponda, interviniendo en todo caso el Ministerio Fiscal como demandado y en defensa de la legalidad (art. 22.1 LOPJ, 92 LRC y 3.6 EOMF). Surge la duda sobre la impugnabilidad judicial de la concesión de la dispensa cuando no concurren circunstancias excepcionales en el interesado. Aunque ciertamente cabe el control de la discrecionalidad atribuida al Consejo de Ministros, en este caso a través de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 2.a de la Ley 29/1998), el margen para el ejercicio de semejante control judicial no puede ser sino escaso.

3.1.2. *Declaración ante el Encargado del Registro civil de la voluntad de recuperar la nacionalidad española*

Se trata de una declaración por la que se manifieste la voluntad de recuperar la nacionalidad española previamente perdida y que, en todo caso, habrá de efectuarse de una forma personal y solemne, pero sencilla, ante el Encargado del Registro civil. En todo caso, esta declaración se rige por las mismas reglas (art. 228.2 RRC) que la declaración de opción del artículo 20 del Código civil.

Los menores de catorce años y los incapacitados podrán recuperar la nacionalidad española mediante declaración de su representante legal. La existencia de incapacidad se apreciará de acuerdo con la Ley española (art. 12.1 CC), aunque será representante legal el designado o los designados por la ley extranjera del menor o del incapacitado (RDGRN 16 abril 1993 [RJ 1993, 3235]. No obstante, por aplicación del orden público español podrá exigirse, en su caso, que formulen la solicitud conjuntamente los dos progenitores del menor (RDGRN 6 marzo 1999 [RJ 1999, 10117]. Es preciso, en este caso, la autorización del encargado del Registro civil del domicilio de este último, atendiendo únicamente al interés del mismo, previo dictamen del Ministerio Fiscal. En los Registros consulares el dictamen será emitido por las personas designadas en el artículo 54 RRC.

Desde los catorce años hasta la emancipación o los dieciocho años se permite que sea el peticionario quien declare, asistido por su representante legal, de acuerdo con la ley extranjera (régimen de asistencia). Se extiende al incapacitado cuando así lo permita la sentencia de incapacitación: lo que habrá de determinarse de acuerdo con la ley española.

La declaración de voluntad de recuperar la nacionalidad española podrá realizarse mediante comparecencia ante el encargado del Registro correspondiente al lugar del nacimiento o al del domicilio (arts. 46 y 64 LRC y 226 y ss. RRC y declaración 4ª de la Instrucción DGRN de 20 marzo 1991), aunque la calificación definitiva corresponda al encargado del Registro del lugar del nacimiento (RDGRN 26 febrero 1999 [RJ 1999, 10114]). La declaración complementaria –asistencia– de un representante legal puede formalizarse en escritura pública o en acta registral distinta a la que recoja la declaración. En el caso del artículo 26 del Código civil, la declaración debe hacerse ante el encargado del Registro civil del domicilio del peticionario (aunque sea distinto del correspondiente al representante declarante), puesto que es él quien debe autorizarla.

3.1.3. *Renuncia a la nacionalidad española*

Se trata de una declaración de voluntad que habrá de efectuarse simultáneamente a la de recuperación y cuya finalidad no es otra que la de renunciar a la nacionalidad que se tuviera en el momento de la recuperación. Basta con la declaración de renuncia a la anterior nacionalidad, cualquiera que sea su eficacia para la ley nacional anterior del interesado. Por ello, cabe pensar que nuestro Ordenamiento jurídico no exige una renuncia «efectiva» a la nacionalidad extranjera, por lo que en ocasiones la renuncia no evitará situaciones de doble nacionalidad. Ello es así porque, como indicara la Resolución DGRN de 24 de septiembre de 1971, entender de otro modo el requisito equivaldría a supeditar la adquisición de la nacionalidad española a las particulares concepciones de los Derechos extranjeros. En todo caso, se exceptúa de la renuncia a la nacionalidad anterior a los nacionales de origen («naturales») «de países iberoamericanos (incluyen a Puerto Rico [RDGRN 30 septiembre 1996 [RCL 1997, 1396]], Andorra, Guinea Ecuatorial o Portugal» (arts. 24.2 CC y 11.3 CE).

3.1.4. *Inscripción de la recuperación en el Registro civil*

Esta inscripción, que se incorporará en el Registro civil al margen del asiento de nacimiento del interesado, tiene carácter constitutivo de la adquisición de este estado civil (art. 330 CC), lo que viene corroborado por el carácter imperativo del artículo 26 del Código civil.

En todo caso, el asiento de inscripción de la recuperación de la nacionalidad española no requiere que se inste la tramitación de un verdadero expediente, sino que se basa en una declaración de voluntad que, si se formula ante el Encargado competente es inscribible directamente, previa la calificación oportuna de éste, y si se realiza ante el Encargado del Registro civil del domicilio del interesado, dará lugar a un acta por duplicado, uno de cuyos ejemplares se remitirá al Registro competente (arts. 64 LRC y 228 y 229 RRC).¹⁷ Por lo demás, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 64.3 LRC, habrá que considerar a todos los efectos como fecha de la inscripción la fecha del acta por duplicado, que habrá de constar en el asiento respectivo.

En todo caso, dado que en el Registro civil no juega el principio de tracto sucesivo, podrá inscribirse directamente la recuperación sin necesidad de que exista, o se extienda previamente, el asiento de la pérdida de la nacionalidad española (arts. 67 LRC y 232 RRC).

¹⁷ Como señala DÍEZ DEL CORRAL RIVAS (vid., Comentarios..., op.cit., p. 158, nota 7), «si el que quiere recuperar se encuentra en país extranjero en que no exista Agente Diplomático o Consular español, seguramente podrá hacerlo mediante documento debidamente autenticado al Ministerio de Asuntos Exteriores (arg. ex art. 230 RRC)».

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 civil 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 (Instrucción DGRN de 16 de mayo de 1983). En efecto, en materia de inscripción de la recuperación de la nacionalidad está vigente el régimen especial del artículo 227 RRC (valor de las inscripciones para mayor seguridad), en virtud del cual la simple declaración de voluntad de recuperar por sí sola la nacionalidad es inscribible, sin necesidad de haber sobrevenido otros hechos, en las hipótesis de recuperación de la nacionalidad española perdida por naturales de alguno de los países mencionados en el artículo 24 del Código civil, y en los que concurra la condición de emigrantes o hijos de emigrantes españoles (art. 26.1.b CC). Y ello es así puesto que estos últimos pueden recuperar la nacionalidad española cumpliendo exclusivamente con los requisitos de la declaración de voluntad de recuperar la nacionalidad española y su inscripción en el Registro civil.

4. La habilitación discrecional previa del Gobierno: supuestos ex artículo 26.2 del Código civil

El artículo 26 del Código civil prevé dos clases o modos de recuperar la nacionalidad española: voluntaria, prevista en el art. 26.1 CC; y por rehabilitación, referida en el art. 26.2 CC. En este último caso, además del cumplimiento de los requisitos generales para la recuperación de la nacionalidad española, el art. 26.2 CC exige que el interesado obtenga una especial habilitación del Gobierno en dos casos: a) en el caso de aquellas personas que haya sido privados de su nacionalidad española no de origen conforme al artículo 25 del Código civil; y, b) cuando se trate de personas que hayan perdido la nacionalidad española «sin haber cumplido el servicio militar español o la prestación social sustitutoria».

La habilitación contemplada en el artículo 26.2 CC deberá concederse mediante acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Justicia (arts. 223.1 RRC y 25.d Ley 50/1997). El expediente será instruido por la Dirección General, que podrá comisionar al efecto al encargado del Registro civil del domicilio (art. 365.3 RRC) sobre la solicitud, acreditación de circunstancias e informes procedentes (artículo

los 220 a 222 RRC). Desde luego, no parece posible someter a control judicial su denegación o concesión, puesto que en este caso no existe «elemento reglado» alguno concreto que respetar (art. 2.a LJCA). El expediente no puede acumularse, en su caso, con el correspondiente a la dispensa de residencia del artículo 26.1.a) CC (art. 347 RRC). Una vez obtenida, será el momento de solicitar la recuperación, con esa dispensa de residencia en su caso (Orden de 11 de julio de 1991).¹⁸

4.1. Privación de la nacionalidad española no originaria: artículo 25 del Código civil

La habilitación comprende a todos los españoles no originarios¹⁹ que fueron privados de la nacionalidad española en base al artículo 25.1.b) y, en principio, en atención al artículo 25.2 del Código civil (art. 26.2.a CC), es decir, cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno español (art. 25.1.b CC), o cuando por sentencia firme se declare que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española.

Después de la reforma del Código penal, sólo subsiste la posibilidad de privar de nacionalidad a los españoles que no sean de origen, mediante acuerdo del Gobierno (art. 25.1.b CC), esto es, del Consejo de Ministros (art. 25.d Ley 50/1997, del Gobierno), que se inscribirá en el Registro civil, aunque su eficacia no depende de ello (art. 67 LRC). Cabe aceptar que el acuerdo de prohibición se refiera no sólo a una o varias personas concretas, sino a un colectivo. No parece que pueda considerarse vigente el Decreto de 28 de diciembre de 1967, que privaba de nacionalidad a todos los españoles que prestasen «voluntariamente servicio de armas en país extranjero» (RDGRN 19 diciembre 1997). Cabe aceptar también que la prohibición sea «a priori», en vez de «a posteriori». Sin acuerdo no hay privación, aunque tenga lugar alguno de los supuestos que justifique su adopción: entrar voluntariamente al servicio de armas o ejercer cargo político en un Estado extranjero. Desde luego, cargo

¹⁸ Desde luego, la habilitación se extiende también a la adquisición para evitar que a través de ella se pueda defraudar la exigencia establecida para la recuperación de la nacionalidad española.

¹⁹ De acuerdo con el artículo 11.2 de la Constitución española no cabe privar de nacionalidad a los españoles de origen, lo que queda recogido expresamente en el artículo 25 del Código civil. Además, en estos momentos el artículo 25.1.a) del Código civil [«los españoles que no lo sean de origen perderán la nacionalidad: a) cuando por sentencia firme fueren condenados a su pérdida, conforme a lo establecido en las leyes penales»] carece de eficacia, puesto que la pena de pérdida de la nacionalidad española ha quedado suprimida por el nuevo Código penal [art. 33 L.O. 10/1995].


político comprende los altos cargos públicos, cualquiera que sea el poder constitucional (legislativo, ejecutivo y judicial) en el que se integre.

En cuanto a la sentencia firme a que se refiere el artículo 25.2 CC, deriva de un procedimiento declarativo ante la jurisdicción civil. Sólo así cabe entender la participación prevista para el Ministerio Fiscal. Ahora bien, en determinadas cuestiones de adquisición de nacionalidad por carta de naturaleza o residencia (art. 21 y 22 CC) se atribuyen la competencia del control judicial a la jurisdicción contencioso administrativo. En tales casos, como señala R. Bercovitz²⁰, la sentencia firme corresponderá a un procedimiento contencioso administrativo, pero en realidad no se trata de un supuesto de pérdida en sentido propio, sino de una sentencia de nulidad basada en alguna irregularidad grave (falsedad, ocultación, fraude), que afecte esencialmente a los requisitos de la adquisición, revelándose así (sentencia declarativa) que la adquisición no tuvo lugar, con la eficacia retroactiva consiguiente. Ahora bien, si ello es así, ¿cómo entender que puede recuperar la nacionalidad española quien nunca la había adquirido? A mi juicio, la nulidad de la adquisición de la nacionalidad española no originaria (art. 25.2 CC) impide el ejercicio de la recuperación ex artículo 26 del Código civil. De ello, en suma, deriva que el único supuesto de habilitación discrecional previa del Gobierno a la recuperación de la nacionalidad española no originaria, podrá tener lugar en el supuesto contemplado en el artículo 25.1.b) del Código civil, es decir, cuando el español que no lo sea de origen fue privado de la nacionalidad española por entrar voluntariamente al servicio de armas o ejercer cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno.

4.2. Pérdida voluntaria de la nacionalidad española e incumplimiento del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria

La habilitación prevista en el artículo 26.2 CC se extiende también a quienes perdieron la nacionalidad española sin haber cumplido el servicio militar español o la prestación social sustitutoria, estando obligado a ello (L.O. 13/1991, del servicio militar, y Ley 6/1996, reguladora del voluntariado social), siempre que el interesado no sea mayor de cuarenta años al solicitar la recuperación. Con ello, se pretende evitar que la pérdida (del art. 24 CC) y la recuperación se utilicen para defraudar el deber que tienen los españoles de defender a España (arts. 30 CE y 1º L.O. 13/1991), pues hay que tener en cuenta que tanto las mujeres como los mayores de treinta años están exentos del servicio militar.

²⁰ Vid., Comentarios al Código civil, coord. por R. BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 136 (de próxima publicación).

En todo caso, la reciente supresión de la obligatoriedad de la prestación del servicio militar, hace del artículo 26.2.b) del Código civil una previsión legal de carácter simplemente temporal, pues únicamente puede afectar a quienes perdieron la nacionalidad española en una época donde regía en España la obligatoriedad de la prestación del servicio militar o de la prestación social sustitutoria. A tal efecto, la L.O. 13/1991, de 20 de diciembre, estableció como causa de exención del servicio militar tener cumplidos los treinta años de edad, si bien no ha de olvidarse que, con anterioridad, dicho límite se fijaba en los treinta y cuatro años (art. 30 de la derogada Ley 19/1984, de 8 de junio). Desde ese punto de vista, parece digno de elogio la reducción por la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, de la edad de los cincuenta años hasta los cuarenta años establecidos en el art. 26.2, in fine, del Código civil, por más que ello implique un período de diez años en el que el que no está sujeto al cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria, continúe requiriendo la previa habilitación del Gobierno para recuperar la nacionalidad española. 

Bibliografía

- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, R., *Comentarios al Código civil*, coordinados por R. BERCOVITZ, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001 (obra en preparación).
- CADARSO PALAU, J., *Comentarios al art. 26, en Comentarios a las reformas del Código civil*, coordinadas por R. BERCOVITZ, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.
- DÍAZ GARCÍA, N., *La reforma de la nacionalidad, en Comentario a la Ley 18/1990, de 17 de diciembre*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.
- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J., *Comentario al art. 26, en Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinados por M. AMORÓS y R. BERCOVITZ, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.
- GARCÍA BUENO, M. P., Consolidación de la nacionalidad española, en *ADC*, 1992, pp. 929-1009.
- GIL RODRIGUEZ, J., y ANGOITIA GOROSTIZA, V., Comentario al art. 26, en *Comentarios al Código civil*, II, vol. 1º, coordinados por RAMS ALBESA, J., y MORENO FLÓREZ, R. M., J. M. BOSCH, Barcelona, 2000.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A., Comentario al artículo 11.1 y 2, en *Comentarios a la Constitución española de 1978, t. II*, dirigidos por Oscar ALZAGA VILLAMIL, Madrid, 1987.
- PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, t. I, vol. 3º*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1993.
- RODRÍGUEZ MORATA, F., La nacionalidad de los emigrantes españoles en la Ley 18/1990, de Reforma del Código civil, en *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, 1991, nº 11 y 12, -monográfico: Reformas del Código civil 1990/1991-, pp. 385-426.