

EL SISTEMA DE ACCESO DE LOS EXTRANJEROS A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA TRAS LA LEY 36/2002, DE 8 DE OCTUBRE: ¿UN SISTEMA PARA LA INTEGRACIÓN?

Elena CANO BAZAGA*

RESUMEN: El legislador español sigue sin acometer una reforma global del derecho de la nacionalidad, que continúa fragmentado en diversos cuerpos legales, lo que acrecienta sobremanera su complejidad. En este trabajo se analizan las escasas novedades que ha introducido la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad. Ignorando que España ha pasado de ser país de emigración a receptor de inmigrantes, esta ley facilita la recuperación de la nacionalidad española a determinados emigrantes y la adquisición a algunos de sus descendientes. La reforma no incluye medidas dirigidas a la población inmigrante, que sigue encontrando múltiples dificultades para adquirir la nacionalidad española y, en consecuencia, para integrarse plenamente.

ABSTRACT: The fact that the Spanish Lawyer continues without undertaking a global reform of the right of nationality, which is still divided into several legal bodies, makes it even more complex. The few modifications introduced by 36/2002, 8 th of October of Civil Code modifications about Nationality matters Law, are analyzed in this essay. The aim of this Law, without taking into account the fact that Spain has changed from being an emigration country to be an immigration one, is to make the recovering of spanish nationality to certain emigrants and the acquisition of it to some of their descendants easier. This reform does not include extends addressed to immigrant population who face several difficulties to obtain spanish nationality and, therefore, to integrate themselves completely.

RÉSUMÉ: Le législateur espagnol continue sans trouver une réforme globale du droit de la nationalité, qui se trouve divisé en fragments de divers corps légaux, ce qui fait augmenté énormément sa complexité. Dans ce travail ont étudiées les quelques nouveautés que la Loi 36/2002, de 8 octobre, de modification du Code civil en matière de nationalité a introduit. Ignorant que l'Espagne est passé d'un pays exportateur d'émigration à un pays récepteur d'émigration, l'objectif de cette loi c'est de faciliter la récupération de la nationalité espagnole a déterminés émigrants et l'acquisition à quelques-uns de ses descendants. La réforme n'inclut pas les mesures diriges à la population des immigrants, qui trouves encor trop de difficultés pour acquérir la nationalité espagnole et, par conséquent, s'intégré pleinement.

* Profesora de derecho internacional privado de la Universidad de Sevilla.

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares*. II. *La Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en Materia de Nacionalidad*. III. *El mantenimiento de las vías de acceso a la nacionalidad española*. IV. *Valoración*.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El vigente derecho español de la nacionalidad, reformado en sucesivas ocasiones tras la promulgación, en 1978, de la Constitución (en adelante CE),¹ sigue sin responder a las necesidades que la transformación de la realidad socioeconómica demanda. Nuestro país, en relativamente poco tiempo, ha pasado de ser país de emigración a receptor de inmigrantes, muchos con vocación de permanencia. Ya en 1998, la inversión del flujo migratorio llevó al Parlamento español a señalar la necesidad de una nueva ley de nacionalidad orientada hacia la integración de la nueva población, “pues las situaciones de marginalidad o de desigualdad a que se ven sometidos los extranjeros propician una clasificación de ciudadanos de primera y de segunda, que sienta las condiciones objetivas para que se desarrollen con virulencia el racismo y la xenofobia”.² Pese a ello, la última reforma de este sector del ordenamiento español, llevada a cabo por la Ley 36/2002, de 8 de octubre,³ no ha modificado un ápice los criterios de acceso de la población inmigrante a la nacionalidad española, limitándose a facilitar tal acceso a los descendientes de ciudadanos españoles o de antiguos ciudadanos españoles.

En las líneas que siguen se ha tratado de reflexionar sobre las escasas modificaciones que en esta materia ha introducido la Ley 36/2002, así como de subrayar las múltiples dificultades que en este marco jurídico se le siguen planteando al inmigrante extranjero que quiere integrarse plenamente en la sociedad española.⁴

1 Sobre la evolución del derecho español de la nacionalidad, véase, entre otros, Fernández Rozas, J. C. y Álvarez Rodríguez, A., “Le droit espagnol de la nationalité”, en Nascimbene, B. (ed.), *Le droit de la nationalité dans l'Union Européenne*, Milán, Giuffrè, 1996, pp. 207-213.

2 Informe de la Subcomisión de la Comisión de Política Social y Empleo, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, serie D, 27 de febrero de 1998, núm. 248.

3 *BOE*, núm. 242, 9 de octubre de 2002.

4 La oportunidad de publicar este trabajo, a través de la profesora Nuria González Martín, a quien agradezco sus amables gestiones, surgió a partir de mi intervención en el foro de debate “Legislación e Inmigración”, que el pasado 3 de junio tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, dentro del programa del seminario “Trabajar y vivir como inmigrante en Andalu-

Para ello conviene, previamente, recordar algunos datos, empezando por la concepción que el legislador español viene manteniendo sobre la nacionalidad.

Al igual que las legislaciones de los demás países de la Unión Europea, la legislación española concibe la nacionalidad como el vínculo jurídico-político que une a una persona física con el Estado español,⁵ lo que le supone la plenitud de derechos y obligaciones y, consecuentemente, la total integración. De manera que no es ni siquiera la residencia permanente la que otorga el *status* de ciudadano, sino la nacionalidad, concepción que se proyecta a nivel comunitario al depender la ciudadanía europea de que se ostente alguna de las nacionalidades de los países que conforman la Unión Europea.⁶

De este concepto de nacionalidad se deriva la competencia exclusiva de los respectivos legisladores para configurar su derecho de la nacionalidad en general y, en particular, para decidir quiénes son sus nacionales,⁷ competencia que en el caso español viene recogida en el artículo 149.1.2a., CE. No es, sin embargo, en este cuerpo legal en el que se desarrolla el sistema de acceso de los extranjeros a la nacionalidad española, sino, básicamente, en los artículos 17 a 26, pertenecientes al título I, “De los españoles y extranjeros”, del libro I del Código Civil (en adelante CC), aunque es preciso contar con otras muchas disposiciones dispersas

cía”. El seminario, organizado por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales abrió un diálogo interinstitucional y académico en tomo a cuatro ámbitos de actuación dentro de la fenomenología de la inmigración: “Integración social”; “Control de flujos migratorios”; “Inmigración y mercado de trabajo” y “Legislación e inmigración”.

5 Véase, entre otros, Pérez Vera, E. y Abarca Junco, P., “Derecho de la nacionalidad (1)”, varios autores, *Derecho internacional privado*, Madrid, Universidad de Educación a Distancia, 1998, vol. 1, p. 183, y la bibliografía citada.

6 Véase, entre otros, Juárez Pérez, P., *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Madrid, Marcial Pons, 1998; Escobar Hernández, C., “Extranjería y ciudadanía de la Unión Europea”, en varios autores, *Extranjería e inmigración en España y en la Unión Europea*, Madrid, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1998, Colección Escuela Diplomática, núm. 3, pp. 103-126; Blázquez Rodríguez, I., *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba y Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, 2001.

7 Sobre la llamada “competencia personal” del Estado y los escasos límites que impone la normativa internacional de protección de los derechos humanos, véase Cano Bazaga, E., “El ámbito de aplicación personal de la LO 4/2000, de 11 de enero, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre”, en varios autores, *Extranjeros en España. Régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 2001, pp. 17-37, y la bibliografía citada; e *id.*, “El acceso de los extranjeros a la nacionalidad española”, en Carrillo Salcedo, J. A. (coord.), *La Ley de Extranjería a la luz de las obligaciones de España en derechos humanos*, Madrid, Universidad Internacional de Andalucía-Akaí, 2002, pp. 55-78.

en otros cuerpos legales, como los artículos 1, 2, 15, 16, 18, 63 y 67 de la Ley del Registro Civil (LRC), los artículos 220 a 224 del Reglamento del Registro Civil (RRC), los convenios de doble nacionalidad, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, o la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La Constitución, en el artículo 11.1, remite la regulación de la adquisición, conservación y pérdida de la nacionalidad española a lo establecido por la ley. Esta misma disposición, en un segundo apartado, establece que ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad, contemplándose en el tercero y último, la posibilidad de concertar tratados de doble nacionalidad, además de con los países iberoamericanos, con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. De este artículo, desarrollado por la Ley 51/1982, de 13 de julio,⁸ y, posteriormente, por la Ley 18/1990 de 17 de diciembre⁹ (con las modificaciones introducidas por la Ley 29/1995, de 2 de noviembre y por la reciente Ley 36/2002, de 8 de octubre), se derivan algunos de los rasgos caracterizadores de la regulación española, como la distinción entre españoles de origen y no originarios, y un tratamiento distinto para los mismos en cuanto a la pérdida de la nacionalidad española y a la doble nacionalidad¹⁰ o la influencia en las soluciones previstas en materia de renuncia, pérdida y doble nacionalidad, de las relaciones de España con los países pertenecientes a la comunidad iberoamericana, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal y sefardíes, de manera que los supuestos relacionados con ellos reciben un trato excepcionalmente favorable.¹¹

8 BOE, núm. 181, 30 de julio de 1982.

9 BOE, núm. 302, 18 de diciembre de 1990.

10 Sólo el español de origen, además de no poder ser privado de su nacionalidad, puede ostentar la condición de doble nacional, ya sea por vía convencional (artículo 11.3, CE) o legal (artículo 24.1, CC). Una tercera diferencia se establece en el artículo 60.1, CE, que reserva la posibilidad de ser tutor del rey menor "a la persona que en su testamento hubiera nombrado el rey difunto, siempre que sea mayor de edad y español de nacimiento". Véase *ad ex.*, Hulade Sánchez, J. J., "La pérdida voluntaria de la nacionalidad española: breve examen del artículo 24 del Código civil", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1991, núms. 11-12, pp. 343-364, pp. 356 y ss.; Rodríguez Mateos, P., "La doble nacionalidad en la sistemática del derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1990, vol. XLII, núm. 2, pp. 463-493; Aguilar Benítez de Lugo, M., "Doble nacionalidad", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, Madrid, núms. 10-11, 1996, pp. 219-262.

11 Junto a estos supuestos de doble nacionalidad legal, considerando históricamente como un objetivo de política legislativa el establecimiento de un régimen de doble nacionalidad con los países iberoamericanos, España firmó numerosos convenios bilaterales, todos —con excepción del firmado con Colombia (1979)— anteriores a la Constitución. Aunque el artículo 11.3, CE, amplíase la posibilidad de concertar convenios de doble nacionalidad a aquellos "países que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España", tal posibilidad no ha sido utilizada. La condición de doble nacional

En cuanto a los principios que informan la actual regulación, deben destacarse los principios constitucionales de igualdad de sexos y de igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación, lo que implica que la igualdad se predique respecto a los hijos, matrimoniales o no (artículo 14 y artículo 39.2, CE) y adoptivos (artículo 108, CC), y el principio, más general, de protección de los menores conforme a los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (artículo 39.4, CE). El principio de igualdad de sexos se refleja, por ejemplo, en que la nacionalidad se transmita al hijo tanto por vía paterna como por vía materna (artículo 17.1, CC), acabándose con la situación preconstitucional en la que la nacionalidad de la madre resultaba subsidiaria a la del padre. El principio de igualdad de los hijos ante la ley conlleva el otorgamiento de la nacionalidad española a los nacidos de padre o madre españoles, ya sean hijos matrimoniales o no, y a los adoptivos (artículo 19, CC), con la única diferencia de que los primeros adquieren esa cualidad desde su nacimiento y los segundos desde que se constituye válidamente la adopción. La reforma de 1982 también supuso la introducción de un nuevo supuesto de atribución de la nacionalidad española por *ius soli*, el de los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecen de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad (artículo 17.1.c), CC), con lo que se trata de evitar situaciones de apatridia originaria, conforme a las directrices de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, cuyo contenido ya se reflejó en el artículo 39.4, CE. También hay que destacar el principio de independencia familiar que, consagrado en 1975 para el matrimonio¹² —los cambios de nacionalidad del marido no afectan a la esposa y ésta no pierde la nacionalidad española por matrimonio con extranjero—, se extendió en 1990 a las relaciones paternofilia-

que nuestro ordenamiento admite debe considerarse una excepción a la regla general de una única nacionalidad, pues España es parte del Convenio del Consejo de Europa sobre reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades y sobre las obligaciones militares en el caso de pluralidad de nacionalidades, hecho en Estrasburgo el 6 de mayo de 1963 y de su Protocolo de modificativo de 24 de noviembre de 1977 (BOE, núm. 203, de 25 de agosto de 1987; BOE, núm. 257, de 26 de octubre de 1989). Sobre el régimen de doble nacionalidad y su distinto alcance, véase Fernández Rozas, J. C. y Rodríguez Mateos, P., "Comentario al artículo 9. 9. C. c.", en varios autores, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, 2a. ed., Madrid, Edersa, 1995, t. I, vol. 2, pp. 392-428; Virgós Soriano, M., "Comentario al artículo 9. 9. C. c.", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a las reformas del Código civil en materia de nacionalidad*, Madrid, 1993, pp. 98-101; Aguilar Benítez de Lugo, M., *op. cit.*, nota 10, pp. 219 y ss.

12 Ley 14/1975, 2 de mayo; BOE, núm. 107, 5 de mayo de 1975.

les, de manera que los cambios de nacionalidad de los titulares de la *patria potestad* no alteran automáticamente la nacionalidad de los hijos, sino que éstos podrán ejercer el derecho de opción.

En cuanto a la estructura del sistema español de acceso a la nacionalidad, en el que no ha incidido la Ley 36/2002, se siguen manteniendo dos grandes vías para el mismo: la atribución y la adquisición.¹³ Cada una de ellas se compone de varios criterios. Como es sabido, los criterios de atribución se caracterizan porque son automáticos, al incluir aquellas situaciones en las que la nacionalidad se otorga con independencia de la voluntad del individuo. Se basan en dos circunstancias: el *ius sanguinis*, el derecho de la sangre, la llamada filiación biológica —son españoles los hijos de españoles— y el *ius soli*, el derecho del suelo —se atribuye la nacionalidad española a los nacidos en el suelo, en el territorio, español—. Las leyes españolas siempre han dado preferencia a la filiación biológica sobre el derecho del suelo, opción propia de los países de fuerte emigración,¹⁴ lo que se traduce, por ejemplo, en que el mero hecho de nacer en territorio español no suponga la atribución de la nacionalidad española, sino que se necesiten otros requisitos adicionales, y que, por el contrario, el nacimiento de padre o madre españoles sí otorgue directamente la nacionalidad.

Por lo que respecta a los criterios para la adquisición de la nacionalidad española, caracterizados porque precisan de la declaración expresa del interesado a través de una solicitud, siguen siendo la opción y la naturalización.

La opción se configura como un derecho subjetivo que ostentan las personas que se encuentran en uno de los supuestos contemplados por la ley. La principal diferencia con la adquisición de la nacionalidad por naturalización está en que se restringe al máximo la discrecionalidad de la administración, limitándose su labor a supervisar que el interesado efectivamente se encuentra en uno de los particulares casos previstos.

En cambio, la naturalización es una concesión del Estado, en el sentido de que, frente a lo que ocurre con la opción, no estamos ante un dere-

13 Sobre la distinción entre atribución y adquisición de la nacionalidad española véase Juárez Pérez, P., *op. cit.*, nota 6, p. 86.

14 Véase sobre la influencia de la emigración en la configuración del sistema español de acceso a la nacionalidad a Díaz del Corral Rivas, J., "Artículo 17", en varios autores, *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 175 y ss.; Rodríguez Morata, F., "La nacionalidad de los emigrantes españoles en la Ley 18/1990, de reforma del Código Civil", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1991, núms. 11-12, pp. 365-384.

cho subjetivo del solicitante, sino ante una decisión unilateral del Estado que, analizando las circunstancias de cada caso concreto, concede o no el derecho a adquirir la nacionalidad a quien, reuniendo los requisitos legalmente exigidos, la solicita expresamente. Por lo tanto, siempre hay un margen de discrecionalidad en su otorgamiento, a pesar de que esté más o menos reglada.

El derecho español mantiene dos categorías de naturalización: la carta de naturaleza, o naturalización privilegiada, y la naturalización por residencia.

Mediante la carta de naturaleza, regulada también en Italia, Grecia, Luxemburgo o Bélgica, se concede la nacionalidad como premio por la prestación de importantes servicios al país no determinados en la ley, siendo, por tanto, absoluta la discrecionalidad de la administración concedente. Finalmente, en la naturalización por residencia, el modo más frecuente de acceso a la nacionalidad española para el extranjero inmigrante, su duración, que demuestra el arraigo en el Estado de que se trate, es el requisito caracterizador y del que toma su nombre, pero no el único.

II. LA LEY 36/2002, DE 8 DE OCTUBRE, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE NACIONALIDAD

Una buena ley es una ley eficaz, eficacia que exige no sólo que tal instrumento jurídico resuelva los problemas que la realidad plantea, exigencia ineludible, sino también la existencia de recursos adecuados para su aplicación, lo que no es menos importante. Ambas exigencias, pilares que sustentan la eficacia de cualquier ley, se han visto defraudadas por la poco ambiciosa reforma emprendida con la Ley 36/2002.

En cuanto a la nueva realidad española, marcada por la existencia de flujos migratorios intensos, hay que recordar que, ya desde los años ochenta, España empezaba a recibir no sólo antiguos españoles que retornaban, sino también inmigrantes y refugiados, lo que debía llevar a promover su participación y el desarrollo de sus derechos civiles y sociales, porque en muchos casos se trataba de una población nueva con vocación de permanencia, que había escogido nuestro país y quería formar parte de nuestra sociedad. La mejor manera de facilitárselo era promover vías para su rápida integración, lo que exigía una profunda modificación del derecho de extranjería español así como de nuestro derecho de la nacionalidad. En general se propugnaba, en el sector del derecho de extranjería,

flexibilizar el acceso a las situaciones de regularidad administrativa, y en el segundo, facilitar los supuestos de acceso a la nacionalidad española.

Respecto a este último, más concretamente, la nueva realidad exigía acometer una labor de coordinación y armonización que cristalizase en un código o en una ley especial sobre nacionalidad, que acabara con la dispersión actual de nuestro ordenamiento jurídico, y que afrontara la nueva realidad de manera global.

Esta nueva realidad, como se puso de manifiesto en dos de las tres proposiciones de ley de modificación del CC presentadas,¹⁵ demandaba:

a) Para con la nueva población inmigrante:

- *Promover el refuerzo del criterio del ius soli para los nacidos en España de padres extranjeros cuando al menos uno de los progenitores tuviera residencia habitual en España.* Las proposiciones de Ley del Grupo Socialista y de Izquierda Unida (IU) coincidían en mantener la primacía del *ius sanguinis* pero, en consonancia con la inversión del flujo migratorio, incluir este nuevo supuesto de atribución de la nacionalidad española de origen con diferencias puntuales: para IU era suficiente la residencia habitual de uno de los progenitores en tanto que el PSOE requería la residencia legal.¹⁶
- *Reducir los plazos de residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición, previstos en el artículo 22 CC, sobre todo el general de diez años y el especial de cinco años.* Tanto el Grupo Parlamentario Socialista como el de Izquierda Unida propusieron

15 Proposición de Ley de Modificación del CC en Materia de Nacionalidad presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, *BOCG*, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, serie B, 7 de diciembre de 1998, núm. 261-1; y posteriormente, Proposición..., 26 de octubre de 2002, núm. 168-1. Proposición... presentada por el Grupo Socialista del Congreso..., 22 de febrero de 1999, núm. 278-1; a la que siguió una segunda Proposición..., 9 de marzo de 2001, núm. 115-1. Y Proposición... presentada por el Grupo Parlamentario Popular..., 10 de mayo de 1999, núm. 303-1; que presentó una segunda Proposición..., 16 de marzo de 2001, núm. 122-1.

16 Sobre la insuficiencia de los actuales criterios de atribución de la nacionalidad española de origen desde una perspectiva integradora, véase Lara Aguado, A., "Nacionalidad e integración social (a propósito de la Ley 36/2002, de 8 de octubre)", *Diario La Ley*, núm. 5694, 10 de enero de 2003, pp. 3-4, que se refiere al supuesto de *los nacidos en España de progenitores marroquíes casados en Marruecos por el rito islámico, que son marroquíes ius sanguinis que serán considerados extranjeros en el país en el que han nacido y en el que han crecido, donde se desenvuelven todas sus relaciones vitales y donde, pese a todo, no pueden disfrutar de la plenitud de derechos y obligaciones como los españoles de su entorno. O el caso de hijos de progenitores marroquíes no casados nacidos en España. Puesto que en el derecho marroquí se penalizan las relaciones fuera del matrimonio islámico, el interesado se consideraría hijo de padre desconocido y seguiría la nacionalidad marroquí de la madre.*

que el plazo general se redujera de diez años a cinco y el de cinco años a dos, en beneficio, este último, no sólo de los refugiados, sino también de los apátridas, los nacionales de países de la Unión Europea, los moriscos y los saharauis (actualizándose el catálogo de países que se considera que tienen especiales vínculos con España y reparándose, en cierta medida, la deuda histórica contraída con moriscos y saharauis).

- *Mantener el plazo de diez años sólo para los casos en los que no fuera posible probar la legalidad o continuidad de la residencia (IU).*
- *Equiparar el tratamiento de las parejas de hecho, con independencia de su orientación sexual, al matrimonio, de manera que la pareja de hecho de un nacional español pudiera también beneficiarse del plazo privilegiado de un año para adquirir la nacionalidad española por residencia (PSOE).*
- *Requerir, también, el plazo privilegiado de residencia de un año a los inmigrantes que hubieran obtenido una prestación de invalidez permanente, como consecuencia de enfermedad profesional o accidente de trabajo, contraída o acaecida en España (IU).*

b) Para con la población emigrada:

- *Tomar medidas para promover su retorno y el de sus descendientes, en cumplimiento del artículo 42, CE (El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno). La proposición del Partido Popular se basaba en facilitar la recuperación de la nacionalidad a los emigrantes españoles y la adquisición a sus descendientes, cuestión sobre la que sí mostraban su acuerdo las distintas fuerzas políticas.*

La Ley 36/2002, cuyo texto prácticamente coincide con la Proposición de Ley del Grupo Popular,¹⁷ sólo atiende a esta última necesidad, ignorando las cuestiones que la profunda transformación social viene planteando. Sin incluir ninguna medida que ataña a la población inmi-

¹⁷ A pesar de la trascendencia del tema, no se llegó a un consenso entre las distintas fuerzas políticas que "no votaron en contra de su aprobación porque mejora algo la situación anterior", véase Lara Aguado, A., *op. cit.*, nota anterior, p. 1.

grante, la reforma, lejos de ofrecer una respuesta global, sólo intenta resolver el problema, importante, pero muy parcial, de la población emigrada. En palabras de la profesora Angeles Lara Aguado:

Dado que el colectivo de personas que potencialmente podrían beneficiarse de esta reforma es amplio, las expectativas que se habían generado con la modificación del régimen español de la nacionalidad eran muchas. Sin embargo, la ley que se ha aprobado no responde a esas expectativas y tampoco satisface plenamente las necesidades que plantea un país plural y multicultural como el que representa España actualmente.¹⁸

Así, en cuanto a la adquisición de la nacionalidad española, no se introduce ningún supuesto nuevo de atribución o adquisición automática a los ya previstos en los artículos 17 y 19.1, CC, permaneciendo también inalterados los preceptos dedicados a la posesión de estado, artículo 18, CC, y a la adquisición por adopción de los mayores de edad, regulada en el artículo 19.2, CC.

Es en la adquisición por ejercicio del derecho de opción y en la adquisición por residencia en las que se incluyen nuevos supuestos, siguiéndose la línea tradicional del legislador español, en el sentido de hacer prevalecer el *ius sanguinis*, el derecho de la sangre, sobre otros criterios:

- Por lo que respecta al derecho a optar por la nacionalidad española, se concede también a *aquellos cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España* (artículo 20.1.b), CC) y además *sin límite alguno de edad* (artículo 20.3, CC). Con esto, como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley, se atienden las reclamaciones que los españoles residentes en el extranjero hicieron llegar al Consejo de la Emigración, pidiendo la derogación del sistema de plazos preclusivos de opción establecidos sucesivamente en las leyes 18/1990, 15/1993 y 29/1995. Pero, como señalara la profesora Mercedes Moya Escudero, el artículo 20.3, CC sólo incluye a los hijos, biológicos o adoptivos, de padre o madre que hubieran sido españoles *de origen* y nacidos en territorio español. *No se incluye en este supuesto a dos grupos de descendientes españoles: los hijos de españoles que adquirieron nuestra nacionalidad de forma derivativa y los hijos de españoles nacidos en el extranjero*

18 *Ibidem*, p. 2.

ro. La exclusión del primer grupo, que puede estar basada en que sus padres no tenían sangre española, es discriminatoria; para los segundos, cuyos padres si tenían sangre española, no hay una explicación lógica, el único motivo de la exclusión es que no nacieron en suelo español. Ante la falta de nacionales, la ley prefiere a los que lleven sangre española, pero no a todos. Como subraya la citada profesora, esta desigualdad no está justificada y no responde adecuadamente al objetivo establecido en el artículo 42, CE, porque sólo favorece a un sector de los descendientes de emigrantes españoles¹⁹ y porque se intensifican aún más las diferencias entre los españoles de origen y los naturalizados, cuando lo que se debería haber hecho es adoptar medidas que contribuyan a equiparar a ambos grupos, atribuyéndoles los mismos derechos de cara a la opción por la nacionalidad española. El objetivo del artículo 42, CE, es compensar al español que tuvo que emigrar, sin distinguir si es de origen o no.²⁰

- En el artículo 22.1, CC, dedicado a la adquisición por residencia de un año, se añade un sexto supuesto: “f) el nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles”, con lo que se favorece a los nacionales de países iberoamericanos y de antiguas colonias españolas. Aunque, de nuevo, el artículo 42, CE, fundamenta este supuesto, también aquí es criticable la falta de generosidad del legislador español, por no haber incluido a estas personas en los supuestos de derecho de opción, sin necesidad de exigirles plazo alguno de residencia y por discriminar también entre nacionales de origen y derivativos. Por otra parte, es extraño que se haya utilizado la expresión de “nacidos de”, en lugar de “hijos de”, pues parece que no se quiere incluir a los hijos adoptivos en este plazo de residencia privilegiado, exclusión incompatible con el principio de equiparación de la filiación.

La nueva normativa para asilados y refugiados, en vigor desde 1994, ha provocado la supresión de los asilados como beneficiarios

19 Moya Escudero, M., “Nacionalidad e integración del trabajador extranjero” (ponencia), III Seminario sobre la Investigación de la Inmigración Extranjera en Andalucía, Huelva, Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, 14-16 de mayo de 2003, en prensa.

20 Lara Aguado, A., *op. cit.*, nota 16, pp. 4 y 5, ya que el artículo 14, CE, proclama la igualdad ante la ley de los españoles, y el artículo 139, CE, que todos los españoles tienen los mismos derechos y deberes en cualquier parte del territorio del Estado, el artículo 20.1 b) es un precepto inconstitucional, por introducir una discriminación.

del plazo privilegiado de cinco años de residencia para la adquisición de la nacionalidad española, que ahora, tras esta mejora técnica, queda circunscrito a los refugiados (artículo 22.1, CC).²¹

Admitiendo el acierto del legislador al tratar de dar respuesta, con estas dos precisiones, a uno de los múltiples aspectos de la realidad social española, hay que insistir en que en nada afecta la reforma al acceso a la nacionalidad de la población inmigrante, por lo tanto, desde la perspectiva de la plena integración de este colectivo, nada se ha hecho.

En cuanto a los otros subsectores que conforman el derecho de la nacionalidad, pérdida, conservación y recuperación, la reforma incluye, junto a algunas mejoras técnicas, medidas de fondo, que al igual que en materia de acceso a la nacionalidad, están orientadas hacia la población emigrante y a sus descendientes.²²

Así, en la regulación de la pérdida de la nacionalidad española, se mantiene la redacción del artículo 24, CC, con dos precisiones destinadas a reforzar la seguridad jurídica, y, en el artículo 25, CC, se añade un nuevo supuesto de pérdida para los españoles que no lo sean de origen:

- Por una parte, quienes adquieran voluntariamente otra nacionalidad o utilicen exclusivamente la que tuvieron atribuida antes de la emancipación *podrán evitar la pérdida si dentro del plazo indicado* (tres años desde la adquisición o desde la emancipación) *declaran*

21 Conforme a la legislación española, quien solicita asilo cumpliendo los requisitos de la Convención de Ginebra para ser considerado refugiado, goza del derecho de asilo en España, con lo cual, bajo el término refugiado estarían cubiertas las dos figuras, véase Lara Aguado, A., *op. cit.*, p. 7, la supresión no carece de trascendencia puesto que la protección que confiere nuestro ordenamiento jurídico a los que obtienen el asilo se limita a la protección de mínimos que contienen el Convenio de Ginebra, quedando fuera de la misma todas aquellas personas que tienen una necesidad concreta de protección por las circunstancias en que se encuentran y que no reúnen los requisitos para que se les conceda el derecho de asilo en los términos del Convenio de Ginebra (inmigración económica). Lo que se pretende es restringir la protección a las situaciones de persecución política en sentido estricto. En 2002, el Ministerio del Interior español negó el estatuto de asilado al 97.1% de los 6.203 solicitantes. La Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) critica con dureza la política española sobre asilo político y se queja de la "tortífera", "demoledora" y "restrictiva" concepción que del refugio tiene el gobierno. Esta política ha llevado a España al penúltimo lugar en población refugiada en la Unión Europea: 0.2 asilados por cada 1.000 habitantes (*Diario de Sevilla*, 20 de junio de 2003).

22 Véase Sagarra Trias, E., "Modificación de la regulación de la nacionalidad española en el Código Civil", página WEB del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, <http://www.rei-caz.es>.

su voluntad de conservar la nacionalidad española al encargado del Registro Civil (artículo 24.1, CC).

- *Por otra parte, los que habiendo nacido y residiendo en el extranjero ostenten la nacionalidad española por ser hijos de padre o madre españoles, también nacidos en el extranjero, cuando las leyes del país donde residan les atribuyan la nacionalidad del mismo, podrán evitar la pérdida de la española si, igualmente, declaran su voluntad de conservarla ante el encargado del Registro Civil en el plazo de tres años, a contar desde su mayoría de edad o emancipación (artículo 24.3, CC).*

En ambos casos, transcurrido el plazo previsto, la ausencia de declaración implica la pérdida automática de la nacionalidad española. Conforme a la disposición adicional segunda de la Ley 36/2002, *la causa de pérdida prevista en el artículo 24.3 del Código Civil sólo será de aplicación a quienes lleguen a la mayoría de edad o emancipación después de la entrada en vigor de la presente ley (9 de enero de 2003).*

El artículo 25, CC, junto a *la entrada voluntaria al servicio de las armas o el ejercicio de cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del gobierno (artículo 25.1.b), CC), incluye el supuesto de utilización exclusiva durante tres años de la nacionalidad a la que se hubiera declarado renunciar al adquirir la nacionalidad española (artículo 25.1 a), CC), como causas de pérdida de la nacionalidad española para los nacionales que no lo sean de origen.*

La reforma se ha aprovechado para suprimir la otra causa que nuestro ordenamiento contenía, la llamada “pérdida como sanción”, y que hacía referencia a *la pérdida de la nacionalidad española para los españoles que no lo fueran de origen cuando por sentencia firme fueren condenados a su pérdida, conforme a lo establecido en las leyes penales.* Se trata de una mejora técnica insoslayable, pues quedó derogado de hecho tras la promulgación del Código Penal de 1995, que suprimió de su articulado la pena de pérdida de la nacionalidad española, contemplada como pena grave y de carácter potestativo, para los delitos contra la seguridad del Estado.

Por lo que respecta a la regulación de la recuperación de la nacionalidad, la ley modifica dos aspectos del anterior artículo 26, CC, en el que los requisitos para la recuperación de la nacionalidad española perdida eran: la residencia legal en España, la declaración ante el encargado del

Registro Civil de la voluntad de recuperarla, la renuncia a la nacionalidad extranjera (requisito del que se exime a los naturales de los países mencionados en el artículo 24, CC) e inscripción de la recuperación en el Registro Civil.

El requisito de la residencia legal en España no se exige a los emigrantes ni a los hijos de emigrantes, pudiendo ser dispensado en los demás casos si concurren “circunstancias excepcionales” que quedan sin especificar. Ahora, en el apartado 1 a) del artículo 26, CC, se suprime la exigencia de renuncia a la nacionalidad anterior, puesto que el mismo suponía en la práctica un obstáculo insuperable para la recuperación de la nacionalidad española. Como indica la Exposición de Motivos, de esta forma se atiende a la exigencia contenida en el punto seis de la moción aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 18 de octubre de 2000, sobre medidas para mejorar, jurídica y económicamente, la situación de los emigrantes españoles.

También se ha suprimido del artículo 26.2, CC, el requisito previo de la habilitación del gobierno para la recuperación de la nacionalidad española cuando no se ha cumplido el servicio militar o la prestación civil sustitutoria.

Finalmente, de acuerdo con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la disposición adicional primera de la Ley 36/2002 señala que las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia y de dispensa del requisito de residencia legal para recuperar la nacionalidad española, deben resolverse en el plazo máximo de un año, a contar desde que tuvieron entrada en el órgano competente. El silencio administrativo se resolverá en sentido negativo.

En cuanto al otro pilar que sustenta la eficacia de la ley, los recursos existentes para lograr que las puntuales modificaciones del sistema de acceso a la nacionalidad se lleven a la práctica, ya se ha manifestado en distintos foros *la clamorosa insuficiencia de medios humanos y materiales de los consulados generales españoles, encargados de emitir los certificados sobre nacionalidad de padres y abuelos emigrantes, para atender la avalancha de solicitudes que se está produciendo.*²³

23 Rodríguez Benot, A., “Nuestros parientes en Argentina y la profesión de ‘colero’”, *Diario de Sevilla*, 30 de enero de 2003, apunta como una de las asignaturas pendientes de la democracia española la reforma de nuestro servicio exterior, recordando las palabras de nuestra ministra de asuntos exteriores que reconocía en una comparecencia en las Cortes Generales que la configuración de

Como conclusión a esta primera modificación del sistema español de acceso a la nacionalidad, después de las sucesivas reformas producidas en el sector del derecho de extranjería, podemos decir que estamos como estábamos en 1990: las vías de acceso a la nacionalidad española para la población inmigrante y los requisitos exigidos siguen siendo los mismos.

III. EL MANTENIMIENTO DE LAS VÍAS DE ACCESO A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

1. *Criterios de atribución de la nacionalidad española*

Los criterios de atribución de la nacionalidad española, recogidos en los artículos 17.1 y 19.1, CC, siguen siendo cinco. A través de ellos se obtiene siempre la nacionalidad española de origen.

- En primer lugar, se recoge el criterio del *ius sanguinis* o filiación biológica en estado puro pues, conforme al artículo 17.1 letra a), CC, son españoles “los nacidos de padre o madre españoles”, con independencia de cualquier otra circunstancia.
- A continuación, el artículo 17.1 letra b, CC), señala que también son españoles de origen: “Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España”. Con fundamento en el *ius soli* reforzado, se atribuye la nacionalidad española por el doble vínculo territorial que supone que tanto el hijo como uno de sus progenitores haya nacido en España. Como suele ser habitual, de este apartado se excluye a los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en nuestro país.
- El tercer supuesto de atribución de la nacionalidad española de origen, contemplado en el artículo 17.1 letra c), CC, se reserva para “Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad”.²⁴ De nuevo con sustento en el *ius soli*, el

nuestras representaciones diplomáticas y consulares es esencialmente la misma que la existente antes de la Constitución, época en que las necesidades de presencia española en el mundo eran sensiblemente inferiores a las actuales.

²⁴ Esta disposición se incorporó a nuestra legislación con la reforma de 1982, siguiendo las directrices de la Declaración de Derechos Humanos de 1948 y del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, cuyo contenido ya inspiró la redacción del artículo 39.4, CE (“Los niños gozarán

objetivo legislativo es evitar los casos de apatridia originaria puesto que, si no existiera esta disposición, los nacidos en España de padres apátridas o de padres extranjeros cuya legislación siga estrictamente el criterio del *ius soli*, serían apátridas. En este último caso, es preciso acreditar mediante certificación consular que el país o países de la respectiva nacionalidad de los padres no otorga su nacionalidad al menor nacido en suelo español.

- El cuarto caso de atribución de la nacionalidad española, artículo 17.1 letra d), CC, está previsto para “Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español”. Al igual que en el apartado anterior, se sigue el criterio del *ius soli* y se trata de luchar contra la apatridia de los menores, con fundamento en el principio superior de protección del menor. Hay que decir que si se llega a conocer a alguno de los padres y al hijo le correspondiese otra nacionalidad, mantendría la española, al menos hasta que, una vez emancipados, incurran en alguno de los supuestos de pérdida contemplados en el artículo 24, CC.²⁵
- El quinto y último caso, actualmente, de atribución de la nacionalidad española de origen es la adopción por españoles de menores extranjeros, recogido en el artículo 19.1, CC. Es un supuesto especial de atribución de la nacionalidad española de origen que no deriva del nacimiento: “El extranjero menor de 18 años adoptado por un español adquiere, desde la adopción, la nacionalidad española de origen”. Para que la adopción conlleve la atribución de la nacionalidad española se requiere: que el adoptante o uno de los adoptantes sea español, de origen o no, en el momento de constituirse la adopción; que el adoptando sea extranjero, esto es que tenga una nacionalidad distinta a la española o no tenga ninguna; que el adoptando sea menor de 18 años en el momento de constituirse la adopción; y que se haya constituido válidamente la adopción de acuerdo con el

de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”). Tras la entrada en vigor, el 5 de enero de 1991, de la Convención de 1989 sobre los Derechos del Niño, el artículo 17.3 se interpreta conforme al artículo 7 de la convención.

25 Normas de parecido tenor son frecuentes en casi todos los sistemas de nacionalidad, véase Cano Bazaga, E., *Adopción internacional y nacionalidad española*, Sevilla, Mergablum, 2001, pp. 66 y 67.

ordenamiento jurídico español. Para que la adopción sea válida es necesario que sea plena; es decir, ha de tratarse de una adopción que suponga la integración del menor en la familia adoptiva, extinguiendo los vínculos jurídicos que le unen con su familia anterior y que sea irrevocable con carácter general.²⁶

2. Los criterios de adquisición de la nacionalidad española

En cuanto a los criterios para la adquisición de la nacionalidad, los que están a disposición de la población inmigrante, se mantienen los que ya conocíamos: la opción y la naturalización.

El derecho de opción se ejerce, previa declaración expresa del interesado, por quienes demuestren que se encuentran en alguno de los, ahora, cuatro supuestos contemplados en el artículo 20, CC:

- *Las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español.*²⁷
- *Las que se hallen comprendidas en el segundo apartado de los artículos 17 y 19, CC;* esto es, los extranjeros a los que se les determine su filiación o nacimiento en España después de los 18 años (artículo 17.2, CC) y los extranjeros mayores de dieciocho años adoptados por un español (artículo 19.2, CC), supuesto en que se adquiere la nacionalidad española de origen.²⁸

26 Se trata de uno de los supuestos en los que la nacionalidad de origen la tendrán personas que seguramente ya tenían otra. Dependiendo de lo previsto en la legislación de origen, el adoptado ostentará las dos, hasta que, una vez emancipado, incurra en una causa de pérdida contemplada en la legislación española (artículo 24, CC). Al no ser habitual que el legislador prevea como causa de pérdida de su nacionalidad la adopción por extranjero, lo más frecuente es que se produzcan supuestos patológicos, anómalos, de doble nacionalidad, al menos durante la minoridad; véase Cano Bazaga, E., "La atribución o la adquisición de la nacionalidad como efecto de la adopción internacional. El sistema español", en González Martín, Nuria y Rodríguez Benot, Andrés (coords.), *Estudios sobre adopción internacional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pp. 301-310; *ibidem*, pp. 69 y 70.

27 Como señala la Resolución de la DGRN de 10. de febrero de 1996, cuando la ley española concede, en determinadas condiciones, el derecho a optar por la nacionalidad española a quienes estén o hayan estado sujetas a la *patria potestad* de un español, esta institución ha de ser calificada con arreglo a la ley española (artículo 12.1, CC): "La sola circunstancia de que un matrimonio se haya hecho cargo de la educación y custodia de un menor de edad no es, pues, suficiente para que este menor pueda optar a la nacionalidad española de uno de los cónyuges, porque no existe la base —la *patria potestad*— que justifica la opción".

28 En ninguno de estos dos casos, como reconoce el propio Preámbulo de la Ley de 1990, se otorga la nacionalidad de manera automática porque se considera que cuando tales hechos se producen después de los dieciocho años de edad pueden afectar a personas cuya vinculación con España sea escasa o inexistente.

- Y, tras la ley 36/2002, *aquellas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España.*

En los tres primeros supuestos, el derecho de opción está sujeto a un plazo preclusivo, pues, conforme al artículo 20.1 c), CC, puede ejercerse hasta los veinte años de edad y excepcionalmente, si el interesado no estuviera emancipado, según su ley personal, al llegar a los dieciocho años, hasta dos años desde la emancipación. Cuando transcurra el plazo exigido, el normal o el excepcional, caduca el derecho y, en consecuencia, ya no es posible adquirir la nacionalidad española por esta vía. En cambio, como ya hemos tenido ocasión de exponer, para el nuevo cuarto supuesto, como se subraya en el artículo 20.3, CC, *el ejercicio del derecho de opción no está sujeto a límite alguno de edad.*

El ejercicio del derecho de opción, en cualquiera de los supuestos contemplados, comienza con la declaración de opción ante el encargado del Registro Civil del domicilio del interesado, si reside en España o, si reside fuera, ante el encargado del Registro Consular correspondiente, permitiéndose también en este caso que se efectúe en documento debidamente autenticado y dirigido al Ministerio de Asuntos Exteriores.

La declaración puede formularse (artículo 20.2, CC):

a) *Por el representante legal del optante, menor de catorce años o incapacitado. En este caso, la opción requiere autorización del encargado del registro civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal. Autorización que se concederá en interés del menor o incapaz.*

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

c) *Por el interesado, por sí solo, si está emancipado o es mayor de dieciocho años.*

d) *Por el interesado por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la recuperación de la plena capacidad.*

Además de realizar la declaración correspondiente, deben cumplir los tres requisitos señalados por el artículo 23, CC, comunes a todos los modos de adquisición de la nacionalidad española. Los dos primeros, exigibles a los mayores de 14 años y a las personas capaces de prestar una declaración por sí mismas, son: la jura o promesa de fidelidad al rey y de obediencia a la Constitución y a las leyes, (artículo 23 a), y la declaración

de renuncia a la anterior nacionalidad, excepto si se es natural de un país iberoamericano, de Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, supuestos en los que la doble nacionalidad está legalmente amparada (artículos 23 b) y 24.2, CC). El tercer requisito se refiere a la necesidad de inscripción de la adquisición en el Registro Civil español, artículo 23 c), CC, inscripción con efectos constitutivos.

La mayoría de los inmigrantes, los que no se encuentran en uno de los cuatro supuestos de opción, cuentan con la vía de la naturalización para adquirir la nacionalidad, en sus dos modalidades: la carta de naturaleza, o naturalización privilegiada, que recordemos que es un mecanismo excepcional en el que se concede a la administración una total discrecionalidad²⁹ y, como regla general, la naturalización por residencia durante cierto tiempo, que es la vía de acceso por antonomasia para el extranjero.

Conforme al artículo 21, CC, que permanece inalterado tras la reforma, en su apartado 1: “La nacionalidad española se adquiere por carta de naturaleza, otorgada discrecionalmente mediante real decreto, cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales”. Se interpreta que aunque concurren esas circunstancias excepcionales, que quedan sin determinar,³⁰ se puede o no conceder la carta de naturaleza.

La concesión se tramita por el Ministerio de Justicia y se otorga por el Consejo de Ministros a través de real decreto (artículo 63, LRC y artículo 223, RRC).

Aunque este modo de adquisición es muy criticado, por no especificar cuándo concurren las circunstancias excepcionales y no existe en la mayoría de los ordenamientos extranjeros, puede convertirse en el instrumento adecuado para resolver las deficiencias o desajustes del sistema, como apuntara el profesor José María Espinar Vicente.³¹

La adquisición por residencia se concede por el Ministerio de Justicia a través de una orden ministerial y puede denegarse “por motivos razona-

29 Como indica Carballo Piñeiro, L., “Control jurisdiccional de la actividad de la DGRN en materia de nacionalidad”, en varios autores, *Derecho registral internacional, libro-homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, 2003, p. 376, aunque la carta de naturaleza se articula sobre un derecho de gracia (encerrando, por tanto, una decisión política), lo que ha favorecido la interpretación de que sobre el mismo no había control jurisdiccional, dicha conclusión debe desterrarse ante la innegable preeminencia de los artículos 9.3, 24, 103 y 106, CE.

30 “Desde la difusión del castellano, al buen hacer futbolístico, o la pertenencia a determinadas brigadas internacionales durante la guerra civil española”. Moya Escudero, M., *op. cit.*, nota 19.

31 Espinar Vicente, José María, *Derecho internacional privado*, 2a. ed., Granada, 1988, p. 107.

dos de orden público o interés nacional” (artículo 21.2, CC). En la práctica el concepto de “orden público o interés nacional” se reconduce al examen del requisito de “buena conducta cívica” porque implica la evaluación positiva de una conducta, que es calificada de modo negativo si atenta contra el orden público o interés nacional. La operación que se realiza conduce a observar la trayectoria personal para averiguar si la conducta ha sido (y es) cívica, o dicho de otro modo, si no es contraria al orden público o al interés nacional.³²

En definitiva, para solicitar el derecho a la adquisición de la nacionalidad española, el extranjero debe acreditar los requisitos exigidos a su residencia, pero también debe justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y el suficiente grado de integración en la sociedad española (artículo 22.4, CC).

En cuanto a la residencia en sí, el artículo 22, CC, se refiere, en primer lugar, a su duración, manteniéndose los cuatro plazos que existían antes de la reforma, según las circunstancias en que se encuentre el inmigrante:

- El plazo de diez años, pese a las críticas recibidas, sigue manteniéndose como supuesto general.
- Se exigen cinco años cuando se trata de personas que han obtenido refugio en España; lo que también se ha criticado por su duración excesiva y por no haberse aprovechado la reforma para incluir a los que tiene reconocido el estatuto de apátridas, sobre todo cuando el artículo 34 del Convenio del Estatuto de los Apátridas, establece la necesidad de facilitar el acceso a la nacionalidad, lo que no se menciona en el reglamento³³ ni se ha tenido en cuenta en la reforma del CC. Debería haberse asimilado su situación a la de los refugiados, en vez de someterles al plazo general de diez años, a no ser que reúnan los requisitos para obtener asilo en España. Para paliar este tipo de situaciones injustas debería utilizarse la carta de naturaleza.
- Se reduce a dos años si se trata de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal o sefardíes. La instrucción de 16 de mayo de 1983 de la DGRN establece que esta condición se determina por los apellidos del interesado, el idioma familiar o por otros indicios que demuestren la tradi-

32 Carballo Piñeiro, L., *op. cit.*, nota 29, p. 381.

33 Reglamento de reconocimiento del Estatuto de Apátrida aprobado por RD 865/2001, *BOE* de 21 de julio, España se adhirió al Convenio en 1997.

ción de pertenencia a esta comunidad cultural, considerándose medio de prueba suficiente *la justificación por el peticionario de su inclusión o descendencia directa de una persona incluida en las listas de familias sefardíes protegidas por España, a que, en relación con Egipto y Grecia, hace referencia el Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1948.*

La prueba de esta nacionalidad de origen se efectúa por certificación expedida por el cónsul o funcionario competente del país del solicitante que acredite que es nacional desde el nacimiento o que la ha adquirido después, pero que según el ordenamiento jurídico de ese país, se considera de origen. Se discrimina así entre los nacionales de origen de tales países y los “derivativos”, que quedarán sujetos, pese a haber demostrado un especial arraigo y vinculación con ese país, al plazo general de diez años. El acercamiento a nuestra cultura por los especiales vínculos históricos y lingüísticos es lo que ha llevado al legislador a reducir drásticamente de diez a dos años el plazo de residencia, pero ello no exime a estos nacionales de origen de probar, ante el encargado del Registro Civil, su domicilio en España y el suficiente grado de integración en la sociedad española, requisitos que tienen que justificarse en todos los casos de adquisición de la nacionalidad española por residencia.³⁴

El plazo es de un año para seis casos particulares:

- a) El que haya nacido en territorio español.
- b) El que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar.
- c) El que haya estado sujeto a la tutela, guarda o a acogimiento de un ciudadano o institución españoles (durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud).
- d) El que lleve un año casado con español o española (al tiempo de la solicitud) y no estuviera separado legalmente o de hecho.
- e) El viudo o viuda de española o español si a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho.

De acuerdo con las letras d) y e), se estima, por tanto, que la integración se produce más rápidamente si hay matrimonio, incluso aunque el cónyuge haya fallecido, pero que la integración no existe cuando se trata

34 Véase Moya Escudero, M., *op. cit.*, nota 19. El RD 1244/2002, de 29 de noviembre, enumera los países iberoamericanos y Guinea Ecuatorial, cuyos nacionales pueden acceder a la condición de militar profesional de tropa o marinería por tres años no renovables, a no ser que hubieran instado la concesión de la nacionalidad española.

de parejas de hecho. Aquí no puede olvidarse que el reconocimiento legal de las parejas de hecho existe en algunas comunidades autónomas pero no en el derecho común, y la nacionalidad es competencia exclusiva del Estado.³⁵

f) *El nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela que originariamente hubieran sido españoles.* Aquí no se exige, como en el supuesto del derecho de opción, que los ascendientes hayan nacido en España.

Como subraya el profesor Santiago Álvarez González, *la exigencia de que concurra un plazo mínimo de residencia en nuestro país es un índice de integración, de vinculación o arraigo; la existencia de un plazo distinto en función de determinadas características ratifica esta lectura: el plazo es inversamente proporcional a la existencia de otros índices que atestiguan dicha integración.*³⁶

Además de cumplirse el plazo, la residencia, conforme al artículo 22.3, CC, tiene que ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición.

Es este un punto de intersección entre los dos sectores del ordenamiento jurídico, derecho de la nacionalidad y derecho de extranjería, en el sentido de que el requisito de la *residencia legal* para los fines de la adquisición de la nacionalidad española por esta vía se viene interpretando de acuerdo con los parámetros del derecho de extranjería; la residencia legal no se corresponde con cualquier estancia o permanencia en territorio español, aunque sea legal, sino con la tenencia del correspondiente permiso de residencia, de acuerdo con las normas que regulan el establecimiento de extranjeros en España (artículos 29 a 35 de la Ley de Extranjería —LOE— y concordantes de su Reglamento de desarrollo).³⁷ De manera que para la

35 Véase Moya Escudero, M., *op. cit.*, nota 19; Lara Aguado, A., *op. cit.*, nota 16, p. 6.

36 Álvarez González, S., "La concesión de la nacionalidad española por residencia a los estudiantes extranjeros", en varios autores, *Derecho registral...*, *cit.*, nota 29, p. 369.

37 La permanencia regular del extranjero en España se configura en los artículos 29 a 35 de la Ley Orgánica 4/2000 modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE de 23 de diciembre de 2000), disposiciones que conforman el capítulo II ("Situaciones de los Extranjeros"), del título II ("Régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros"). Conforme al artículo 29.1, LOE, el extranjero que entra en España puede encontrarse en dos situaciones que admiten su permanencia en territorio español: la situación de estancia (artículo 30) o la de residencia, pudiéndose distinguir, si fuera este último el caso, entre situación de residencia temporal (artículo 31) y situación de residencia permanente (artículo 32). La estancia es la permanencia en nuestro país por un breve periodo de tiempo, por motivos de negocios, turismo, asistencia médica, etcétera; la residencia implica un mayor grado de vinculación con España. Su respectivo disfrute exige la obtención del correspondiente permiso, como documento en el que se plasma la autorización de la administración para poder

adquisición de la nacionalidad española por residencia, el inmigrante debe disponer del permiso de residencia en regla que le corresponda, durante el plazo de diez, cinco, dos o un año, según sus circunstancias. Por lo tanto, la mayor o menor flexibilidad a la hora de otorgar los permisos incidirá directamente en esta vía de acceso a la nacionalidad española. Diversas sentencias del Tribunal Supremo avalan esta estricta interpretación ya desde la vigencia de la antigua ley de extranjería de 1985, baste señalar como botón de muestra la STS (Sala de lo Contencioso) de 23 de noviembre de 2000,³⁸ en la que el alto tribunal afirma tajante: “Sólo se considerarán extranjeros residentes las personas amparadas por un permiso de residencia”. Y ello a pesar de que, como afirma el profesor Santiago Álvarez González, *en ningún momento exige el CC que el acceso a la nacionalidad española, presuponga una determinada “situación de extranjería”*.³⁹

Esta concepción, evidentemente, está lejos de flexibilizar el acceso a la nacionalidad española del extranjero, lo que se lograría, para estos fines, defendiéndose un concepto “más civilista” y “menos administrativista” de la residencia legal: *lo verdaderamente relevante sería si el extranjero es civilmente residente en España; y tal circunstancia concurre cuando “se dé la situación de hecho en que la residencia consiste”*. *Se cumple con este requisito aunque se viva como situación provisional (trabajador inmigrante, estudiante, por razones de salud, como refugio en tiempo de guerra o persecuciones, etcétera*.⁴⁰ No obstante, sin ir tan lejos, y respetando la correlación que debe existir entre los dos sectores del ordenamiento jurídico y el actual marco normativo —que exige un plazo de residencia como índice de integración—, lo que sí es defendible es que cualquier autorización o permiso pueda computarse para adquirir la nacionalidad española por residencia, así se evitaría el resultado ilógico al

estar o residir en nuestro país. En el apartado 2 del artículo 29 se especifica que será el Ministerio del Interior el encargado de autorizar la residencia temporal y la permanente, así como la prórroga de estancia, y en el apartado 3 se aclara que se considerará extranjero residente a quien obtenga un permiso de residencia temporal o de residencia permanente, véase Cano Bazaga, E. y Rodríguez Vázquez, Ma. A., “El estatuto administrativo del extranjero en la nueva Ley de Extranjería (régimen general de entrada, permanencia y salida)”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 44/2001, pp. 313 y 314.

38 Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, 2001, núm. 340.

39 Álvarez González, S., *op. cit.*, nota 36, pp. 373 y 374.

40 *Ibidem*, p. 368, que recoge la interpretación de Peña Bernaldo de Quiros, M., “Comentario a los artículos 21 y 22, CC”, en varios autores, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Madrid, Edersa, t. 1, vol. 3, 1993, p. 341.

que conduce la anterior interpretación en el caso, por ejemplo, de los estudiantes.⁴¹ Éstos disponen de una autorización de estancia cuya duración corresponde con la de los estudios a realizar y, hasta la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23 de mayo de 2001,⁴² no se consideraba, ni por los tribunales ni por la Dirección General de los Registros y del Notariado, o al menos se dudaba, puesto que existen decisiones contradictorias, que fuera computable el tiempo de disfrute de dicha autorización con el propósito de adquirir la nacionalidad española; al tratarse de autorización de estancia y no de permiso de residencia, la situación administrativa de regularidad no era bastante.⁴³ Con esta decisión puede abrirse un nuevo camino más razonable y acorde con el objetivo de flexibilizar las vías de acceso a la nacionalidad para la población inmigrante que desea la plena integración.

Al margen de que la situación especial y concreta del estudiante extranjero tenga visos de reinterpretarse correctamente tras la STS de 23 de mayo de 2001, la reforma de 2002 hubiera sido una buena oportunidad para introducir una calificación autónoma de lo que debe interpretarse por residencia con la finalidad de adquirir la nacionalidad española —*pues la situación administrativa que pasa por la obtención de un permiso de residencia, permanente o temporal, descrita en la Ley de Extranjería no tiene por qué ser la única que encaje en el concepto “residencia legal” del CC*—,⁴⁴ pero al no haberse hecho, se mantendrán las dudas sobre qué debe entenderse por residencia legal, residencia que, además, debe ser in-

41 El artículo 33 de la LOE regula un régimen especial de estancia para el estudiante, que la propia disposición define como: “el extranjero cuya venida a España tenga como fin único o principal el cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación, no remunerados laboralmente, en cualquiera centros docentes o científicos españoles, públicos o privados, oficialmente reconocidos”.

42 Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, 2001, núm. 4185.

43 Álvarez González, S., *op. cit.*, nota 36, pp. 367 y 368, ejemplifica lo irrazonable de esta interpretación: *la residencia legal de un estudiante que se encuentre realizando su tesis de doctorado en farmacología por plazo de uno o dos años (o cuatro o seis), en nada se diferencia de la residencia legal que el mismo pudo haber obtenido para desarrollar un trabajo durante un plazo de uno o dos años (o cuatro o seis) en el laboratorio universitario en el que desarrolla su investigación. Sus circunstancias personales de integración (chino, sujeto al plazo de diez años; refugiado al de cinco; cubano, al de dos; o hijo de padre o madre originariamente españoles, al de uno) serían las mismas. El plazo, como índice accesorio de integración, idéntico. La única diferencia se encontraría en la situación administrativa: en el segundo caso, permiso de residencia para desarrollar un trabajo por cuenta ajena; en el primero, autorización de estancia.*

44 Piñeiro Carballo, L., *op. cit.*, nota 29, p. 382.

mediatamente anterior a la petición, y continuada,⁴⁵ es decir, que los plazos, de diez, cinco, dos o un año, no pueden interrumpirse. Si el extranjero, en algún momento, deja de tener el permiso de residencia vigente, el cómputo del plazo comienza de nuevo.

Una vez que el extranjero demuestra que cumple con las condiciones de la residencia, *deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y el suficiente grado de integración en la sociedad española* (artículo 22.4, CC). Conforme a la jurisprudencia del TS, la buena conducta cívica se identifica con “un comportamiento no generador de vulneración del ordenamiento jurídico, en sus diversas manifestaciones y reconoce la posibilidad del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes”.⁴⁶ La inexistencia de antecedentes policiales o penales, no sólo referidos al periodo de residencia, constituyen la prueba por excelencia de dicha conducta, lo que se acreditará mediante certificación del cónsul o funcionario competente del Estado al que pertenece, por lo que se refiere a su país y por certificado de la autoridad gubernativa española por lo que se refiere a España.⁴⁷ Aunque, como se señala en la STS de 27 de enero de 2000,⁴⁸ no basta:

Con considerar la existencia o no de antecedentes penales en el solicitante, sino que hay que valorar su alejamiento o cercanía temporal en función del razonable proceso de integración en la sociedad española, así como el carácter y circunstancias de la conducta que haya podido dar lugar a la condena penal como reveladora no sólo del incumplimiento del deber de observancia de los deberes constitucionales y de respeto a los derechos constitucionales, sino también de la falta en mayor o menor grado de la integración en la sociedad española legalmente exigida.

La determinación del suficiente grado de integración en la sociedad española corresponde al encargado del Registro Civil, que conforme al artículo 221, RRC, le oirá personalmente, de modo especial para comprobar el grado de adaptación a la cultura y estilo de vidas españoles, y el suficiente conocimiento del idioma.

45 No por abandonarse el territorio español temporalmente, por periodos vacacionales u otras circunstancias análogas, se rompe la continuidad, véase artículo 32.2, LOE.

46 La STS 12 de mayo de 1997, Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, núm. 3643, sirve de ejemplo.

47 Véase Moya Escudero, M., *op. cit.*, nota 19.

48 Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, núm. 990.

Una vez comprobados esos extremos, la autoridad le concede el derecho a adquirir la nacionalidad española derivativa por esta vía, disponiendo de 180 días para comparecer ante el funcionario competente (el encargado del Registro Civil de su domicilio, si reside en España o, si reside fuera, ante el encargado del Registro Consular correspondiente; en este caso, también puede efectuarla en documento debidamente autenticado y dirigido al Ministerio de Asuntos Exteriores), para cumplir los requisitos del artículo 23, CC —la jura o promesa de fidelidad al rey y obediencia a la Constitución y a las leyes; la renuncia a la anterior nacionalidad (excepto si se es nacional de un país iberoamericano, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, países con los que la doble nacionalidad está legalmente amparada); y la inscripción de la adquisición en el Registro Civil)—.

La documentación que se le va a requerir al inmigrante y que proviene de su país de origen —certificación literal de nacimiento; certificación literal del nacimiento del cónyuge (en el caso de que se esté casado con cónyuge español); certificación literal del matrimonio del interesado (en el caso de que esté casado con cónyuge español); certificado de convivencia (en el caso de que se esté casado con cónyuge español); certificación consular en la que conste: antecedentes penales; buena conducta; situación militar respecto a su país; y nacionalidad del interesado—, debe estar legalizada y en su caso traducida.

En cuanto a la documentación proveniente de la administración española —certificado de antecedentes penales españoles; certificado de empadronamiento (a solicitar en el ayuntamiento); certificado policial sobre el tiempo de residencia legal en España (se solicita mediante impreso preparado para tal fin, en caso de adquisición por residencia)— también hay que tener en cuenta que está sujeta a caducidad. A pesar de que la Ley 36/2002 fija un plazo máximo de un año para la resolución de los expedientes, desde que se presenta la solicitud de nacionalidad, hasta que se resuelve, transcurre un plazo de entre 18 y 24 meses.

IV. VALORACIÓN

El legislador español sigue sin acometer una reforma global del derecho de la nacionalidad, que continúa fragmentado en diversos cuerpos legales, lo que acrecienta sobremanera su complejidad. La Ley 36/2002 es un parche legislativo que no responde a la realidad española actual, mar-

cada por la inversión del flujo migratorio y por la existencia de un cada vez mayor número de inmigrantes con vocación de permanencia. Para ellos, la adquisición de la nacionalidad del Estado de acogida es la única vía para conseguir el pleno ejercicio de los derechos y las obligaciones y, en consecuencia, la plena integración. La reforma, que responde a unos objetivos distintos, se ha hecho de espaldas a esa finalidad integradora. Nuestra valoración es negativa.