

esto el donatario tendría derecho a imputarlos en su cuota por el valor que tenían en el momento de la muerte del padre. Es necesario recurrir a una distinción para obviar la iniquidad de la solución legal. En la colación existen dos fases: la primera, por la cual la colación es un aumento de la masa patrimonial porque no es una reunión ficticia; la segunda fase está constituida por la división, porque la imputación de los inmuebles es operación divisoria. Resulta, pues, que se puede corregir el error del legislador afirmando que lo que él dice se refiere a la primera fase, mientras en la realidad, el bien inmueble, entrando sin hipotecar en la sucesión, sigue las oscilaciones del valor de la masa.

Sobre la base de los tres problemas expuestos, el orador concluyó afirmando que el Derecho no es cosa arbitraria, sino un sistema lógico que refleja una lógica del obrar humano; el legislador crea las normas en base de las exigencias más diversas, aun cuando a veces no tienen plena consciencia de éstas. Incumbe al intérprete suplir estas deficiencias; y, por consiguiente, no puede estar demasiado ligado a la norma, aun no teniendo una capacidad creadora como la del «praetor» romano: de esta afirmación se desprende una valoración de la función del intérprete, incluso en vistas de la reforma legislativa.

Piero VERRUCOLI

II. RESOLUCIONES RELATIVAS AL REGISTRO CIVIL

RESOLUCION DE 29 DE MARZO DE 1946

Matrimonio de española con marroquí: Puede inscribirse en el Registro español.

(Nacionalidad: Los hijos de tal matrimonio son españoles

Vista la consulta elevada a este Centro por el Ministerio de Asuntos Exteriores por conducto de la Subsecretaría de este Departamento, transmitiendo la que a su vez le formula el señor Cónsul de la nación en Tánger, sobre transcripción en el Registro civil consular de los matrimonios canónicos contraídos en el extranjero por mujeres españolas con súbditos marroquíes e inscripción de nacimiento de los hijos habidos de tales matrimonios, los artículos 42, 75 y 76 del Código civil, las Reales Ordenes de 21 de junio de 1915 y 16 de marzo de 1921, las Resoluciones de este Centro de 11 de julio de 1914, 4 de junio de 1915 y 14 de diciembre de 1944, y demás preceptos de general aplicación, y

RESULTANDO: Que por la Subsecretaría de este Departamento se remitió la consulta que le formuló el señor Cónsul de la Nación en Tánger por conducto del Ministerio de Asuntos Exteriores acerca de la posibilidad de transcribir en los libros del Registro consular los matrimonios canónicos contraídos por mujeres españolas con súbditos marroquíes, ya que conservando éstas la nacionalidad española y siendo extranjero el cónyuge varón, parécete al consultante que en principio se opone a ello la R. O. de 16 de marzo de 1921, y que el problema se agrava cuando de dicho matrimonio nacen hijos, cuya inscripción en el Registro consular estima imposible a causa de las disposiciones vigentes en la materia.

CONSIDERANDO: Que estando reconocido el matrimonio canónico como forma hábil de celebración por el artículo 42 del Código civil y debiendo producir el mismo, una vez celebrado, todos los efectos civiles que en derecho procedan con relación a la persona y bienes de los cónyuges y descendientes, la certificación canónica que lo acredite es transcribible en los Registros consulares, y así lo han reconocido, entre otras disposiciones, las Resoluciones de 11 de julio de 1914, 4 de junio de 1915 y R. O. de 21 de junio de 1915.

CONSIDERANDO: Que no obsta a la anterior consideración el hecho de que la R. O. de 16 de marzo de 1921 haya declarado que tales matrimonios son transcribibles siempre que aparezca indudable la nacionalidad española del cónyuge varón, pues esta disposición se refiere al caso corriente de matrimonio de español con extranjera, pero no al de española con extranjero en los casos excepcionales en que ésta conserva o puede recuperar la nacionalidad española, en cuya hipótesis es transcribible el acta o partida sacramental donde el matrimonio conste.

En su virtud,

Esta Dirección General, de acuerdo con el dictamen emitido por la Comisión de Legislación Extranjera, ha acordado resolver la consulta formulada en el sentido de declarar transcribibles en los Registros consulares las certificaciones canónicas de matrimonios contraídos por mujeres españolas con súbditos extranjeros en los casos en que éstas conservan la nacionalidad española o puedan recuperarla conforme a las leyes, sin que obste a ello lo dispuesto por la R. O. de 16 de marzo de 1921, y que los hijos de tales matrimonios deben ser considerados como españoles en tanto no realicen la opción que les permite nuestro Código civil, y, por ende sus nacimientos son también inscribibles en los citados Registros civiles a cargo de los Agentes Diplomáticos y consulares de España en el extranjero.

COMENTARIO

El que la española que case con marroquí conserve su nacionalidad se deriva de que la Ley coránica no reconoce el matrimonio de un musulmán con un «rubi» ni, por consiguiente, concede la nacionalidad marroquí a la esposa; por ello, y en aplicación de la doctrina mantenida reiteradamente por la Dirección General de que la española que casa con extranjero no pierde la nacionalidad española si simultáneamente no adquiere la extranjera, en este caso se conserva la nacionalidad.

La inscripción del matrimonio en nuestro Registro es clara, ya que la Ley del Registro civil dispone (art. 4.º) que se inscribirán en el Registro a cargo de los Cónsules «los matrimonios que en él (extranjero) se contraigan por... un extranjero y un español que conserve su nacionalidad».

Más interesante es el problema de la nacionalidad de los hijos. El artículo 17 del Código civil consagra en su número 2.º el *ius sanguinis a matre* («hijos de padre o madre»), y tal precepto no sólo se aplica a los hijos naturales, sino también a los legítimos en aquellos casos en que la esposa conserve su nacionalidad. Normalmente, en estos casos se producirá una doble nacionalidad originaria, puesto que la ley del padre también concederá a los hijos la nacionalidad. Precisamente este es uno de los principales argumentos de los partidarios del *ius soli*, ya que pareciendo existir iguales motivos para que los hijos adquieran por descendencia la nacionalidad de la madre que la del padre, en caso de disconformidad se produce un conflicto. Pero hay que reconocer que las consecuencias de tal doble nacionalidad no son tan graves como otrora se pensaba, ya que el mismo puede ser fácilmente resuelto con la admisión de la oportuna opción, la cual tendrá en este caso la forma de una renuncia. Así vemos que en el Código francés de la nacionalidad de 1945 se impone a los hijos de madre francesa la nacionalidad francesa, excepto si ejercitan antes de los veintiún años la repudiación o declinación de la nacionalidad francesa. En la Resolución que comentamos se apunta al final la posibilidad de esta opción, lo cual está en consonancia con la doctrina mantenida por la Dirección de que en caso de doble nacionalidad originaria, la pérdida de nuestra nacionalidad puede tener lugar por su renuncia. Sin embargo, creemos que cuando se trate de marroquíes de la Zona del Protectorado español que ostenten al mismo tiempo la nacionalidad española, deberá prevalecer ésta, por la preferencia que debe

tener la ley del país protector en estos casos de conflictos de leyes¹. Claro es que esto no ocurrirá si se trata de marroquies de otras zonas, incluso, sin duda, la de Tánger.

RESOLUCION DE 12 DE JULIO DE 1949

Doble nacionalidad: Requisitos para su renuncia

Vista la consulta elevada a este Centro por la Dirección General de Seguridad acerca de si en vista de los documentos que remite procede o no considerar súbdito norteamericano a don G. R., los artículos 17, 18, 19 y 20 del Código civil, 97 y 99 de la Ley del Registro civil, 65 y siguientes del Reglamento de 13 de diciembre de 1870, la Resolución de este Centro de 11 de febrero de 1948 y demás disposiciones de general aplicación, y

RESULTANDO: Que por la Dirección General de Seguridad se remitió a esta Dirección General una copia simple del acta obrante en el legajo de actos de jurisdicción voluntaria existente en el Juzgado Comarcal de B., referente a la renuncia de nuestra nacionalidad llevada a cabo el día... por don G. R., de... años de edad, soltero, ebanista, natural de S. y vecino de B., donde dice residir desde hace unos veinte años, hijo de R. y de C., provisto de pasaporte expedido por el Consulado de E. en S., con el número..., quien en el cuerpo del acta reseñada declara ser su deseo trasladarse a D. y para ello precisa acreditar su renuncia expresa a cuantos derechos pueda tener en España, como extranjero avecindado por periodo mayor de quince años, por lo que hace la mencionada renuncia agregando que su vecindad en nuestra Nación no se halla inscrita en ningún Registro civil.

RESULTANDO: Que para mejor proveer se pidió por este Centro al Juzgado Comarcal correspondiente un testimonio de todas las actuaciones que en el mismo se hubieran practicado relativas a la renuncia objeto de la consulta, así como la certificación de los asientos que se hubieren extendido en el Libro de Ciudadanías con ocasión de ella, contestándose por el Juzgado requerido que en la indicada Sección 4.^a no aparece ningún asiento relativo a él y remitiendo copia certificada del acta ya reseñada en el Resultando anterior.

CONSIDERANDO: Que aunque nuestra legislación consagra de un modo principal el *ius sanguinis* como norma para la determinación de la nacionalidad, relegando a un papel secundario el *ius soli*, otras legislaciones—especialmente las americanas—atribuyen la preferencia al *ius soli*, por cuyo motivo surge el problema de la doble nacionalidad originaria, y si bien es cierto que dado el carácter jurídico-político de esta relación jurídica, tal circunstancia no debe afectar a la observancia de nuestras leyes, que deben ser aplicadas por las Autoridades españolas dentro del territorio nacional con entera independencia a lo que sobre el particular establezca la legislación extranjera incompatible.

CONSIDERANDO: Que aunque no existe en nuestro Derecho una norma claramente aplicable que solucione el conflicto planteado, hay que tener en cuenta que el artículo 20 del Código civil sienta la doctrina de que la calidad de español se pierde por adquirir naturaleza en país extranjero, y si bien tal pre-

(1) En el mismo sentido, LA PLAZA: *Concepto, caracteres y aplicaciones de la nacionalidad marroquí*, "Rev. D. Pr.", 1940, págs. 31 y 32.

cepto se ha venido interpretando en el sentido de que sólo se refería a las adquisiciones derivativas de nacionalidad, es lo cierto que ateniéndose a su tenor literal puede aplicarse, aunque la adquisición de la naturaleza sea considerada por la ley extranjera como originaria.

CONSIDERANDO: Que el artículo 17 del antes citado cuerpo legal concede la nacionalidad española a los hijos de extranjeros si optan por ella en tiempo oportuno, y que es glorioso principio que se deduce de nuestras leyes, a diferencia de otras extranjeras, inspiradas en criterios asimilistas, su universalismo, aceptando iguales normas para adquirir que para perder la nacionalidad, por lo que se impone la necesidad de no cerrar la posibilidad de que pierdan nuestra nacionalidad los nacidos en el extranjero, de padres españoles, si adquiriendo derecho a la nacionalidad del país ésta fuese su voluntad.

CONSIDERANDO: Que no obstante dicha pérdida de la nacionalidad sólo debe ser reconocida si la misma no implica un fraude de ley, el cual puede principalmente consistir en el propósito de eludir el servicio militar, y aunque no debe ser presumido, es, sin embargo, indispensable que se acredite: a), que el interesado haya adquirido originariamente y conserve derecho a una nacionalidad extranjera, con arreglo a las leyes del país de que se trate; b), que ha residido habitualmente en el extranjero, o por su arraigo patrimonial o familiar en el país de su nacimiento, debe considerarse ligado al mismo, y c), que no ha realizado actos posesorios de la nacionalidad española en utilidad propia.

CONSIDERANDO: Que la competencia para efectuar dichas inscripciones recae en los agentes diplomáticos y consulares españoles, encargados de los Registros civiles en el Extranjero, y previo, siempre, el correspondiente expediente, en el que se justifiquen los extremos anteriores, ya que dicha pérdida de la nacionalidad sólo puede surtir efectos desde la fecha del asiento, en cuyo momento debe el interesado hallarse fuera de España.

CONSIDERANDO: Que, únicamente cuando se trate de españoles que residan accidentalmente en España y reúnan los requisitos antes expresados, dicha renuncia y expedientes antes expresados pueden ser tramitados ante el encargado del Registro civil de este Centro, ya que los jueces municipales, comarcales y de paz carecen de competencia para la práctica de estas inscripciones, como se desprende, por analogía, de la doctrina de los artículos 2.º, números 11 y siguientes; 2.º, números 12 y siguientes, y 4.º, de la Ley de Registro civil.

CONSIDERANDO: Que ello sentado, y no habiéndose justificado los extremos consignados en los anteriores considerandos y si sólo que el peticionario ha nacido en los EE. UU. y que es mayor de edad.

Esta Dirección General, oído el parecer de la Comisión de Legislación Extranjera, ha acordado resolver la consulta formulada en sentido de que don G. R. no procede ser considerado como súbdito norteamericano.

COMENTARIO

Da solución esta importante resolución al problema de la doble nacionalidad originaria. Numerosos son los puntos de interés que en ella hay que resaltar.

La cuestión de la doble nacionalidad originaria es una laguna en nuestras leyes. Mas, ¿tiene la Autoridad administrativa facultades para extenderse a

una tan decidida reglamentación? ¿Cuál es la autoridad de la misma? No puede dudarse que cuando la función legislativa del Estado no da solución a una cuestión planteada no por ello debe dejar de ser resuelta. Y es que el artículo 6.º del Código civil es evidentemente aplicable a los Organos administrativos, los cuales no sólo pueden *interpretar*, sino también *construir*, mientras guarden tales construcciones la debida armonía con el resto del ordenamiento. Pero la autoridad de tales normas evidentemente se limitará a la propia esfera administrativa y los Tribunales no estarán constreñidos por ella, aunque probablemente, no sólo les concederán el valor que por su propio fundamento legal y lógico merezcan, sino que tendrán que atenerse a los actos registrales o administrativos que de las mismas se desprendan.

Por un doble camino puede buscarse, en nuestro Derecho, solución al problema de la doble nacionalidad originaria: por el del artículo 20 (pérdida de la nacionalidad) y por el del artículo 17, en su relación con el 18, todos del C. c. Ambos son apuntados. El primero en lo que tiene de *formal*, el segundo en lo que implica de *equitativo* una interpretación recíproca.

La omisión del Código civil es tanto más chocante cuanto que el proyecto de 1851 resolvía el problema: «Los hijos de un extranjero nacidos en los dominios españoles, y los hijos de padre o madre españoles, nacidos fuera de España, deberán manifestar dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación si quieren gozar de la calidad de españoles» (Art. 22).Cuál debía ser la nacionalidad de tales hijos hasta que la declaración se efectuara, el propio proyecto nos lo dice después: «Los hijos de un extranjero nacidos en España seguirán la condición de su padre, y no se considerarán españoles hasta que hagan la manifestación prevenida en el artículo precedente», y «los hijos de padre y madre españoles, nacidos fuera de España, conservarán la calidad de españoles mientras no renuncien expresamente a ellas.

El vigenta C. c. abandonó esta regulación en cuanto a su segunda parte (pérdida por renuncia a nuestra nacionalidad). Probablemente lo motivó una razón técnica, ni muy exacta ni mantenida en todos los casos. Los autores del Código debieron pensar que era misión del mismo regular la *adquisición* de nuestra nacionalidad y bastaba respecto a la pérdida con sentar que la adquisición de una nacionalidad extranjera operaba la pérdida, siendo misión de las legislaciones extranjeras a su vez regular la adquisición de la nacionalidad extranjera. No se atuvieron, sin embargo, a tan escueto programa, porque al ocuparse de la mujer casada (Art. 22) establecieron, al parecer, que la española casada con extranjero había de adquirir la nacionalidad de éste, cosa que no corresponde decir al legislador español, y lo mismo resulta respecto a los hijos (Art. 18).

Con tales antecedentes la Dirección General de los Registros había declarado la renunciabilidad de nuestra nacionalidad en caso de doble nacionalidad originaria. Y así, podemos citar la última Resolución en la materia, de 11 de febrero de 1948. Esta doctrina había sido desfavorablemente enjuiciada por algunos, y, en efecto, prácticamente se prestaba a abusos: por ello la presente Resolución innova en dos puntos: establece ciertos requisitos preventivos del *frans legis* y sienta la competencia para practicar válidamente estas inscripciones.

Conviene recordar que doctrina similar domina en el actual Derecho com-

parado de nacionalidad. Así la Ley de Nacionalidad *británica* de 1948, reglamenta la «renuncia a la ciudadanía por causa de doble ciudadanía o nacionalidad», la cual «si lo es en debida forma, el secretario de Estado procederá al registro de la declaración. A partir de este registro tal persona cesará de ser ciudadana del Reino Unido». En el mismo sentido, y en forma aun más sencilla, el Código de la Nacionalidad de E. U. de 1940 considera causa de pérdida de la nacionalidad cualquier renuncia formal a la misma. Francia (artículo 91 del Código de la Nacionalidad de 1945) sienta que «pierde la nacionalidad francesa el francés, incluso menor, que teniendo una nacionalidad extranjera está autorizado, previa su demanda por el Gobierno francés, a perder la cualidad de francés. Esta autorización debe ser acordada por decreto». Aquí vemos otro sistema, por cierto a nuestro juicio poco recomendable, que es el que inspira en todo a este Código: la generalización del *octroi* gubernativo en su forma más solemne.

Ultimamente ha alcanzado cierta boga la doctrina de que la nacionalidad *es de Derecho público*, la cual, superando las doctrinas contractualistas, impediría dar demasiada beligerancia a las «opciones» no formalmente consagradas en la ley, que se cree son un resabio de las tales doctrinas. Mucho nos tememos que tal doctrina publicística, encaminada a sustraer de su sede tradicional la nacionalidad, esté pronto tan olvidada como las que análogamente se formularon sobre el Derecho de familia; esto es, creemos que la nacionalidad es un elemento del estado de las personas con repercusiones en el Derecho público y no al contrario; lo cual no impide reconocer que tratándose de *jus cogens* no existe aquí más libertad de pacto ni más autonomía que la que la ley racionalmente interpretada permita, que es lo que en este caso se hace.

Volviendo a la doctrina sentada por la Resolución que comentamos, conviene examinar respecto a la renuncia las siguientes cuestiones:

Capacidad: Si se acepta que esta renuncia es una mera aplicación recíproca de la opción establecida en los artículos 18 y 19 del Código civil, es evidente que tal renuncia podrá ser efectuada únicamente hasta un año después de la mayor edad y durante la minoría, en representación del menor, por sus padres. Sin embargo, en la Resolución, después de la alusión que en el Considerando tercero se hace a tal doctrina, sin duda, para fundamentarla en cuanto a su equidad y cuyo Considerando, por cierto, se refiere a un principio universalista que, por cierto, brilla por su ausencia en el artículo 17..., aunque es cierto sirva de base a la actuación, siempre ponderada de nuestros órganos administrativos en la materia, no se vuelve a referir a la misma. Por ello, se deduce que no existe limitación en cuanto a la edad para el ejercicio de la renuncia y que, por lo que se refiere a los menores, parece justo no privarles *a priori* de un derecho que puede serles útil y del cual están en las mejores condiciones de enjuiciarlo sus propios padres, aunque sean españoles. Por lo que se refiere a las mujeres, parecen estar menos comprendidas en las exigencias de esta Resolución, ya que se alude al fraude, en cuanto al servicio militar, sin embargo, existen otras posibilidades de fraude, por lo cual deben, en principio, cumplir iguales condiciones que los varones, si bien no parece haber inconveniente en cierta indulgencia en las pruebas.

Los requisitos, en cuanto al fondo, son tres, pero pueden reducirse a los dos siguientes:

Derecho a la nacionalidad extranjera. Tal derecho debe ser justificado en el expediente previo al asiento de renuncia. Parece verosímil que se justifique el mismo con otro documento que el pasaporte; es más propio el certificado de nacionalidad expedido por las autoridades competentes del Estado extranjero; tal documento deberá ser reciente en su fecha, para evitar las caducidades de nacionalidad hoy tan prodigadas por algunas legislaciones.

Residencia habitual en el extranjero. A esta residencia equivale el arraigo familiar o patrimonial en el país de nacimiento. Claro es que todo ello habrá de ser juzgado con cierta discrecionalidad. El otro requisito que se exige, «no haber realizado actos posesorios de la nacionalidad española en utilidad propia», creemos que no es más que la consideración negativa del mismo hecho. Y tales hechos posesorios no pueden consistir en el cumplimiento de deberes, como el servicio militar.

La competencia para la práctica del asiento se reconoce en los Consules encargados del Registro civil. Ello no constituye novedad, pues en materia de pérdida de nacionalidad, a ellos les ha sido reconocida siempre la competencia, del mismo modo que en materia de adquisición de nacionalidad les está vedada toda actuación (con la lamentable excepción que estableció el Código en el artículo 19 y alguna otra de carácter extraordinario). En cambio, es nueva la declaración de que puede practicar tales asientos el Registro especial de la Dirección. Tal norma guarda analogía con el resto del sistema y se impone por atendibles razones prácticas.

Manuel LOZANO SERRALTA
Letrado de la D. G. R. N.