

Anotaciones a la Instrucción de 16 de mayo de 1983, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre nacionalidad española

Por JOSE CARLOS FERNANDEZ ROZAS

Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo

SUMARIO.—§ 1. Introducción. § 2. La nacionalidad, derecho fundamental de la persona. § 3. Cuestiones de Derecho intertemporal. § 4. Soluciones materiales frente a conflictuales. § 5. Restricciones en orden a la concesión de la nacionalidad española por residencia. § 6. Pérdida de la nacionalidad española por adquisición de otra nacionalidad. § 7. Conservación de la nacionalidad frente a doble nacionalidad automática. § 8. Doble nacionalidad convencional. § 9. Consideraciones finales.

§ 1. INTRODUCCION

1. Entre las diversas reformas que ha experimentado el Derecho español de la nacionalidad desde la primera redacción del Código civil, la realizada entre los años 1978 a 1983 presenta ciertos aspectos originales, pese a mantener una evidente nota continuista. Dichos aspectos tienen su origen en el hecho de que, frente a las modificaciones del Código civil operadas en 1954 y 1975 y frente al sistema establecido en la Constitución de 1931 —que no llegó a desarrollarse—, las vigentes disposiciones no se han gestado en un solo acto del legislador, sino que son fruto de tres fases distintas que, curiosamente, corresponden a las tres primeras etapas del reciente proceso de reforma política en España: Cortes constituyentes, primera legislatura con mayoría parlamentaria centrista y segunda legislatura con mayoría socialista. Este es el contexto en que deben situarse, de un lado, los artículos 11, 12, 14, 32 y 42 de la Constitución de 1978 (1), que

(1) Acerca de la incidencia de la Constitución de 1978 sobre el régimen de la nacionalidad española *Vid.* P. ABARCA JUNCO, «Nacionalidad y extranjería en la nueva Constitución», *Lecturas sobre la Constitución española*, vol. II, Madrid, U. N. E. D., 1978, pp. 439-490; P. A. FERRER SANCHÍS, «Algunas cuestiones internacionales en la Constitución de 1978, con especial referencia al Derecho internacional privado», *Estudios de Derecho internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 1073 y ss.,

fijan las directrices del nuevo sistema de la nacionalidad española, de otro, la Ley 51/1982 de reforma de los artículos 17 al 26 del Código civil (2), que adapta este cuerpo legal a las directrices constitucionales y, por último, la *Instrucción D. G. R. N. de 16 de mayo de 1983* (en adelante la *Instrucción*), que interpreta estos últimos preceptos (3).

La originalidad de la reforma termina, sin embargo, ahí. El legislador, resistiéndose a emplear en la línea del Derecho comparado, el marco de una Ley especial, ha persistido en la utilización del cauce de la reforma parcial del Código civil y ello ha traído consigo un deficiente e incompleto desarrollo de la Constitución en materia de nacionalidad que no tiene justificación; ni siquiera como solución a un período transitorio de vacío legal. En efecto, el contenido de diez artículos del Código civil no es suficiente para regular una materia que, aparte de su real autonomía, reúne una notable variedad de aspectos tanto de carácter sustantivo como procesal y de competencia de autoridades. Y, al lado de esto, lo limitado de la reforma ha motivado de nuevo la necesidad de acudir a la interpretación de un órgano de la Administración en una materia que con frecuencia afecta a un derecho fundamental de la persona humana; esta circunstancia, con independencia de la por encima de toda duda acreditada reputación y reconocido prestigio de la D. G. R. N., es una puerta abierta a la modificación de una serie de preceptos elaborados por las Cortes Generales sobre la base de una situación coyuntural paralela a la política de extranjería. Al margen de la mayor o menor bondad de las soluciones adoptadas, la *Instrucción* de 1983 se ha caracterizado a este respecto por ir mucho más lejos no sólo que el Decreto de 2 de abril de 1955, sino, incluso, que la *Circular D. G. R. N. de 22 de mayo de 1975*. Es más,

esp. pp. 1075-1077; *id.*, «Aspectos de Derecho internacional privado en la Constitución española». *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Valencia, Secret. Publ. Universidad, 1980, pp. 203 y ss., esp. pp. 207-210; J. M. Serrano Alberca, en la obra dirigida por F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 145-155; E. PÉREZ VERA, «La Constitución de 1978 y el Derecho internacional privado español: normas en materia de nacionalidad y extranjería», *Revista de Derecho Público*, núm. 86, 1982, pp. 5 y ss., esp. pp. 7-16; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Nacionalidad, vecindad civil y vecindad administrativa: consideraciones sobre el desarrollo constitucional», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXIII, 1981, pp. 141-159; *id.*, «Derecho de la nacionalidad», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y R. RECONDO PORRUA, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. I, Oviedo, Ojanguren, 1984, pp. 3-158; Ch. VALLEE, «Notes sur les dispositions relatives au droit international dans quelques Constitutions récents», *Annuaire Français de Droit International*, 1979, pp. 275 y ss.

(2) Sobre la Ley 51/1982 *Vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Derecho de la nacionalidad», *loc. cit.* en la n. anterior; P. ABARCA JUNCO y E. PÉREZ VERA, *Derecho internacional privado* (Addenda al tema XXV), Madrid, U.N.E.D., 1983; A. MARÍN LÓPEZ, *Derecho internacional privado español. Parte especial*, vol. I, addenda a la 2.ª ed., Granada, 1983; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «La reforma del Derecho español de la nacionalidad», *Cursos de verano de Derecho internacional en Vitoria-Gasteiz*, 1983. *Vid.* asimismo las noticias de J. F. ANGULO PIÑA, «La nacionalidad española de origen», *La Ley*, núm. 773, 1983, pp. 1-4 y de P. DE ELIZALDE AYMERICH en este *Anuario*, t. XXXV, 1982, pp. 1172-1174.

(3) *B. O. E.*, 20-V-83.

puede afirmarse que ha alterado sustancialmente, a través de una determinada línea de interpretación tanto el contenido de los artículos 17 al 26 del Código civil —singularmente el 17, 22 y 23—, como el alcance del propio artículo 11 de la Constitución. El estudio de las alteraciones más sustanciales constituye el objetivo central de la presente nota, que no abordará, en función de su propia especificidad, los aspectos puramente registrales.

§ 2. LA NACIONALIDAD, DERECHO FUNDAMENTAL DE LA PERSONA

2. Con el objeto de reforzar la argumentación de la solución al problema transitorio de la Ley 51/1982 —al que nos referiremos en el párrafo siguiente—, la *Instrucción* afirma que «... la nacionalidad, más que un derecho es un estado civil y, como tal, un complejo de derechos y deberes». Tal razonamiento es deliberadamente ambiguo: nadie duda que la nacionalidad es un estado civil, es más, constituye un estado civil básico (4), pues atribuye una plenitud de derechos civiles a quien la ostenta y, por consiguiente, determina los demás estados de la persona en el Ordenamiento español; pero, junto a esto, tampoco puede ponerse en duda que la nacionalidad se configura en nuestro texto constitucional como un derecho fundamental de la persona humana. Este extremo viene avalado por una serie de índices que se desprenden fundamentalmente de una lectura sistemática de la Constitución. En efecto, la nacionalidad está incluida dentro del marco del Título I de la Constitución que lleva por rúbrica «De los derechos y deberes fundamentales», inclusión que debe relacionarse, en primer lugar, con el hecho de que nuestro país sea parte del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966, en cuyo artículo 24, 3.º se dispone que «Todo niño tiene *derecho* a adquirir una nacionalidad»; este precepto, debe insistirse, forma parte de nuestro Derecho interno de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución y el artículo 1, 5.º del Código civil (5). En segundo lugar, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 10, 2.º del texto constitucional, por cuanto, según su tenor, las normas relativas a los derechos fundamentales y, en concreto, el artículo 11 «se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y tratados y acuerdos internacionales» sobre esta materia de los que sea parte

(4) Como pusiera de relieve F. De Castro y Bravo, junto al aspecto público de la nacionalidad existe otro que interesa al Derecho de la persona y que no es otro que «el estado civil de miembro de la comunidad nacional» (Cf. *Derecho civil de España*, t. II, Madrid, I.E.P., 1952, pp. 395-396). En la misma dirección Vid. M. PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, «De los españoles y de los extranjeros», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, Jaén, Edersa, 1978, p. 548.

(5) Vid. las consideraciones en torno a la normativa internacional en materia de extranjería en M. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXIV, 1982, p. 163.

España; y, en esta dirección, no puede olvidarse ni lo dispuesto en el artículo 15 de la Declaración Universal en el sentido de que «Toda persona tiene *derecho* a una nacionalidad» y de que «A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del *derecho* a cambiar de nacionalidad»; ni el espíritu de toda una serie de textos internacionales en la materia suscritos por nuestro país (6).

Además, el carácter de derecho humano de la nacionalidad fue resaltado tanto a lo largo de los debates parlamentarios que precedieron a la Constitución como en los que propiciaron la reforma de 1982 de los preceptos de nacionalidad en el Código civil. Concretamente en el primer caso debe tenerse en cuenta la enmienda núm. 11 presentada por la Agrupación Independiente del Senado: «la nacionalidad, en cuanto derecho fundamental de la persona humana...» (7) y, para el segundo supuesto resulta obligada la referencia a la enmienda núm. 24 del Grupo Parlamentario Comunista al Proyecto de Ley de reforma de los artículos 17 al 26 del Código civil: «... la nacionalidad se encuadra dentro de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana internacionalmente reconocidos; extremo este que en el ordenamiento español se hace realidad por la inserción del tema en el marco del Título I de la Constitución» (8). Dichas posiciones parlamentarias encuentran, por lo demás, un respaldo totalmente unánime en la doctrina española (9) que fue explicitado en las conclusiones adoptadas en la reunión de profesores de Derecho internacional que tuvo lugar en Madrid los días 9 y 10 de febrero de 1978 con la finalidad de valorar el Anteproyecto de Constitución (10).

3. Precisamente en la referida reunión se apuntaban los peligros que la escueta remisión a la ley del artículo 11, 1.º de la Constitución podían acarrear, propugnándose la inserción en el precepto de unos principios básicos que asegurasen la protección del derecho a la nacionalidad en el Ordenamiento español. Es evidente que tal iniciativa no prosperó, salvo en lo que concierne a la prohibición de la privación de la nacionalidad a los españoles de origen reflejada en el artículo 11, 2.º; no obstante, el precepto en cuestión debe interpretarse tanto en relación con los textos internacionales a los que hemos aludido, como con referencia a otros preceptos constitucionales como, por ejemplo, el artículo 14. De esta suerte, una hipotética ley que estableciese

(6) Por ejemplo, el Convenio de las Naciones Unidas de 1957 sobre la nacionalidad de la mujer casada.

(7) Enmienda núm. 659 al Texto del Proyecto de Constitución, *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, vol. III, Madrid, Servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales, 1980, p. 2945.

(8) Congreso de los Diputados, Enmiendas al Proyecto de Ley de reforma de los artículos 17 al 26 del Código civil, p. 10.

9. Vid. J. A. CARRILLO SALCEDO, *Derecho internacional privado*, Madrid, U.N.E.D., 1976, p. 250; E. PÉREZ VERA, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 84; P. A. FERRER SANCHÍS, «Algunas cuestiones...», *loc. cit.* en n. 1, p. 1075.

(10) Cf. el texto de las conclusiones en nuestro trabajo «La reforma...», *cit.* en n. 2, nota 24.

un régimen de nacionalidad de la mujer casada en unos términos similares a los contenidos en el Código civil con anterioridad a 1954 no tendría cabida en nuestro sistema; de igual modo que tampoco tendría cabida una ley que privase a una determinada etnia de la posibilidad de adquirir la nacionalidad española.

La *Instrucción* ha aprovechado el silencio del constituyente para realizar la afirmación que hemos transcrito con un propósito concreto: dar una determinada solución a los supuestos de hijos de española y extranjero nacidos con anterioridad a la Ley en aplicación de las disposiciones transitorias del Código civil. Qué duda cabe que una aplicación retroactiva del precepto hubiese aumentado sensiblemente el número de españoles de origen, al tiempo que se multiplicarían los casos de doble nacionalidad como anomalía. Pero partiendo del «derecho a ser español» que se desprende de la Constitución y del tenor del artículo 17, 1 del Código civil («Son españoles de origen») la aplicación de la irretroactividad absoluta del precepto no parece que sea la solución óptima desde el punto de vista jurídico, si bien pueda justificar una cierta política tendente a limitar el ámbito de la población española que, desde luego, no compartimos. Además, tampoco es solución, la posibilidad que la *Instrucción* apunta de que tales individuos acudan al régimen de la opción y ello tanto por razones de fondo, como por razones prácticas. Razones de fondo porque el acudir a esta vía implica que el hijo de madre española con anterioridad a la Ley 51/1982 nunca será español de origen, dándose la paradoja de que tal condición la tendría el adoptado en forma plena por dos individuos originariamente extranjeros, si uno de ellos obtuviese la nacionalidad española en día antes del nacimiento del niño (art. 18 C. c.); en este punto debe insistirse en que la reciente reforma del Derecho español de la nacionalidad posee una tendencia inquietante, pese a lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución, hacia la consolidación de dos tipos de españoles, originarios y no originarios (11), lo cual hace que el acudir a la vía de la opción sea algo que debe limitarse en lo posible. Razones prácticas, porque habrá que esperar al menos a que el niño tenga catorce años, siendo durante ese período extranjero y, lo que es más grave, si el hijo de española y extranjero tiene más de veinte años, ni siquiera contará con la vía de la opción; en este supuesto debería acogerse a la naturalización por residencia y, aunque disfrutase del plazo privilegiado de un año, podría ver su propósito de ser español frustrado al serle denegada la concesión por motivos de orden público o interés nacional. En suma, la irretroactividad absoluta del artículo 17, 1.º del Código civil sentada por la D. G. R. N. es una solución demasiado radical que puede dar lugar a situaciones injustas. Una retroactividad limitada a un plazo hubiese sido más correcta; pero de este punto nos ocuparemos en el párrafo siguiente.

(11) Sobre el particular, Vid. M. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, «El principio de igualdad y su incidencia en el nuevo Derecho español de la nacionalidad», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXV, 1983.

§ 3. CUESTIONES DE DERECHO INTERTEMPORAL

4. La Ley 51/1982 ha mantenido la tónica tradicional del legislador español de silenciar en el momento de la reforma parcial del Código civil los problemas de Derecho intertemporal de especial relevancia en el sector de la nacionalidad (12). Dicha Ley sólo contiene una disposición transitoria que no posee un carácter global, sino que alude exclusivamente a un supuesto de recuperación privilegiada de la nacionalidad española cuando el individuo que la haya perdido acredite que lo fue por motivo de emigración. Resulta incomprensible que si el legislador contempló de forma expresa este supuesto, de alcance más que limitado, no haya reparado en el resto de los problemas transitorios que sin duda suscita la nueva redacción de los artículos 17 al 26 del Código civil. Ante este silencio vuelve a ser la D. G. R. N. la encargada de solucionar tales problemas. El Organismo directivo, curiosamente, no ha utilizado la *Instrucción* más que para pronunciarse por el supuesto de los hijos de madre española y padre extranjero nacidos con anterioridad a la Ley 51/1982, reservándose el resto de las situaciones para resolverlas caso por caso a medida que se susciten. Esta circunstancia aconseja, en primer lugar, valorar la solución incluida en la *Instrucción* y en segundo término señalar las significativas ausencias que contiene en torno a este peculiar sector de problemas.

5. En lo que atañe a la atribución de la nacionalidad, el nuevo artículo 17 del Código civil ha ampliado considerablemente el ámbito de los españoles de origen, pues no sólo se refiere a los hijos de madre española, con independencia de cualquier circunstancia, sino que alude a los nacidos en España de padres apátridas. Ahora bien, al no fijar la Ley 51/1982 su ámbito de aplicación temporal, el interrogante se suscita en relación con los nacidos con anterioridad a la misma. La *Instrucción* ha ignorado el segundo de estos supuestos, que en nuestra opinión debería tener la misma solución, pero ha dado una respuesta

(12) Como excepción debe retenerse la disposición transitoria de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, en relación con la nacionalidad de la mujer casada. Su redacción, sin embargo, fue tan deficiente que no sólo la *Circular de 22 de mayo de 1975*, sino varias Resoluciones de la D.G.R.N. se vieron en la necesidad de fijar el alcance de la reforma respecto a situaciones producidas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley. *Vid.* sobre el particular el Discurso del Ministro de Justicia en la presentación del Proyecto de Ley a las Cortes (*Bol. Inf. M.º Just.*, núm. 1.023, 1975, p. 8). Entre los diversos comentarios a esta disposición transitoria cabe referirse a los de F. LUCES GIL, «Análisis de las modificaciones introducidas en el régimen de la nacionalidad española por la ley de 2 de mayo de 1975», *R.G.L.J.*, t. LXXI, 1975, pp. 129-131; J. PERÉ RALUY, «Las nuevas normas sobre nacionalidad», *Pretor*, núm. 89, 1975, pp. 734-737; M. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, en la obra dirigida por J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Lecciones de Derecho internacional privado. Derecho de la nacionalidad. Derecho de extranjería*, Oviedo, Serv. Publ. Universidad, 1979, p. 61. A. MARÍN LÓPEZ, «La nacionalidad de la mujer casada en el Derecho español», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXIX, 1976, pp. 415-416.

concreta al primero sobre la base del artículo 2, 3.º del Código civil, considerando que la mencionada «novedad no puede tener efecto retroactivo», pues para «una aplicación retroactiva de la nueva norma no puede invocarse lo establecido por la disposición transitoria primera de las generales del Código civil, en cuanto se refiere al derecho declarado por primera vez en el Código...». No cabe duda que el rigor mostrado por el Organismo directivo responde a una cierta línea de interpretación efectuada en las sucesivas modificaciones del artículo 17 del Código civil, pero también debe retenerse que no fue nunca unánimemente admitida por la doctrina. En concreto, valorando la reforma del Código civil de 1954, que había ampliado el número de supuestos contemplados en el artículo 17 del Código civil y por tanto el ámbito de los beneficiarios, J. Peré Raluy se había inclinado por una respuesta favorable a la retroactividad y ello en base a dos razones, una de orden práctico y otra de orden jurídico; la primera se justificaba en la conveniencia de dirimir todos los supuestos de duda en favor de la nacionalidad española; la segunda, encontraba respaldo, en su opinión, en la disposición transitoria primera del Código civil (13). Ciertamente que el artículo 19 del Decreto de 2 de abril de 1955 establecería expresamente y *a posteriori* la irretroactividad de la nueva redacción del artículo 17 del Código civil, pero en ausencia de esta disposición expresa, estimamos totalmente correcta la posición del mencionado autor.

La *Instrucción* alude expresamente, en apoyo de su tesis, a la doctrina sentada por la *Res. D. G. R. N. de 20 de abril de 1978*. Sin embargo, la tendencia hacia la irretroactividad es más antigua y, en nuestra opinión se debe a la solución de un supuesto muy concreto que más tarde se generalizó. En efecto, el primer caso resuelto en la materia debe situarse en el contexto particular de las Plazas de Ceuta y Melilla; se suscitaba aquí si debían considerarse españoles los nacidos en estas localidades con anterioridad a 1954 conforme a la nueva redacción del artículo 17, 3.º del Código civil o si, por el contrario, eran marroquíes en tanto no optasen por la nacionalidad española: la *Res. D. G. R. N. de 20 de junio de 1972* se negó a aplicar con efectos retroactivos la legislación más favorable (14). Dos años más tarde y ya con carácter general, la *Res. D. G. R. N. de 30 de abril de 1974* (15) volvió a reiterar la irretroactividad del precepto indicado y, por último, la citada Resolución de 1978 insistió en la misma doctrina negándose a considerar española a una italiana *iure sanguinis* que nació en España de padres italianos residentes en España desde su nacimiento, un mes antes de la Ley de 1954 (16).

6. Hasta aquí, la justificación de la irretroactividad que, no puede

(13) Cf. J. PERÉ RALUY, *Derecho de nacionalidad*, Barcelona, Bosch, 1955, pp. 80-81.

(14) *Anuario D.G.R.N.*, 1972, p. 462.

(15) *Ibid.*, 1974, p. 398.

(16) *Bol. Inf. M.º Just.*, núm. 1.130, 1978, p. 71 y nota de A. M.ª DASTIS QUECEDO en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXII, 1980, pp. 183-184.

desconocerse, ha sido acogida por cierto sector de la doctrina internacionalista española (17). Pero, frente a esta posición, deben tenerse en cuenta otros argumentos. En primer lugar, que existe un sector del Derecho de la nacionalidad en el que ha operado la retroactividad, concretamente, en el régimen de la nacionalidad de la mujer casada; dejando a un lado la incidencia de la aplicación directa del artículo 23 de la Constitución republicana y la acción posterior sobre la misma de la normativa del «nuevo Estado», totalmente favorables a la retroactividad de las nuevas disposiciones, podemos detenernos en precedentes más próximos. Y, en esta línea, la *Sent. T. S. (Sala 4.ª) de 21 de mayo de 1968* (18) y la *Sent. T. S. (Sala 1.ª) de 13 de febrero de 1974* (19), respecto a la reforma del Código civil de 1954 y la doctrina sentada por la *Circular D. G. R. N. de 22 de mayo de 1975* (20), en relación con la modificación de 1975, son sumamente ilustrativa. En segundo término, el artículo 2, 3.º del Código civil utilizado como fundamento de base por la *Instrucción* debe valorarse en su justa medida. No cabe duda de la finalidad de la norma: la imposibilidad de exigir a los individuos un comportamiento cuyas consecuencias legales no son previamente conocidas; ahora bien, de acuerdo con M. Batlle Vázquez, «la retroactividad es en muchas ocasiones indispensable y es precisamente un medio de transformación y progreso de situaciones pasadas que se consideren de conveniente remoción» (21). Es más, como ha señalado L. Díez Picazo, la regla del artículo 2, 3.º del Código civil hay que entenderla como subsidiaria («si no dispusiesen lo contrario») y sólo encontrará aplicación cuando la nueva ley nada haya establecido sobre su posible efecto retroactivo y cuando éste tampoco se deduzca por vía de interpretación (22). Ciertamente que la Ley 51/1982 guarda silencio en la materia, pero el tenor del nuevo artículo 17, 1 del Código civil es contundente («Son españoles de origen») y la interpretación favorable a la irretroactividad ofrece, como acaba de señalarse más arriba, evidentes quiebras. Por último, no puede desconocerse que dentro de las modificaciones recientes del Código civil motivadas por la entrada en vigor de la Constitución de 1978 existen precedentes favorables a la aplicación retroactiva de las nuevas normas: las disposiciones transitorias de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, son una buena muestra de ello.

7. Es evidente que el tenor de la *Instrucción* en la materia que examinamos tiene una indiscutible base jurídica. Pero ante el silencio

(17) Así, A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, II, 8.ª ed., Madrid, Atlas, 1979, p. 33; E. PECOURT, Nota a la *Res. D.G.R.N. de 20 de junio de 1972*, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. I, 1974, p. 521; M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *loc. cit.* en n. 4, p. 595; E. PÉREZ VERA, *op. cit.* en n. 9, p. 24.

(18) Aranzadi, *Rep. Jurisprudencia*, 1968, núm. 4.830.

(19) *Col. Leg. Jurisp. Civ.*, febrero 1974, núm. 66, p. 197.

(20) *B. O. E.*, 24-V-75.

(21) Cf. M. BATLLE VÁZQUEZ, «Arts. 1 a 7», *Comentarios al Código civil...*, en n. 4, p. 75.

22. Cf. L. Díez PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 4.ª ed., Madrid, Tecnos, 1982, p. 138.

de la Ley no puede ser de recibo una interpretación tan poco flexible por limitar el derecho a «ser» español. No era menester una declaración de retroactividad absoluta; hubiese bastado, en la línea de la Ley 11/1981, haber extendido lo dispuesto en el nuevo artículo 17 del Código civil a los menores de edad en el momento de la entrada en vigor de la reforma en la línea de los modernos Códigos de la nacionalidad existentes en el Derecho comparado (23). El problema hasta ahora expuesto tiene, por lo demás, la virtud de situar en su justa dimensión el conflicto intertemporal en el Derecho español de la nacionalidad; conflicto que deriva en gran parte de la inclusión de esta materia en el Código civil: la seguridad jurídica y la autonomía de este particular sector del Ordenamiento jurídico requieren soluciones propias que solamente podrán plasmarse en una Ley especial.

8. Junto a la valoración del problema expuesto resulta obligado referirse a las significativas ausencias de soluciones concretas a cuestiones intertemporales derivadas de la opción de la nacionalidad y de la naturalización por residencia, entre otras de menor importancia que pudieran señalarse.

La Ley 51/1982 se ha caracterizado por haber reducido de forma sustancial los supuestos de opción de la nacionalidad, quedando esta institución reservada para los que queden «sujetos a la patria potestad o a la tutela de un español». Pues bien, a partir de tal redacción deben contemplarse dos supuestos de Derecho transitorio sobre los cuales la *Instrucción* debió pronunciarse. El primero hace referencia a los sujetos a patria potestad o tutela con anterioridad a la Ley; y, de aplicar la misma solución que la ofrecida por el Organismo directivo para los comprendidos en el artículo 17, 1.º, no podrían beneficiarse del derecho concedido en el artículo 19 del Código civil. El segundo afecta a los que en espera de utilizar el cauce del antiguo artículo 18 del Código civil pasaron a integrarse a partir de 1982 en expectantes de la naturalización por residencia con plazo abreviado de un año. Ante el silencio de la D. G. R. N. una vía de solución podría ser el respeto de los derechos adquiridos de los menores de edad con anterioridad a la Ley 51/1982 y la consiguiente aplicación del antiguo artículo 18 del Código civil hasta que alcanzasen la mayoría de edad; téngase en cuenta que la opción es un derecho subjetivo del individuo que sería suprimido en una serie de supuestos con la aplicación automática de la nueva legalidad.

Tampoco alude la *Instrucción* a los problemas intertemporales suscitados por la nueva configuración de la naturalización por residencia. Ahora bien, como quiera que el nuevo artículo 22 del Código civil es más beneficioso en el sentido de aumentar el ámbito de los beneficiarios y de abreviar los plazos, debe reconocerse que dichos problemas no serán muy numerosos. No obstante, acaso el Organismo directivo debiera haberse pronunciado acerca de ciertas situaciones de

(23) *Vid.*, por ejemplo, los arts 3 y 4 de la Ley francesa núms. 73-42, de 9 de enero, conteniendo el Código de la nacionalidad. *Vid.* por todos, P. LAGARDE, *La nationalité française*, París, Dalloz, 1975, pp. 34 y ss.

facta pendentia; en concreto sobre los expedientes en trámite con arreglo al sistema anterior y ello con la finalidad de que los solicitantes no se puedan encontrar discriminados en relación con los que inicien los trámites de acuerdo con la nueva legalidad. De otra parte, el período de residencia previo efectuado con anterioridad a la Ley debiera de reputarse válido, si bien esta circunstancia encuentra una serie de inconvenientes en el texto del artículo 22, toda vez que exige que la residencia sea «legal» y, ello, conforme a la actual normativa de extranjería es ciertamente difícil, sobre todo para iberoamericanos y ecuatoguineanos. Finalmente, debe hacerse mención de que el referido artículo 22 es mucho más restrictivo que la legalidad anterior en materia de adquisición de la nacionalidad por matrimonio; incluso, esta figura desaparece, quedando subsumida dentro del capítulo de la adquisición por residencia con el plazo abreviado de un año. La nueva legalidad y, en concreto, el plazo, debería aplicarse como es lógico a aquellos interesados que aún no hubiesen ejercitado la especial «opción» contemplada en el anterior artículo 22 del Código civil.

§ 4. SOLUCIONES MATERIALES FRENTE A CONFLICTUALES

9. Una de las novedades de la Ley 51/1982 es la nueva configuración del ámbito de los beneficiarios del «derecho de opción». Frente al sistema anterior que lo consideraba como una figura complementaria de los supuestos de atribución de la nacionalidad previstos en el artículo 17 del Código civil, que se conectaba tanto con los supuestos derivados del *ius soli* como a los derivados del *ius sanguinis*, la nueva regulación va a vincularse al hecho de la patria potestad o de la tutela de un español. No es el momento de criticar la vigente redacción del artículo 19 del Código civil, sino la interpretación otorgada por la *Instrucción* a un problema derivado del citado precepto y que nos acerca a un importante aspecto de las denominadas «relaciones estructurales» entre los distintos sectores que configuran el Derecho internacional privado, concretamente las relaciones entre nacionalidad y conflicto de leyes. El problema es el siguiente: ¿qué ocurre si la madre española no participa en la patria potestad, según la ley extranjera de su hijo o del padre?, y la respuesta del Organismo directivo es que tal circunstancia «no ha de ser obstáculo, a pesar de lo dispuesto en el artículo 9, 4 del Código civil..., ya que por tratarse de un derecho concedido por la Ley española con base a unos presupuestos de hecho establecidos por esta misma legislación, es exclusivamente a éstos a los que hay que atenerse para no romper la armonía de la previsión legislativa». Tal afirmación sugiere una doble crítica tanto por lo que se refiere a su punto de partida, como por la solución otorgada.

10. Su punto de partida, el artículo 9, 4.º del Código civil y, en concreto, su primera conexión la «ley nacional del padre» no puede considerarse de recibo como consecuencia del artículo 14 de la Cons-

titudin en relación con su disposición derogatoria tercera. En efecto, una norma contraria al principio de igualdad de sexos como la citada, pese a no haber existido derogación expresa de la misma, debe considerarse sin ningún vigor, sin que sea necesario, como ha puesto de relieve E. García de Enterría (24), una expresa declaración de inconstitucionalidad. La interpretación otorgada, en la línea de la tan criticada *Res. D. G. R. N. de 21 de marzo de 1979* (25), es más llamativa por cuanto existen otros mecanismos en el Ordenamiento jurídico que llenan los eventuales vacíos legales y que otorgan soluciones válidas en espera de una reforma —actualmente en curso por lo que respecta al Título Preliminar del Código civil— de la normativa afectada por la Constitución. En efecto, el recurso a los denominados «principios de autointegración del sistema» y en concreto a la «aplicación analógica de las normas» previstas en el artículo 4, 1.º del Código civil es, como ha indicado J. D. González Campos, la única vía adecuada y la aplicación cumulativa de la ley nacional de ambos progenitores, la conexión que sustituye la derogada referencia a la ley nacional del padre (26). Consecuentemente la contingencia apuntada en la *Instrucción* requiere una interpretación distinta del artículo 9, 4.º del Código civil.

11. Mas aunque este último precepto estuviere en vigor, la inaplicación que la D. G. R. N. sugiere del mismo en base a que la opción constituye un «derecho concedido por la Ley española», no deja de ser una solución discutible aunque eventualmente correcta desde el punto de vista de la justicia material. Si, como entiende el Organismo directivo, las relaciones paterno-filiales se rigen en primer lugar por la ley nacional del padre, no cabe duda que la interpretación propuesta vulnera directamente lo dispuesto en el artículo 12, 6.º, ap. 1.º, del Código civil según el cual «Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español» y ello con independencia de que pudiesen intervenir con posterioridad ciertos correctivos funcionales, como el orden público. No cabe duda que estamos en este ámbito dentro de la polémica en torno a la cuestión previa en el Derecho de la nacionalidad y de que la D. G. R. N., frente a una cierta tendencia doctrinal (27) y frente a la solución otorgada por la *Res. D. G. R. N. de julio de 1955* (28), se ha inclinado por una solución material, ignorando al Derecho extranjero normalmente aplicable. Y

(24) Cf. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», *La Constitución española de 1978*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 122-123, trabajo reproducido en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, I, Madrid, Civitas, 1980, pp. 103-104.

(25) *Bol. Inf. M.º Just.*, núm. 1.163, 1979, pp. 98-99 y Nota de P. ABARCA JUNCO en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXIV, 1982, pp. 473-474.

(26) Cf. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de Derecho internacional privado*, Universidad Autónoma de Madrid, curso 1982-83 (policopiado), p. 138.

(27) PH. FRANCESCOAKIS, «Les questions préalables de statut personnel dans le droit de la nationalité», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1958, pp. 466 y ss.; L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, «La cuestión previa en el Derecho español de la nacionalidad», en este *Anuario*, t. XXX, 1977, pp. 763 y ss.

(28) *Anuario D.G.R.N.*, 1955, p. 199.

debe reconocerse que esta inclinación es coherente con determinada línea interpretativa, cuyo punto de partida es la *Res. D. G. R. N. de 23 de mayo de 1975* y su complemento tres importantes decisiones del año 1982 en materia de opción de la nacionalidad (29).

12. Que las soluciones materiales se superpongan a la normal aplicación de los preceptos conflictuales en materia de nacionalidad pueda ser discutible y que se reserve para los supuestos en que se mencionan los términos «emancipación» (arts. 19, 2.º, 21, 2.º, 22, 5.º y 23, 1.º) o «plena capacidad» (art. 19, 2.º) no es óbice para justificar la desafortunada referencia que la *Instrucción* realiza al artículo 9, 4.º del Código civil. Más parece una declaración de principios de la propia D. G. R. N. de que el precepto está en vigor, que una solución concreta a un problema real. La acción de la disposición derogatoria tercera de la Constitución sobre el precepto es, en nuestra opinión, incuestionable, y la solución propuesta al problema en base a la analogía, la única correcta. Es lamentable que si una de las características de las dos primeras fases de la reforma del sistema español de nacionalidad era el haber eliminado prácticamente el problema de la cuestión previa, que se vuelva a suscitar la cuestión.

§ 5. RESTRICCIONES EN ORDEN A LA CONCESION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA

13. Una lectura del nuevo artículo 22 del Código civil registra, sin duda, una menor rigidez en orden a la adquisición de la nacionalidad española por residencia que la que caracterizaba la anterior redacción del artículo 20 del Código civil. Ciertamente persiste la discrecionalidad en la concesión o denegación de las solicitudes, cierto que se exige que la residencia sea «legal», lo cual limita el número de aspirantes por vincularse el proceso a nuestra rígida normativa de extranjería, pero no cabe duda de que la disminución de los plazos y el aumento del ámbito de los beneficiarios muestran una tendencia inequívoca del legislador a flexibilizar esta particular modalidad de naturalización, verdadera pieza maestra del régimen de adquisición de la nacionalidad española. Se ha dicho que persiste la discrecionalidad, por lo que la nueva regulación es heredera del pasado, continuando la línea trazada por el Real Decreto de 6 de noviembre de 1916 (30) y plasmada en el Código civil en la reforma de 1954. Esta nota discrecional se ha reforzado si cabe al añadir el artículo 22 del Código civil

(29) *Ibid.*, 1975, pp. 294-298 y Nota de A. ORTIZ-ARCE en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXX, 1977, pp. 435-438. *Vid. Resoluciones D.G.R.N. de 30 de julio, 15 de octubre y 6 de diciembre de 1982, Bol. Inf. M.º Just.*, núms. 1.287, 1.296 y 1.298, 1982, pp. 50-56, 71-74 y 42-45 y Nota de J. C. FERNÁNDEZ ROZAS en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXV, 1983.

(30) *Vid. F. DE CASTRO*, «La adquisición por vecindad de la nacionalidad española», *Información Jurídica*, núms. 37 y 38, 1945, pp. 71-92; J. M.ª TRÍAS DE BES, «La naturalización española por título de vecindad según las últimas y recientes disposiciones», *R.G.L.J.*, t. 130, 1917, pp. 289-301.

a los motivos de orden público los de «interés nacional» como determinantes en la denegación de las solicitudes por parte del Ministro de Justicia. Ahora bien, como quiera que dicho precepto abarca junto al régimen general de los diez años de residencia previa en España una serie de concesiones por plazo abreviado de dos años (para iberoamericanos, andorranos, filipinos, ecuatoguineanos, portugueses y sefardíes) o de un año (para los titulares del derecho de opción con anterioridad a la Ley 51/1982), podría plantearse la duda de si a estas últimas concesiones les era aplicable la discrecionalidad. Ello por cuanto esta última nota sólo figura en el párrafo 1.º del artículo 22 del Código civil, donde se establece la regla general de los diez años, silenciándose los motivos de orden público y de interés nacional en el resto de los supuestos. La *Instrucción* ha sido contundente en este punto, extendiendo la nota discrecional a todo tipo de concesión, pues una cosa es que se abrevie el plazo de residencia previa en razón de una serie de circunstancias y otra que el procedimiento de naturalización se modifique en base a éstas. Nada cabe objetar a la interpretación otorgada por la D. G. R. N. en este punto: la supresión de una eventual denegación de la solicitud en base a motivos de orden público o interés nacional reconduciría los supuestos de naturalización por plazo abreviado de dos años o de un año a una modalidad de opción similar a la contemplada en el artículo 19 del Código civil. En suma, que los beneficiarios de plazos de residencia abreviada no tienen un derecho subjetivo a que se les atribuya la nacionalidad española.

14. Junto a esta línea interpretativa de evidente corrección, la *Instrucción* se muestra deliberadamente ambigua con una intención evidentemente restrictiva en relación con la naturalización de los sefardíes (31). El artículo 22 del Código civil estima suficientes dos años de residencia en España para la naturalización de los sefardíes, siempre «que acrediten su respectiva condición», circunstancia esta que ya desde la publicación de la Ley 51/1982 hacía presagiar que el supuesto iba a tener una aplicación muy limitada. En efecto, la *Instrucción* dispone a este respecto que la «condición de sefardí habrá de demostrarse por los apellidos que ostente el interesado, por el idioma familiar o por otros indicios que demuestren la tradición de pertenencia a tal comunidad cultural», fijando a continuación una serie de criterios sobre los que resulta obligado detenerse. En primer lugar, la D. G. R. N. estima que el «certificado de la comunidad israelita reconocida en España que acredite la pertenencia de una persona a la religión judía sefardita, no será más que un principio de prueba que, como tal, deberá ser apreciado en conjunción con otros medios probatorios»; dicho criterio, al involucrar innecesariamente el plano de la pertenencia a una comunidad cultural con el plano religioso, no resulta aceptable: el certificado, en los términos expresados, no cabe duda que vulnera de algún modo el artículo 16, 2.º de la Constitución, pues su consideración como «principio de prueba» supone otorgarle un

(31) *Vid.* sobre el particular S. BENSABAT BENARROCH, «La nacionalidad española de los judíos sefarditas», *R.G.L.J.*, vol. LXXVIII, 1979, pp. 143-148.

cierto valor y, de esta suerte, se obliga al solicitante a pronunciarse sobre su religión.

En segundo término, de acuerdo con la *Instrucción*, «constituirá medio de prueba suficiente de la condición de sefardí la justificación por el peticionario de su inclusión, o descendencia directa de una persona incluida, en las listas de familiares sefardíes protegidos por España a que, con relación a Egipto y Grecia, hace referencia el Decreto-ley de 29 de diciembre de 1948». Ahora bien, un examen del referido Decreto-ley y, en concreto, de sus listas anexas, muestran hasta qué punto el ámbito de estas justificaciones es más que limitado. En efecto, diferir el ámbito de beneficiarios a una relación del año 1948, que incluye solamente a individuos procedentes de Egipto y de Grecia, no es más que una ironía, ironía que se hace más acusada al proceder a la cuantificación de las listas ya de por sí «cuidadosamente seleccionadas» en la época en que se redactaron: 272 personas procedentes de Egipto y 409 procedentes de Grecia. Asimismo, resulta discutible el tercer criterio ofrecido por la D. G. R. N. en el sentido de que «la misma conclusión será aplicable si existen para otros países listas análogas o si el solicitante acredita su descendencia directa de una persona que haya gozado de la protección española bajo el régimen de capitulaciones». La posibilidad de que existan para otros países listas análogas a las de los dos países antes referidos es más que hipotética y la alusión a los descendientes «protegidos», cuando el régimen de capitulaciones fijado en Montreux finalizó en 1949, es más bien una cláusula de estilo que una previsión de futuro. Por último, siguiendo el texto de la *Instrucción*, al calificar de «elemento probatorio de utilidad» la justificación por parte del interesado de «su vinculación o parentesco colateral» con las personas o familias detalladas más arriba, es evidente que se deja en manos de la Administración un criterio de apreciación totalmente discrecional.

15. A partir de las consideraciones anteriores puede afirmarse que el Organismo directivo se ha encargado de reducir al mínimo la posibilidad de que los sefardíes puedan acogerse al plazo privilegiado de residencia en España de dos años para adquirir la nacionalidad española, desvirtuando de este modo el espíritu del artículo 22 del Código civil; parece sin duda excesivo el rigor mostrado a efectos probatorios porque, en definitiva, la condición de sefardita ni trae consigo directamente la adquisición de la nacionalidad española, ni otorga un derecho subjetivo en el individuo para adquirirla; tan sólo reduce el plazo previo de residencia para solicitar la naturalización. En descargo de la línea interpretativa que criticamos debe insistirse en la falta de precisión del artículo 22 del Código civil en la materia y en su carácter falaz: si lo que pretende el legislador es «reparar una injusticia histórica» (32), que comience por otorgar un régimen de ex-

(32) *Vid.* las intervenciones del diputado Guerra i Fontana en la Comisión de Justicia e Interior con motivo de los debates que precedieron a la Ley 51/1982 en defensa de la Enmienda núm. 18 del Grupo Parlamentario Socialistas de Catalunya.

tranjería privilegiado o que someta a los sefardíes a otra modalidad de adquisición de la nacionalidad española. El limitarse a reducir los plazos de residencia sin pronunciarse por el problema probatorio resulta un eufemismo innecesario.

§ 6. PERDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR ADQUISICION DE OTRA NACIONALIDAD

16. Pese a que la autonomía de la voluntad juegue un escaso papel en el Derecho de la nacionalidad, ésta ha mantenido una cierta relevancia en el ámbito de la pérdida de la nacionalidad por adquisición de otra. Una muestra de hasta qué punto se respeta en la Ley 51/1982 dicha autonomía de la voluntad es la nueva redacción del artículo 23, 1.º, inciso 1.º, del Código civil, consolidándose en nuestro sistema una importante manifestación del derecho a cambiar de nacionalidad reconocido en el artículo 15, 2.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Ahora bien, sentado el principio general el propio precepto introduce una serie de límites a la autonomía que se traducen en la necesidad de que en el interesado concurren ciertas circunstancias. Dichos límites, es obvio, se han flexibilizado en relación con la normativa anterior: se ha suprimido la exigencia de los veintiún años que, curiosamente, no había sido modificado por el Real Decreto-ley de 16 de noviembre de 1978 (33) y, sobre todo, se ha eliminado el requisito de que los solicitantes varones no estuviesen «sujetos al servicio militar en período activo, salvo que medie exigencia del Gobierno». Sin embargo aún perdura la necesidad de residir «fuera de España con tres años de anterioridad». Esta exigencia de una desconexión previa del individuo con España es sin duda el mayor límite que nuestro sistema impone al régimen de la pérdida de la nacionalidad por adquisición voluntaria de otra. Propuesta su eliminación en los debates que precedieron a la Ley 51/1982, esta iniciativa no prosperaría, lo cual implica un peligroso precedente si se pone en relación con cierta línea interpretativa que la *Res. D. G. R. N. de 18 de febrero de 1976* refleja con nitidez (34).

Ha de considerarse, pues, un acierto, la interpretación flexible que del plazo de los tres años ha realizado la *Instrucción* en el sentido de que «si en el momento de adquisición voluntaria de la nacionalidad extranjera por parte del español capaz no lleva éste aún tres años de residencia fuera de España, ello no ha de ser obstáculo para que, en el momento en que transcurra dicho plazo y si el interesado sigue conservando la nacionalidad extranjera adquirida con anterioridad, incurra en tal momento en causa de pérdida de la nacionalidad espa-

(33) Debe recordarse, sin embargo, que la D.G.R.N. entendía con buen criterio que la edad de veintiún años carecía de sentido, inclinándose por los dieciocho, pese a lo dispuesto en el por entonces en vigor artículo 22 del C. c. (*Res. D.G.R.N. de 10 de enero de 1979, Bol. Inf. M.º Just.*, núm. 1.157, 1979, p. 63).

(34) *Bol. Inf. M.º Just.*, núm. 1.052, 1976, p. 59.

ñaola». Con tal razonamiento, además, el Organismo directivo toma partido en una cuestión polémica en la doctrina pues tanto la antigua redacción del artículo 22 del Código civil como la del vigente artículo 23 suscitaban la duda de si tenía algún valor la decisión de adquirir la nacionalidad extranjera formulada con anterioridad al transcurso de los tres años de residencia fuera de España. Concretamente, para M. Peña y Bernaldo de Quirós dicha decisión sería ineficaz por inoportuna (35), en tanto que para J. Peré Raluy no era preciso que la residencia de tres años en el extranjero hubiese «precedido a la adquisición de la nacionalidad extraña, sino que la pérdida de nacionalidad se producirá en el momento de la adquisición de la extranjera si en tal ocasión se hubiera completado ya el indicado tiempo de residencia y en el momento de cumplirse dicho plazo en el caso contrario» (36). No puede desconocerse que ambos argumentos tenían sólidas bases jurídicas, mas la *Instrucción*, al inclinarse por el segundo ha adoptado una posición realista y más respetuosa con la autonomía de la voluntad del individuo. Con todo, debe insistirse en lo innecesario del requisito de los tres años y en la crítica a la Ley 51/1982 por haberlo mantenido.

17. La modalidad de pérdida que estamos examinando requiere, claro es, que se produzca la adquisición de otra nacionalidad. Dado el papel que la autonomía de la voluntad posee en esta institución, dicha pérdida no tendrá lugar si al peticionario le ha sido atribuida la nacionalidad extranjera por un acto de un Estado extranjero independiente de su voluntad. La *Instrucción* reitera en este punto la doctrina del denominado «asentimiento voluntario» y es coherente con la línea mantenida por el Organismo directivo a partir de la *Res. D. G. R. N. de 5 de abril de 1965* (37). Precisamente por esta reiteración se echa de menos una referencia a ciertos interrogantes que la expresión «adquieran voluntariamente otra nacionalidad» suscita y que, en algunas ocasiones han sido resueltos por la propia D. G. R. N. Así, por ejemplo, no hubiese estado de más que la *Instrucción* se pronunciara por la necesidad de que el carácter de «nacionalidad» extranjera deba ser apreciado por las autoridades españolas tras haber quedado constancia de la existencia de un auténtico vínculo de fidelidad entre el solicitante y un Estado soberano extranjero; en definitiva, recoger la doctrina sentada por la *Res. D. G. R. N. de 23 de noviembre de 1977* (38). Y, junto a esto, acaso hubiese sido aconsejable, aunque el tenor del artículo 23, 1.º del Código civil es bastante explícito, que la *Instrucción* afirmase que no es posible que un individuo renuncie a su nacionalidad para convertirse en apátrida, eventualidad que, por absurda que parezca, ha sido esgrimida recientemente por ciertos sectores sociales. Al lado de toda una serie de consecuencias perturbadoras para el Derecho de la nacionalidad, dicha posibilidad podría ser una

(35) Cf. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *loc. cit.* en n. 4, p. 688.

(36) Cf. J. PERÉ RALUY, *Derecho del Registro Civil*, t. II, Madrid, Aguilar, 1962, p. 617.

(37) *Anuario D.G.R.N.*, 1965, p. 287.

puerta abierta a eventuales fraudes de ley al llevar consigo la alteración del punto de conexión de la norma de conflicto en materia de estatuto personal.

§ 7. CONSERVACION DE LA NACIONALIDAD FRENTE A DOBLE NACIONALIDAD AUTOMATICA

18. Como aportación fundamental al Derecho español de la nacionalidad el artículo 11, 3.º de la Constitución establece en su inciso final un sistema de doble nacionalidad automática cuyo fundamento último es la protección del trabajador español en el extranjero. Frente al régimen anterior de doble nacionalidad convencional, subsistente en líneas generales, el nuevo sistema se sitúa en una perspectiva de futuro en correspondencia con el postulado proclamado en el artículo 42 de la Constitución (39). No es este el momento de estudiar el alcance de la doble nacionalidad automática (40); tan sólo insistir en que, a partir de una lectura sistemática de los preceptos constitucionales ésta implica la existencia de una nacionalidad privilegiada: la española, pudiendo afirmarse, frente al sistema convencional, que no existe una nacionalidad efectiva y otra durmiente. Ambas nacionalidades son operativas: no se trata de una recuperación ni de una conservación. Debe insistirse también en que desde el punto de vista técnico para que no opere la doble nacionalidad automática se requiere la acumulación de dos requisitos basados en la voluntad del interesado: de un lado, el hecho voluntario de adquirir otra nacionalidad, voluntariedad que excluye toda atribución forzosa de nacionalidad por parte de un Estado extranjero; de otro, la voluntad expresa y no mediante actos implícitos de renunciar a la nacionalidad española, mediante una declaración del interesado. Esta solución del nuevo Derecho español de la nacionalidad, basada en la voluntad positiva y negativa del interesado presenta una importante particularidad: no suponer ninguna limitación ni en el espacio ni en el tiempo. Consecuentemente, partiendo del texto del artículo 11, 3.º, el sistema opera, en primer lugar, partiendo de la idea de una vinculación con España no sólo histórica («hayan tenido») o actual («tengan»), sino de futuro (puedan tener en su día); en segundo lugar cabe notar que el vínculo especial con España no viene determinado por la existencia de unos vínculos políticos, sino que está fijado por la presencia misma de los españoles en un determinado país.

Hasta aquí el sistema previsto en la Constitución que no por constituir una respuesta adecuada a un problema real fue pacíficamente recibido por los órganos de la Administración; en concreto, fue

(38) *Bol. Inf. M.º Just.*, núm. 1.115, 1977, p. 88.

(39) *Vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS*, «Reflexiones sobre la doble nacionalidad. Consecuencias en la emigración española», *Emigración y Constitución*, obra patrocinada por el Instituto Español de Emigración, s. f., pp. 91-102.

(40) *Vid. nuestras consideraciones en «La reforma...», loc. cit. en n. 2, números 65 a 69.*

considerado como una auténtica piedra introducida en el engranaje casi secular de la nacionalidad española. Pese a constituir sin ningún género de dudas el artículo 11, 3.º, *in fine* de la Constitución una norma directa y perfecta (41) y no ser necesario un ulterior desarrollo legislativo para surtir efectos, la *Res. D. G. R. N. de 21 de marzo de 1979* manifestó una opinión contraria estimando que el precepto se limitaba a «sentar principios rectores» (42). El debate parlamentario que suscitó el asunto tratado en la referida decisión es sumamente revelador de la hostilidad con que la doble nacionalidad fue tratada por la D. G. R. N. (43).

19. Dicha hostilidad va a estar presente, asimismo, a lo largo de los trabajos parlamentarios que precedieron la redacción del controvertido nuevo artículo 23 del Código civil. La prueba es que el Proyecto de Ley de reforma de los artículos 17 al 26 del Código civil remitido por el Gobierno a las Cortes no sólo ignoró la institución, sino que pretendió agotar la referencia al artículo 11, 3.º de la Constitución con un tiempo de residencia reducido a dos años para la adquisición de la nacionalidad española por nacionales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial y Portugal, cuando, como se acaba de exponer, la redacción del referido precepto poseía unos objetivos más ambiciosos. La omisión, sin embargo, fue subsanada en el trámite de enmiendas (44) y recogida en el Informe de la Ponencia aunque este último texto introdujo un cierto freno al automatismo de la institución al exigir una justificación ante los Registros Consular o Central de que la adquisición de la nacionalidad extranjera se produjo por motivos laborales, expresión esta última que más tarde sería sustituida en el Senado por la de «razón de emigración».

El actual texto del artículo 23, 1.º Código civil no constituye en nuestra opinión un desarrollo progresista de la Constitución en materia de nacionalidad aunque, sin duda, marca un importante hito en la política de protección del trabajador emigrante. Ahora bien, la necesidad de «justificar» las «razones de emigración» desvirtúa el espíritu expansivo del precepto constitucional. Esta es la vía utilizada por la

(41) Cf. E. PÉREZ VERA, «La constitución de 1978...», *loc. cit.* en n. 1, pp. 12-13 y *op. cit.* en n. 9, p. 76. *Vid.* de la misma autora, «El sistema español de doble nacionalidad ante la futura adhesión de España a las Comunidades Europeas», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 8, 1981, pp. 685-703.

(42) *Vid supra*, n. 25.

(43) Dicho debate se encuentra recogido en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho internacional privado. Materiales de prácticas*, Madrid, Tecnos, 1983, núm. 2.15.

(44) De acuerdo con la enmienda núm. 34 formulada por el Grupo Parlamentario Comunista: «Asimismo, no obstante lo dispuesto en el apartado 1.º del artículo 23 [pérdida de la nacionalidad española por adquisición voluntaria de otra], la adquisición voluntaria por un español que reside habitualmente en el extranjero de la nacionalidad del Estado de su residencia no entrañará la pérdida de la nacionalidad española, salvo que el interesado renuncie expresamente a ella mediante declaración hecha ante el encargado del Registro Consular del Estado de su residencia o por documento auténtico dirigido al encargado del Registro Central».

D. G. R. N. para transformar el contenido de la institución que estamos estudiando.

20. En efecto, la *Instrucción* se ha servido de la deficiente redacción del artículo 23, 1.º del Código civil para recortar aún más su alcance estimando que el 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», añadiendo que el cónsul, «atendidas las circunstancias de cada caso», podrá «rechazar la conservación de la nacionalidad española por los emigrantes pasado un tiempo prudencial desde su adquisición de la nacionalidad extranjera». Es decir, se vuelve a reiterar la doctrina de la *Res. D. G. R. N. de 21 de marzo de 1979* y se atribuye al cónsul una potestad que atenta directamente contra lo dispuesto en el artículo 11, 2.º de la Constitución. Y, por lo que se refiere a la utilización del término «conservación», no cabe duda que éste figura en el artículo 11, 1.º de la Constitución, pero tampoco cabe de que esta particular institución, que con anterioridad figuraba en el artículo 26 del Código civil, ni ha sido regulada por la Ley 51/1982 ni fue contemplada en los trabajos parlamentarios que la precedieron. Ya hemos señalado que este mecanismo de la doble nacionalidad automática tiene como característica fundamental el hecho de que tanto la nacionalidad española como la extranjera son operativas a todos los efectos.

§ 8. DOBLE NACIONALIDAD CONVENCIONAL

21. Los «graves problemas» derivados de la interpretación del último párrafo del artículo 23 del Código civil a los que la *Instrucción* alude más parecen fruto de una mala interpretación del precepto que de la observación de la realidad; en concreto, parece como si el Organismo directivo estimase que en este precepto se contempla una modalidad de «conservación» de la nacionalidad de gran alcance y contraria al mecanismo previsto en los Convenios de doble nacionalidad suscritos por España. A nuestro juicio, el último párrafo del artículo 23 es perfectamente coherente no sólo con el párrafo 3.º del artículo 11 de la Constitución sino con el espíritu de los referidos Convenios, y no contempla ninguna modalidad de conservación de la nacionalidad española sino que es respetuoso con el mecanismo convencional. Y ello, aunque posibilite una opción lógica: de un lado, que los españoles se acojan al mencionado mecanismo que, como es sabido, contempla una nacionalidad efectiva y otra durmiente; de otro, que los españoles adquieran directamente la nacionalidad del país con el que existe Convenio y renuncien a la española, es decir, que no se somenta a las disposiciones del Convenio. No se trata, pues, de una aplicación forzosa de las leyes españolas a los españoles que adquieran la nacionalidad de uno de los países mencionados en el precepto. El texto de base sigue siendo el Convenio de doble nacionalidad respectivo y, por

si pudiera plantearse alguna duda, la ley aplicable al estatuto personal vendría determinada por lo dispuesto en el artículo 9, 9.º del Código civil. No hay nada que objetar a que, como sugiere la *Instrucción*, se impulsen las consultas periódicas entre Gobiernos previstas en este tipo de instrumentos internacionales, pero, cabe insistir, el texto del párrafo último del artículo 23 del Código civil no precisa hoy por hoy la realización de tales consultas.

§ 9. CONSIDERACIONES FINALES

22. El artículo 11, 1.º de la Constitución establece que «La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley». Este precepto, cuya importancia acaso no haya sido debidamente ponderada (45) es trascendental dentro del nuevo Derecho español de la nacionalidad. De un lado, porque la remisión no se hace al Código civil o al «Derecho civil» (46), lo que posibilita el cauce de una ley especial que, en nuestra opinión, debería tener el carácter de Ley Orgánica (47), con independencia de que el legislador haya preferido utilizar el cauce de la reforma parcial del Código civil en la Ley 51/1982. De otro, porque deja bien sentado que la nacionalidad es una materia que queda excluida del ámbito de la potestad reglamentaria de la Administración. Ambas características del precepto han sido utilizadas con poca fortuna a la hora de adaptar nuestro Derecho de la nacionalidad a los principios constitucionales, toda vez que el reducido marco de diez artículos del Código civil no puede dar respuestas adecuadas a una materia tan extensa y con autonomía propia. Ello ha dejado un margen de interpretación tan inmenso a la D. G. R. N. que el Organismo directivo, aun en contra de su voluntad, continúa fijando los límites del sistema pese al mandato del constituyente.

Ahora bien, con independencia del dato anterior, cuya raíz última descansa en la desafortunada reforma del Código civil de 1982, la *Instrucción* se caracteriza por haber adoptado una posición restrictiva hacia el espectacular aumento del número de españoles que los nuevos preceptos sobre nacionalidad hacían presagiar. Esta actitud, claro es, responde a unas circunstancias socio-económicas muy concretas por las que atraviesa nuestro país en estos momentos y la relación de esta

(45) *Vid.* las interesantes consideraciones sobre este precepto realizadas por M. ALBALADEJO, *Derecho civil, I, Introducción y Parte General*, vol. I, 9.ª ed., Madrid, Bosch, 1983, p. 291.

(46) Debe reconocerse, sin embargo, que en la primera fase de la elaboración de la Constitución existió una tendencia a acudir a las disposiciones del Derecho civil, manifestada tanto en el borrador, como en el Anteproyecto y en el Proyecto elaborado por el Congreso de los Diputados. Incluso hubo una tendencia a utilizar la expresión «Código civil» (Enmienda núm. 779 al Anteproyecto de Constitución presentada por el Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático, *Trabajos parlamentarios, op. cit.* en n. 7, vol. I, p. 484).

(47) *Cf.* «La reforma...», *loc. cit.* en n. 2, núm. 10 y n. 38.

actitud hostil con la política de extranjería seguida por el Ministerio del Interior es evidente. En la presente nota se ha pretendido dar en ciertos aspectos una lectura de los textos legales contraria a la realizada por el Organismo directivo, pero no es a éste a quien en el fondo van dirigidas las críticas. De un lado, porque en la elaboración de la *Instrucción* participaron todos los Ministerios implicados. De otro, porque el legislador no prestó la debida atención a la trascendencia de una reforma del Derecho de la nacionalidad en España y en el año 1982.

23. Estas páginas (48) han tratado de honrar la memoria de un gran maestro del Derecho internacional privado que ha dedicado gran parte de su obra al estudio de ese particular sector del Ordenamiento jurídico que es el Derecho de la nacionalidad. Sin la aportación fundamental del profesor Federico de Castro y Bravo, sin su insistencia en la necesidad de profundizar en la dimensión histórica, la doctrina española se hubiese visto desprovista de un importante bagaje que la caracteriza y que la *Instrucción*, con independencia de sus conclusiones, refleja en buena medida. Pero junto a esta dimensión teórica De Castro fue un jurista que supo responder al reto del tiempo en que le correspondió vivir. Profundamente iberoamericanista, la actual institución de la doble nacionalidad convencional no existiría en el Código civil de no haber sido por su esfuerzo. Consciente de la injusticia de la apatridia, la reforma del Código civil de 1954 emprendió por vez primera la lucha por su erradicación en virtud de su impronta. Para quienes no hemos tenido la suerte de contar con el magisterio directo del profesor Federico de Castro, nos queda el estímulo de su dilatada obra y el espíritu que supo impregnar a varias generaciones de juristas.

(48) Con posterioridad a la elaboración de esta nota ha aparecido un importante trabajo de J. DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, *Principios de la reforma en materia de nacionalidad*, «Revista de Derecho Privado», 1983, pp. 791-819, que supone una lectura radicalmente distinta de la efectuada por nosotros acerca de la *Instrucción*; las posiciones contrarias mantenidas por este autor, sólidamente fundamentadas, pueden servir de punto de partida para una enriquecedora polémica. Resulta asimismo obligada la referencia al estudio de L. SANTOS ARNÁU y B. VILA COSTA, *Comentarios a la Ley 51/1982, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 al 26 del Código civil en materia de nacionalidad*, «Revista Jurídica de Cataluña», 1983, pp. 847-895, publicado también con posterioridad a la entrega de esta nota.

