

**NUEVAS PERSPECTIVAS SOBRE LA RECUPERACIÓN
DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA**

Dr. Manuel Pérez Rodríguez

Profesor de Derecho Internacional Privado.

Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

SUMARIO:

- I.- Introducción.-
- II.- La normativa derogada.-
- III.- El derecho positivo actual.-
 - III.1.- La situación de emigrante.-
 - III.2.- La dispensa de la residencia legal.-
 - III.3.- La Habilitación del Gobierno.-
 - III.4.- La mujer casada.-
 - III.5.- Los hijos de padre o madre españoles originariamente españoles y nacidos en España.
- IV.- Conclusiones.-

I.-INTRODUCCION.-

Como bien se señala en la Exposición de Motivos de la ley 29/1995 de 2 de Noviembre, por la que se modifica el Código Civil en materia de recuperación de la nacionalidad; y que ha entrado en vigor a partir del día 4 de enero de 1996, la motivación esencial de dicha reforma está en suprimir el trámite de la dispensa de la residencia legal en España para todos aquellos españoles emigrantes que perdieron su nacionalidad antes de la entrada en vigor de la Constitución vigente y por lo tanto facilitar la readquisición de la nacionalidad española para todos aquellos que la perdieron, que en su mayoría fueron emigrantes, puesto que en la década de los setenta se produjo el gran flujo migratorio español. Facilidad que se hace efectiva al suprimirse el requisito de la residencia legal en España o el trámite de la dispensa por ser excesivo y dilatorio.¹ Por lo tanto, los emigrantes podrán solicitar la recuperación de la nacionalidad en los consulados españoles de los diferentes Estados en los que residen actualmente. Asimismo es bastante progresista la normativa que equipara en tal medida favorable, la situación de la mujer casada que perdió la nacionalidad española antes de la reforma de 1975 al suprimirsele tales requisitos.

Obviamente se abre también una importante puerta para la adquisición de la nacionalidad española, con la normativa recogida en la disposición transitoria primera para el ejercicio de un especial derecho de opción por los hijos de progenitor originariamente español y nacido en España. Con la supresión de tales trabas y el trato de favor hacia el ejercicio del derecho de opción a la nacionalidad para estos últimos se facilita el retorno de emigrantes hacia el territorio español, aunque no se teme ninguna avalancha o vuelta masiva puesto que muchos están jubilados y con hijos enraizados en la tierra de acogida así como la política de pensiones que ha iniciado el Gobierno Canario con los emigrantes, pueden frenar

1. Suele tardar de dos a tres años. Entre 1990 y 1992 se solicitaron en Canarias 12.484 dispensas y sólo se solucionaron poco más de 200. Vid. La Provincia 17.12.1995 pg.10.-"El trámite para recibir la dispensa tardaba entre dos y tres años, de manera que de los 12.484 expedientes tramitados, sólo se resolvieron 262.-Vid. Canarias 7 de 30 de Noviembre de 1995.-Vid. El Día de 30 de Noviembre de 1995.-

el retorno a pesar de las crisis económicas, especialmente en los países iberoamericanos.²

Con todo ello se obvian y solucionan lagunas y secuelas negativas que pervivían en cuanto a la pérdida y readquisición de la nacionalidad española a pesar de las diferentes reformas legislativas efectuadas en materia del derecho de la nacionalidad en nuestro Código Civil, tanto antes como después de la vigencia de la Constitución de 1978.

Todas las reformas han llevado la incidencia de factores políticos y socioeconómicos que han primado bien en la esfera interna o bien en la internacional. Con la reforma del 15 de Julio de 1954 se evitan situaciones de apatridia en la mujer casada española al quedar subordinada la pérdida de la nacionalidad española en la casada con extranjero a que efectivamente adquiriera la del marido. Y en ese mismo año tenemos que tener en cuenta que en el marco de las Naciones Unidas se adoptaba el 23 de septiembre de 1954 un nuevo Convenio en el que se recogía el Estatuto de los Apátridas.

Con la reforma efectuada por la ley 14/1975 de 2 de Mayo, año consagrado por la O.N.U. como Año Internacional de la Mujer, cambian las perspectivas. Se rompe la actitud rigurosa de defensa del principio de unidad jurídica de la familia y se consagra el criterio de que el matrimonio no incide por sí sólo y de manera automática, en la adquisición, pérdida o recuperación de la nacionalidad española. Se toma como norma general la no-necesidad de volver al territorio español para poder formular la declaración de recuperación, ya que se manifiesta ante el juez o cónsul encargado del Registro Civil del lugar de residencia del interesado. Y si éste se hallase en país en que no existiesen oficinas consulares españolas, la declaración la podía verificar mediante documento debidamente autenticado dirigido al Ministerio de Asuntos Exteriores a fin de que, tras los oportunos trámites se pudiese practicar la inscripción marginal de recuperación en el Registro competente.³

Con la reforma efectuada por la ley 51/1982 de 13 de julio queda reflejado el principio constitucional de igualdad de sexos imponiéndose al postulado de la unidad jurídica de la familia, el cual desaparece por imperativo legal del propio artículo

2."La grave situación económica que atraviesan estos países hacen prever que la vuelta de emigrantes supere la cifra de 20.000....El Gobierno autónomo incrementó este año su política de ayudas a los emigrantes canarios en Hispanoamérica, fundamentalmente de Cuba y de Venezuela, con la puesta en marcha de un programa de pensiones, cuyo coste ha ascendido a 95 millones de pesetas. Con este programa gestionado a través del Consejo de Entidades Canarias en el Exterior, se ha podido atender a un total de 2571 solicitudes, la mayoría procedentes de canarios jubilados en precario estado de salud, de los que una inmensa mayoría (1.131) provienen de Cuba y 732 de Venezuela. El resto de ayudas que oscilan entre 54.000 pesetas y 25.000, fueron a parar a Argentina, Uruguay, Brasil y Estados Unidos.- (La Provincia, 17 de Diciembre de 1995).-

3. Vid. Ricardo de Angel en "Comentarios a las reformas del Código Civil" Tecnos. Vol. segundo. Madrid 1977.-Peña Bernardo de Quiros, Manuel en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Manuel Albadalejo. Edersa. 1978. Jaen. pr.721 y ss..-

39.2º de la Constitución de 1978.⁴ Y en cuanto a la recuperación de la nacionalidad española podemos aducir que se introducen por un lado el requisito de la residencia legal en España como norma general, por un periodo de un año inmediatamente anterior a la petición así como la solicitud de una habilitación previa en documento debidamente autenticado dirigido al Ministerio de Justicia, el cual se formalizará por acuerdo del Consejo de Ministros, con la discrecional concesión o denegación. Dicha habilitación no supone la automática recuperación de la nacionalidad sino que es el trámite previo que faculta para iniciar el referido procedimiento. Por otro lado aparece la dispensa de la residencia en territorio español para aquellos supuestos en los que se pretende recuperar la nacionalidad española sin retornar a España o sin haber residido legalmente en territorio español durante un año. Tal dispensa se concede por imperativo legal a los españoles que hubiesen perdido esta condición por haber adquirido voluntariamente la nacionalidad de sus cónyuges o en los casos de emigrantes que acrediten tal condición. Quedaban pues excluidas de la referida dispensa todas las mujeres a las que el derecho español privó de la nacionalidad por haber contraído matrimonio con extranjero o a aquellas a las que un ordenamiento extranjero impuso su propia nacionalidad forzosamente, produciéndose por ello la pérdida de la nacionalidad española.

Surge por último un régimen favorable de recuperación de la nacionalidad española para los emigrantes.

II.-LA NORMATIVA DEROGADA.-

Con la ley 18/1990 el articulado referente a la recuperación de la nacionalidad española queda recogido de la siguiente forma:

Art.26.I.El español que haya perdido esta condición podrá recuperarla cumpliendo con los requisitos siguientes:

A) Ser residente legal en España.

Cuando se trate de emigrantes o hijos de emigrantes, este requisito podrá ser dispensado por el Gobierno. En los demás casos, la dispensa sólo será posible si concurren circunstancias especiales.

B) Declarar ante el encargado del Registro Civil su voluntad de recuperar la nacionalidad española y su renuncia, salvo que se trate de naturales de los países mencionados en el artículo 24, a la nacionalidad anterior, e

C) Inscribir la recuperación en el Registro Civil.

II. No podrán recuperar la nacionalidad española, sin previa habilitación concedida discrecionalmente por el Gobierno:

a) Los que se encuentre incursos en cualquiera de los supuestos previstos en artículo anterior.

b) Los que hayan perdido la nacionalidad sin haber cumplido el servicio militar español o la prestación social sustitutoria. No obstante, la habilitación no será precisa cuando la declaración de recuperación se formule por varón mayor de cincuenta años”.

Con lo cual se siguen los criterios vigentes de la legislación anterior aunque con una simplificación de requisitos y de formalidades. Podemos destacar las siguientes premisas fundamentales que constituían el núcleo de la referida reforma:

1ª) En cuanto a los emigrantes no se les contempla un régimen de recuperación distinto al general o común establecido por el Código civil para todos los españoles que en algún momento perdieron su nacionalidad, aunque si se ven favorecidos por la posibilidad de obtener la dispensa del requisito de la residencia legal en España. Se incluye la referencia a los hijos de emigrantes como también beneficiarios en tal prerrogativa. Pero teniéndose en cuenta que sólo alcanzará a aquellos que en algún momento fueron españoles y perdieron aquella nacionalidad. Se excluye pues a los hijos de emigrantes nacidos en el extranjero y que al tiempo de su nacimiento su progenitor emigrante había ya perdido su nacionalidad de origen. En todo caso se exigía la mayoría de edad para el hijo de emigrante español pues la pérdida sólo se podía producir conforme al artículo 24.2º del Código Civil:

“Una vez transcurrido tres años a contar desde la emancipación.”

2ª) La reforma efectuada por la ley 18/1990 da respuesta al problema planteado durante la vigencia de la legislación anterior en el sentido de que si la habilitación resultaba necesaria cuando el interesado en recuperar la nacionalidad había sobrepasado la edad de los treinta y cuatro años fijada como límite para el alistamiento en el servicio militar español. Dicha respuesta se expone afirmándose que la habilitación no es precisa

“. Cuando la declaración de recuperación se formula por varón mayor de cincuenta años.”.-

3ª) Se excluye en la redacción del artículo 26 toda referencia favorecedora de la recuperación de la nacionalidad española para aquellos que perdieron su nacionalidad por adquirir voluntariamente la nacionalidad de su cónyuge y para la mujer española casada que contrajo matrimonio con extranjero y consecuentemente perdió su nacionalidad antes de la reforma del Código Civil efectuada por la ley de 2 de mayo de 1975.

III.- EL DERECHO POSITIVO ACTUAL.-

El artículo 26 del Código Civil queda redactado en lo sucesivo del modo siguiente:

“Artículo 26.

I. Quien haya perdido la nacionalidad española podrá recuperarla cumpliendo los siguientes requisitos:

A) Ser residente legal en España. Este requisito no será de aplicación a los emi-

grantes ni a los hijos de los emigrantes. En los demás casos podrá ser dispensado por el Ministerio de Justicia e Interior cuando concurren circunstancias excepcionales.

B) Declarar ante el encargado del Registro civil su voluntad de recuperar la nacionalidad española y su renuncia, salvo que se trate de naturales de los países mencionados en el artículo 24, a la nacionalidad anterior, y

C) Inscribir la recuperación en el Registro Civil.

2. No podrán recuperar o adquirir, en su caso, la nacionalidad española, sin previa habilitación concedida discrecionalmente por el Gobierno:

a) Los que se encuentren incurso en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo anterior.

b) Los que hayan perdido la nacionalidad sin haber cumplido el servicio militar español o la prestación social sustitutoria, estando obligados a ello. No obstante la habilitación no será precisa cuando la declaración de recuperación se formule por varón mayor de cuarenta años”.

La modificación efectuada por la Ley 29 de 2 de noviembre de 1995 en materia de recuperación de nacionalidad la podemos centrar en cinco postulados fundamentales:

1º) Se toma en consideración la situación de emigrante como requisito favorecedor en la recuperación de la nacionalidad española.

2º) Una nueva postura en cuanto a la dispensa de la residencia legal en España como requisito para la recuperación de la nacionalidad.

3º) Se reconsidera la habilitación del Gobierno en los casos en que es necesaria para la recuperación de la nacionalidad española .

4º) Se toma en consideración a la mujer casada que perdió la nacionalidad española por razón de matrimonio antes de la entrada en vigor de la ley 14/1975.

5º) Aparece un nuevo derecho de opción en la disposición transitoria primera de la ley 29 de 1995, que favorece notablemente la situación de los descendientes de aquellos que su padre o madre hubiesen sido originariamente español, que no se trata lógicamente de una recuperación de nacionalidad sino de adquisición de la nacionalidad española.

III.1.-La situación de emigrante.-

Si bien, una de las importantes innovaciones aportadas por la reforma del articulado del Código Civil relativo a la nacionalidad efectuada por la Ley de 13 de julio de 1982, fue la de tomar en consideración la condición de emigrante a fin de conservar la nacionalidad española cuando se adquiría otra extranjera, así como tenerla en cuenta en lo referente a la recuperación de la nacionalidad española como un factor favorecedor a la misma. Con la actual reforma, se logra la reimplantación de la condición de emigrante, pero con un sentido más progresista y pragmático. Ya que si bien, en la reforma de 1982, se exigía como uno de los requisitos la residencia legal y continuada en España durante un año inmediatamente anterior a la petición de recuperación y la condición de emigrante se contemplaba como una situación excepcional para la dispensa de la misma en un doble sentido, dependiendo de la fecha de la pérdida de la nacionalidad española, si fuese antes o después de la entrada en vigor de la mencionada reforma de 1982.

Puesto que, sí la pérdida de la nacionalidad española, el emigrante la hubiese realizado antes de la reforma no tenían que acreditar el requisito de la residencia del que se les dispensaba por disposición expresa de la ley.

Mientras que los emigrantes que la perdieron después de la entrada en vigor de la ley de 1982, la recuperaban acogidos al beneficio de la dispensa obligatoria del requisito de la residencia consignado en el párrafo 2º del artículo 26 del Código Civil. Compartimos plenamente con Lete del Río⁵, que hablar de dispensa obligatoria suponía una desnaturalización de la propia noción aparte de la consabida burocratización excesiva e inconcebible ante un resultado predeterminado de antemano.

En cambio, con la actual reforma, la condición de emigrante supone automáticamente la excepción a tal requisito de la residencia legal en España y no sólo para los mismos sino también para sus hijos. Ello implica por lo tanto una general aplicación a todos los emigrantes y sin condición alguna, suprimiéndose pues lo recogido a tal efecto en la reforma del Código civil por la ley 18 de 1990 que a los efectos de la recuperación de la nacionalidad se reintroducía el requisito de la renuncia a la nacionalidad anterior y la posibilidad de la dispensa del requisito de la residencia legal en España cuando se tratase de emigrantes o de hijos de emigrantes, pero con la particularidad de convertir tal dispensa de obligada en facultativa para el Gobierno. Con la actual normativa, los emigrantes y sus hijos, pueden recuperar la nacionalidad española desde el extranjero. Compartimos plenamente con Rodríguez Morata⁶ que si bien la emigración no es una categoría jurídica que por sí sola imponga al legislador español un especial régimen en materia de nacionalidad, sí habilita para desarrollar una política fundamentadora no

5. En "La nueva regulación de la nacionalidad" Civitas, pág. 106 Madrid 1984.

6. Rodríguez Morata, Federico. En "La nacionalidad de los emigrantes españoles en la ley 18/ 1990" pags. 385 y ss. De *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*. Toledo, 1991

sólo del retorno como sucedía en la legislación anterior sino también en la actualidad para volver a vincularse con la nacionalidad española desde cualquier lugar del Mundo.

III.2.- La dispensa de la residencia legal.-

Se mantiene el requisito de la residencia legal en España (permiso de residencia) al tiempo de la solicitud para cualquier persona que haya perdido en algún momento la nacionalidad española y pretenda recuperarla; dándose el trato de favor a los emigrantes y a sus hijos excluyéndolos de dicho requisito como hemos señalado, desapareciendo para ellos la dispensa; por lo cual se reintrodujo en la reforma efectuada por ley 18/1999, la vieja dispensa "obligatoria" al requisito de la residencia cuando se tratase de emigrantes que pretendían recuperar su nacionalidad española previamente perdida.

A pesar de ello se sigue manteniendo la dispensa de la residencia con las siguientes matizaciones: Por una lado ya no es el Gobierno el encargado de otorgarla sino el propio Ministro de Justicia e Interior. Y por otro, se especifica que si bien antes se otorgaba en casos especiales ahora se concederá cuando concurren circunstancias excepcionales.

III.3.-La Habilitación del Gobierno.-

La habilitación como un requisito previo a los generales establecidos en la ley para la recuperación de la nacionalidad española; decisión por la que el Gobierno otorga discrecionalmente el levantamiento del veto existente contra el sancionado con la pérdida de la nacionalidad o la pérdida voluntaria de la nacionalidad española antes del cumplimiento del servicio del servicio militar o la prestación social sustitutoria; también queda modificado en el sentido de que se especifica añadiéndose el párrafo "estando obligados a ello" y se aminora a cuarenta años la edad en la que no se precisa dicha habilitación para recuperar la nacionalidad española. Un conjunto de diez años menos a los establecidos en la ley 18/1990 en la que se precisaba que el varón fuese mayor de cincuenta años y con lo que se daba respuesta al problema planteado bajo la vigencia de la ley de 1982 en relación a si la habilitación resultaba necesaria cuando el interesado en recuperar la nacionalidad española había sobrepasado la edad de los treinta y cuatro años fijada como límite para el alistamiento en el servicio militar español.

Con la última reforma de 1995 se favorece para los interesados la recuperación sin habilitación cuando el declarante sea varón mayor de cuarenta años, edad que se convierte en límite preciso para la no exigencia del referido requisito.

III.4.-La mujer casada.-

Otro factor progresista aportado por la última reforma del Código Civil en materia de nacionalidad, es la vuelta a tomar en consideración la situación de la mujer que había perdido la nacionalidad española por razón de matrimonio, con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 14/1975; etapa en la que regía la privación de la nacio-

nalidad española en la mujer por el simple hecho de contraer matrimonio con un extranjero. Una situación vejatoria y discriminatoria superada por la referida reforma de 1975, pero que dejó secuelas que actualmente pueden eliminarse al abrirse generosamente la puerta de la nueva vinculación con la nacionalidad española y sin necesidad de residir legalmente en España, ya que lo puede realizar desde los países donde estén establecidas las referidas personas como se recoge en la Disposición Transitoria Segunda de la Reforma de 1995⁷. Situación que quedó injustamente obviada en la reforma efectuada por la ley 18/1990 y que ahora se presenta con una perspectiva mucho más amplia que la que se recogía en la reforma surgida por la ley 51/1982 que simplemente hacía alusión a la dispensa de la residencia legal en España

....” a los españoles que hayan adquirido voluntariamente la nacionalidad de su cónyuge”.

Con lo cual se omitía la problemática de las situaciones surgidas por privación de la nacionalidad española por matrimonio y se centraba exclusivamente en las situaciones acaecidas de pérdida voluntaria después de la reforma de la ley 14/1975 y que tanto se dirigía a varones como a mujeres.

Con la actual reforma se resuelve definitivamente las injustas situaciones discriminatorias por razón de sexo en lo relativo a la nacionalidad española. Y por lo tanto tienen ahora las mujeres, que en su momento fueron españolas, que perdieron tal condición por razón de matrimonio, la oportunidad de recuperar la nacionalidad española desde el extranjero y sin un sometimiento a un plazo preclusivo.

Con ello se borra el endurecimiento implantado por el legislador del 1982 en los requisitos legales exigidos y en perjuicio de aquellas mujeres que perdieron su nacionalidad española involuntariamente así como al silencio mantenido por el legislador de 1990 hacia toda referencia a la mujer casada y la recuperación de la nacionalidad española.

III.5.-Los hijos de padre o madre originariamente españoles y nacidos en España.-

Otra importante innovación es la que aparece en la Disposición Transitoria Primera, relativa a un derecho de opción sometido a un plazo preclusivo para los hijos de padre o madre originariamente español y nacido en España. Con la cual se da un importante paso facilitando la adquisición de la nacionalidad española a muchos extranjeros, especialmente frutos de matrimonios de mixta nacionalidad donde la madre era española y a la que se le privó de la nacionalidad española por

7.” La mujer española que hubiera perdido la nacionalidad española por razón de matrimonio, con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 14/1975, podrá recuperarla de conformidad con lo previsto en el artículo 26 del Código civil, para el supuesto de emigrantes e hijo de emigrantes”.

8. Fernández Rozas, José Carlos, en “ Derecho español de la nacionalidad” página 144 y siguientes, Madrid, 1987.

razón de matrimonio y que en muchas ocasiones por añadidura mantenían la condición de emigrantes. Ya que hasta la reforma de la ley de 1982 y a tenor del principio constitucional de igualdad no se originó la extensión de la nacionalidad española de origen tanto a los nacidos de padre como de madre españoles, con la polémica secuela de la precisión del momento en el que debe sentir efectos la previsión del *ius sanguinis* materno ante, como bien señala Fernández Rozas, la ausencia de una disposición transitoria expresa que diera solución al problema⁸.

Por lo tanto, hasta el siete de enero de 1997 tienen la oportunidad de ejercer el derecho de opción a la nacionalidad española, muchos extranjeros, con el privilegio además de poder ejercer tal derecho en el propio país de residencia y sin necesidad de residir legalmente en España, ni mucho menos acreditar dispensa para ello como se recogía en la disposición transitoria 3^a de la ley 18 de 1990.

Lógicamente al ser una adquisición de nacionalidad no se otorga una nacionalidad española de origen y se mantiene además el requisito del nacimiento en España del progenitor o progenitores españoles. O lo que es igual, sólo pueden ejercer tal derecho de opción los extranjeros hijos de padre o madre españoles de origen y además tuvieron su nacimiento en territorio español.

CONCLUSIONES:

Con la actual redacción del artículo 26 del Código civil, efectuada por la reforma hecha por la ley 29 de 2 de noviembre de 1995 podemos señalar las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- Se solucionan definitivamente situaciones injustas y alienantes de muchos emigrantes españoles, que perdieron la nacionalidad antes de la entrada en vigor de nuestra Constitución vigente; acaecidas generalmente en contra de la voluntad del propio emigrante de desvincularse con el Estado Español a pesar de la incomprensible práctica jurisprudencial denominada teoría del “desistimiento voluntario”, sujeto además el emigrante a la presión socio-laboral del país de acogida.

SEGUNDA.- Se abre generosamente la posibilidad de vincularse con la nacionalidad española y desde el extranjero, a través de un excepcional derecho de opción para los hijos de aquéllos que su padre o madre hubiesen sido originariamente español y también nacido en territorio español.

TERCERA.- Se cierra de forma definitiva, la situación vejatoria en la mujer casada que fue privada de la nacionalidad española por contraer matrimonio con extranjero. Situación claramente discriminatoria por razón de sexo en lo relativo a la nacionalidad española.

CUARTA.- Se recoge una mayor flexibilidad en lo relativo a la habilitación necesaria para aquéllos a los que se les exige para recuperar la nacionalidad española,

aminorándose además la edad tope a los cuarenta años como límite preciso para la no exigencia de tal requisito.

QUINTA.- Por último, también se denota una mayor flexibilidad en cuanto a la concesión de la dispensa de la residencia legal necesaria para solicitar la recuperación de la nacionalidad española.

En síntesis, podemos señalar que es una importante reforma la efectuada por la ley 18 de 2 de noviembre de 1995, que abre nuevas perspectivas al socaire de nuestra progresista Constitución de 1978, sublimándose con ello situaciones injustas y más acordes con etapas pretéritas ya superadas bajo la bandera de la igualdad, la libertad y la democracia.