

## ESTUDIOS

---

### NACIONALIDAD Y EXTRANJERÍA: ALGUNOS ASPECTOS CIVILES

JOSÉ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ  
*Catedrático de Derecho Civil.*  
*Universidad Rey Juan Carlos*

*SUMARIO: I. La nacionalidad y la extranjería como estados civiles.—II. La nacionalidad en el Código civil español: A) Las normas del Código civil sobre nacionalidad. B) Reformas del Código civil en sede de nacionalidad. C) Referencia genérica a las causas de adquisición y pérdida de la nacionalidad española. D) Algunas consideraciones sobre la nacionalidad española de origen.—III. Mi posición personal acerca de la retroactividad o irretroactividad del artículo 17.1 del Código civil, tras su redacción por la Ley 51/1982, de 13 de julio.—IV. Problemática que plantean los requisitos de que la residencia haya de ser «legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición» (art. 22.3 Cc).*

#### I. La nacionalidad y la extranjería como estados civiles

Antes de examinar algunas de las cuestiones que plantean nacionalidad y extranjería, considero necesario hacer una breve referencia introductoria a la problemática que estas figuras jurídicas presentan desde una óptica conceptual.

Al exponer los conceptos de «nación» y «nacionalidad», prescindiré de las connotaciones políticas y partidistas que, a partir de la Revolución francesa, suelen acompañarles inevitablemente. Desde un punto de vista puramente académico, el profesor DE CASTRO<sup>(1)</sup> la definió como «una comunidad de personas, afirmada en una cierta unidad de origen (*natio*), consciente de su individualidad —por lo que exige su reconocimiento jurídico interno y externo, como Estado en la comunidad internacional— y cuya personalidad (en el pasado y para el futuro) se manifiesta y justifica por la idea de una propia y peculiar misión en el concierto de las naciones». Por mi parte, creo que la nación es una comunidad históricamente constituida de forma estable en torno

---

<sup>(1)</sup> *Derecho Civil de España*, tomo II, Primera Parte, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, p. 370.

a una misma lengua, un mismo territorio, una misma economía y una misma cultura, que normalmente desemboca en su articulación en forma de Estado, por dotarle aquellos factores de una personalidad propia y diferenciada.

Dicho lo anterior, aludiré ahora brevemente a la idea de nacionalidad. Vaya ya por delante que, en la utilización de este término, prescindiré del significado –a mi juicio, incorrecto– que le atribuye el artículo 2 CE para referirse a ciertas partes del Estado español que constituyen realidades históricas muy caracterizadas.

Para mí, la nacionalidad no es sino la cualidad que tienen las personas que pertenecen a un pueblo que, en el ámbito de las relaciones internacionales, aparece configurado en forma de Estado; se tiene así la nacionalidad francesa, portuguesa, alemana, española, etc.

Frente a los nacionales, están los extranjeros, que son todas aquellas personas que aparecen como extrañas a una comunidad nacional, bien por pertenecer a otra, bien por carecer de una propia (apátridas).

En la nacionalidad resulta claramente apreciable una doble dimensión: pública y privada. Este dato fue reconocido ya por una STS de 10 de febrero de 1926, que vio en aquella «un vínculo jurídico entre los individuos y la nación respectiva, engendrador de derechos mutuos de carácter público y privado; así como los deberes correlativos». Prescindiré del aspecto jurídico público de la nacionalidad (que da lugar a deberes de protección de sus nacionales por el Estado, a que éstos intervengan en la vida pública, etc.) y me ceñiré a su ámbito jurídico-privado, que presenta como dato más sobresaliente el de haber sido siempre considerada como un estado civil de la persona. Analizaremos este tema de forma sucinta.

Aunque el concepto de estado civil fue elaborado por la doctrina romanista<sup>(2)</sup>, lo cierto es que ya el propio Derecho romano atribuyó la máxima importancia a la situación jurídica de la persona. El Digesto configuró el capítulo que trataba «*de statu hominum*» (D. 1,5) como una cuestión básica y fundamental para el Derecho («*primo personarum status*», D. 1,5,2), cosa lógica, ya que la personalidad y la propia capacidad de la persona venía determinada por su *status*. La plena capacidad sólo la ostentaba el hombre que era libre (*status libertatis*), ciudadano romano (*status civitatis*) y *sui iuris* (*status familiae*).

Esta inicial claridad fue posteriormente diluyéndose, al ser empleada la locución *conditio hominum* como sustitutiva de la primitiva *status hominum*, lo que dio lugar a que el concepto de estado civil perdiera precisión y exactitud, ya que fueron tomadas en consideración ciertas cualidades sociales, económicas, honoríficas y profesionales de la persona, que, aunque relevantes, poco tenían que ver con los verdaderos estados civiles. Pero, a pesar de todo esto, lo cierto es que la glosa medieval recogió y continuó utilizando el término *status*.

Tal vez por lo anterior nuestras Partidas (4.<sup>a</sup>, 23,1) definieron el estado civil como «*condición o manera en que los omes viven o están*», enumerando como estados civiles –con una gran amplitud– las principales situaciones en que podían encontrarse las personas de su tiempo (libre y siervo; clérigos y legos; varón y mujer; hijos legítimos).

---

<sup>(2)</sup> En la exposición que hacemos de la evolución del concepto de estado civil, hemos seguido el magistral estudio que hace el profesor De Castro en su ob. cit., pp. 58 y ss.

timos y de ganancia; cristianos, moros y judíos, etc). Este planteamiento, que sirvió para fijar la capacidad jurídica de las personas dentro de una sociedad estamental como la de aquellos tiempos, ha ejercido posteriormente una influencia decisiva en la doctrina española, que, merced a él, ha venido manteniendo un concepto de estado civil más amplio que el resto de la doctrina romanista.

Al desaparecer la esclavitud (abolicionismo), al concederse importantes derechos civiles a los extranjeros, y al reconocerse capacidad jurídica a las personas sometidas a potestades familiares, la antigua teoría romana del estado civil perdió su inicial significado y planteó a la técnica jurídica del Derecho moderno grandes dificultades de adaptación, razón por la cual muchos juristas de la Edad Moderna intentaron nuevamente asimilar el concepto de estado civil al más amplio de «condición» de la persona, expediente técnico que permitía, además, dar cobijo a nuevas situaciones sociales que habían ido surgiendo con el transcurso de los tiempos y presentaban una extraordinaria relevancia para la condición jurídica de la persona. Así, DONELLO definirá el estado civil como «la facultad de vivir y hacer (la persona) lo que quiera que le atribuye su condición».

Este diseño doctrinal del Derecho moderno fue duramente criticado, por separarse radicalmente del tradicional del Derecho romano y por su poca utilidad, dado el ámbito tan amplio del concepto de condición. Por eso, el iusracionalismo protestante (HEINECIO, DOMAT, etc.), siguiendo dictados de la doctrina del Derecho Natural, distinguió entre:

- a) Un estado civil, que era conforme a la vieja doctrina del Derecho romano y comprendía los tradicionales estados de libertad, ciudad y familia; y
- b) Un estado natural, que, apartándose de los textos romanos, recogía las diferencias jurídicas existentes por razón del sexo, la edad y la salud mental.

SAVIGNY criticó duramente la teoría del estado natural, por ahistórica y poco científica, al tiempo que rechazó en bloque el planteamiento de la Escuela del Derecho Natural (estado civil, estado natural), por entender que, con arreglo a la visión de esta doctrina, el concepto de estado civil acababa coincidiendo con el de capacidad jurídica. Esto le hará considerar el estado civil como una figura arqueológica, carente en aquel tiempo de utilidad, dadas las diferencias de estructura social existentes entre la sociedad romana y la sociedad moderna. No obstante, SAVIGNY, considerando que el *status* es «la posición de un hombre frente a otro», distinguió dos clases de relaciones originantes de dos tipos de *status*:

- a) De Derecho público. Aquí incardinaba el estado de libertad y el de ciudad; y
- b) De Derecho privado. Abarca todas las relaciones de familia.

El planteamiento de SAVIGNY, según el cual modernamente el estado civil es una figura absolutamente inútil, fue compartido por los pandectistas alemanes, quienes consideraron que aquél tenía su lógica en Roma, pero no en el Derecho moderno, que arranca del postulado básico de que toda persona —por el mero hecho de serlo— tiene capacidad jurídica. Por esta razón, los pandectistas (WINDSCHEID, DERNBURG, etc.) terminaron eliminando el *status* de sus tratados de pandectas y sustituyéndolo por el estudio de las causas modificativas de la capacidad. La influencia de los pandectistas se proyectó claramente en el BGB y en el Código civil suizo, como lo prueba el hecho de que estos cuerpos legales no incluyeran normas específicas relativas al *status*.

Comprobado que la libertad no es hoy un estado civil (la tienen todas las personas), un sector importante de la doctrina francesa e italiana polarizó el pasado siglo la idea de *status* en torno al *status civitatis* (nacionalidad) y al *status familiae*, dando así lugar al nacimiento de la teoría del estado civil como situación, que sólo considera verdaderos estados civiles aquellas cualidades de la persona que derivan de su situación dentro de un grupo social o de una comunidad orgánica. Como las comunidades orgánicas son familia y nación, los *status* vuelven a ser de nuevo los tradicionalmente considerados: el *civitatis* y el *familiae*.

Nuestro Derecho no ha podido seguir este planteamiento, por ser extraordinariamente restrictivo y estar en abierta oposición con la idea –más amplia– que del estado civil siempre tuvo el Derecho español, aunque sin acoger tampoco la teoría extensiva del estado civil como condición, que identifica a éste con cualquier condición de una persona que de alguna manera es tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico (empresario, trabajador, funcionario, heredero, socio de una Sociedad Anónima, etc.).

El Derecho español ha seguido una vía intermedia en esta materia. Aunque no puede decirse que exista absoluta unanimidad respecto de la admisión, extensión y número de nuestros estados civiles, la mejor y más extendida doctrina es la que viene considerando estados civiles a ciertas cualidades relevantes de la persona que son tomadas en cuenta por el ordenamiento jurídico como determinantes de su capacidad de obrar y de su ámbito de poder y responsabilidad.

Pues bien, aunque a lo largo de la Historia ha habido una gran variabilidad de los estados civiles de la persona, puede decirse que la nacionalidad ha sido siempre una cualidad personal que el ordenamiento ha tomado en consideración, no sólo para establecer quiénes son miembros de una concreta comunidad, sino también para –además y fundamentalmente– determinar la capacidad de obrar de aquéllos; es decir, sirve para fijar el estatuto personal de los individuos. Esto que digo lo pone claramente de relieve hoy el artículo 9.1, párrafo 1.º, de nuestro Código civil: «*La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte*».

Por tanto, ser español o extranjero es algo que tiene una trascendencia jurídica decisiva en nuestro Derecho, porque determina que una persona esté o no jurídicamente vinculada de forma especial a España.

## II. La nacionalidad en el Código civil Español

### A) LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE NACIONALIDAD

No aludiremos al régimen de adquisición y pérdida de la nacionalidad española en nuestro Derecho histórico anterior al Código civil. Acaba de hacerlo este mismo año el profesor ORTÍZ DE LA TORRE en un excelente trabajo <sup>(3)</sup>. Baste con decir que,

---

<sup>(3)</sup> *Configuración histórica de la adquisición y pérdida de la nacionalidad española hasta el Código Civil*, vol. 2.º de los estudios en «Homenaje a don Antonio Hernández Gil», Madrid, 2001, pp. 1383 y ss.

desde nuestra Constitución de 1812 –que distinguía entre *ciudadanos* (art. 18) y *españoles* (art. 5), siendo solamente los primeros los que podían elegir y ser elegidos para cargos públicos (art. 23 y 27)–, todas las Constituciones españolas posteriores (las de 1837, 1845, 1869, 1876, 1931 y la actual de 1978) han contenido normas relativas a la nacionalidad.

La Constitución de 1837 abandonó este planteamiento (art. 1.º) y optó por otro más «moderno» que, posteriormente, fue reproducido por nuestras Constituciones de 1845, 1869 y 1876.

A la Constitución de 1876 debieron adecuarse los redactores de nuestro Código civil, por ser la vigente en el momento de su promulgación. Efectivamente, la base 2.ª de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 para la redacción del Código civil determinaba que la nacionalidad y la naturalización «*se ajustarán a los preceptos constitucionales y legales hoy vigentes, con las modificaciones precisas para descartar formalidades y prohibiciones ya desusadas*». Consecuencia de esto fue que el art. 17 de nuestro Código civil vino a reproducir el artículo 1.º de la Constitución de 1876.

Los redactores del Código civil atribuyeron ya en 1889 una extraordinaria importancia a las cuestiones relativas a la nacionalidad y extranjería, como lo prueba el hecho de que esta materia aparezca regulada en su Libro I («*De las Personas*»), Título 1.º («*De los españoles y extranjeros*»); es decir, nuestro Código civil coloca en primer lugar a la persona (cosa lógica, porque la finalidad primaria y central del Derecho civil es la protección y defensa de la persona y la consecución de sus fines) y, dentro de las cuestiones relativas a ésta, la primera en ser tratada es la nacionalidad y la extranjería.

Este tratamiento «primordial» que nuestro Código civil dispensa a nacionalidad y extranjería tiene también su propia lógica, ya que, además de ser la nacionalidad el factor determinante del estatuto jurídico-privado básico de la persona (art. 9.º1 Cc) –salvo los apátridas, que tienen como ley personal la «*del lugar de su residencia habitual*» (art. 9.º10 Cc)–, sirve también para determinar la dependencia de aquélla respecto de un Estado y la protección (interna y externa) que de éste recibe, así como su participación en la gestión de sus asuntos públicos.

## B) REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL EN SEDE DE NACIONALIDAD

Los actuales preceptos (arts. 17-28 Cc) que regulan la nacionalidad no son los primitivos, ya que éstos han sido objeto de sucesivas reformas, la primera de las cuales se produjo por una Ley de 15 de julio de 1954, que, entre otras cosas, dio entrada a la doble nacionalidad. Posteriormente, la Ley 14/1975, de 2 de mayo, vino a establecer la no influencia del matrimonio en la nacionalidad de la mujer.

La Constitución española de 1978, influida por la de 1869 (que, en su art. 1.º, decía por primera vez que «la calidad de español se adquiere, se conserva y se pierde con arreglo a lo que determinen las leyes») y por la de 1931 (que, por primera vez, contempló la doble nacionalidad, en su art. 24,2.º), ha dedicado específicamente a la nacionalidad su artículo 11, que –curiosamente– encabeza el Capítulo Primero («*De los españoles y los extranjeros*») de su Título I («*De los derechos y deberes fundamentales*»), lo que resulta de por sí elocuente.

El texto constitucional de 1978 originó la necesidad de adecuar el Código civil a la nueva legalidad en materia de nacionalidad, cosa que vino a realizar la Ley 51/1982, de 13 de julio, que, entre otras modificaciones, estableció la igualdad de sexos (da lo mismo que sea español el padre y/o la madre) en orden a la transmisión de la nacionalidad española de origen por *ius sanguinis*, y suprimió la adquisición por dependencia familiar.

Desde el punto de vista técnico-jurídico, esta reforma merece un juicio ampliamente negativo. Muchos de sus preceptos alcanzaron una extensión extraordinaria, llegando en varias ocasiones a ser de naturaleza puramente reglamentaria. Los redactores de esta importante Ley no tuvieron en cuenta algo que, en cambio, no pasó desapercibido a quienes confeccionaron la Ley de 15 de julio de 1954, la cual, en su Preámbulo (párr. 2.º, *in fine*), declaraba: «En otros casos, se ha querido introducir alguna norma nueva o desarrollar el contenido de algunos preceptos excesivamente lacónicos, aunque sin olvidar el carácter general que corresponde a las propias de un Código civil».

A remediar ese desaguasado vino la Ley 18/1990, de 17 de Diciembre, que, en el apartado 1.º de su Preámbulo, afirmaba sin ambages: «El propósito de la presente ley es precisamente acabar con las dificultades hermenéuticas que ha planteado la ley 51/1982, de 13 de julio, y establecer un sistema más armónico y claro tanto en sus principios como en su aplicación práctica». Esta reforma introdujo, además, como nueva modalidad adquisitiva de la ciudadanía española la posesión de estado (actual art. 18 Cc), figura que ya existía en otras legislaciones <sup>(4)</sup>.

Por último, la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, ha reformado el Código civil en materia de recuperación de la nacionalidad española, eliminando para los emigrantes españoles y para los hijos de éstos el requisito —hasta entonces dispensable por el Gobierno— de que el interesado residiera *legalmente* en España, que, en cambio, se mantiene para aquéllos que hubieran perdido la nacionalidad española con independencia del fenómeno migratorio, aunque siendo dispensable por el Ministerio de Justicia (art. 26 Cc). Esta Ley introdujo también dos disposiciones transitorias: la primera <sup>(5)</sup>, que permitía optar por la nacionalidad española a aquellas personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español y nacido en España, si formalizaban su declaración antes del día 7 de enero de 1997 (obviamente, esta transitoria resulta hoy absolutamente inoperante); la segunda, que lleva por rúbrica «Recuperación de la nacionalidad española perdida por la mujer, en razón de matrimonio, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 14/1975», dice así: «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 hijos de emigrantes».

<sup>(4)</sup> Dice RODRÍGUEZ MORATA, F. (*La nacionalidad de los emigrantes españoles en la Ley 18/1990, de reforma del Código civil*, en Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, n.º 11-12, enero-agosto 1991, p. 386) que la reforma operada por esta Ley «se inspira, básicamente, en los artículos 11 y 42 de la Constitución española; en el Convenio Europeo sobre reducción de los casos de plurinacionalidad y sobre obligaciones militares en caso de pluralidad de nacionalidades, hecho en Estrasburgo el 6 de mayo de 1963; y, por último, aunque residualmente, en los Convenios de doble nacionalidad suscritos por España con los países iberoamericanos».

<sup>(5)</sup> Plazo para el ejercicio del derecho de opción. «Las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español y nacido en España podrán optar por la nacionalidad española, si formalizan su declaración antes del día 7 de enero de 1997».

C) REFERENCIA GENÉRICA A LAS CAUSAS DE ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

El artículo 11.1 CE dice: « *La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley* ». Resulta llamativo que este precepto constitucional no aluda a la *recuperación* de la nacionalidad española. Tal vez la razón de ello haya que buscarla en que los redactores de nuestra Constitución de 1978 probablemente se limitaron a transcribir, casi en forma literal, el artículo 1.º de la Constitución de 1869. No hubiera estado demás que, a la hora de encarar este tema, nuestros constituyentes hubiesen sido más cuidadosos y hubieran dado una redacción más apropiada a este precepto, pues –la verdad– no se le encuentra mucho sentido a eso que dice de que la nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde « *de acuerdo con lo establecido en la ley* », porque la pregunta surge rápida: ¿Es que podría ser de otro modo? ¿se podría adquirir, conservar, o perder la nacionalidad española sin estar de acuerdo con lo establecido en la ley? Ya se comprende que no es éste el sentido que debe darse al artículo 11.1 CE. Aunque con su defectuosa redacción actual, lo que quiere decirnos es que en esta materia de nacionalidad hay reserva de ley, o lo que es lo mismo, que no puede ser regulada sino por normas que tengan rango de ley. Por eso, hubiera sido técnicamente más correcto y completo que nuestros constituyentes hubiesen dicho en ese precepto que una ley regulará esas materias, incluyendo la *recuperación* de la nacionalidad española, porque, al no aludir a ella, debe entenderse hoy que esta materia no ha quedado sujeta a esa reserva legal <sup>(6)</sup>, sino a la ordinaria potestad reglamentaria de la Administración.

De acuerdo con este texto constitucional, y teniendo también presente que « *Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad* » (art. 11.2 CE), los artículos 17 a 26 de nuestro Código civil regulan las causas de adquisición, pérdida, y recuperación de la nacionalidad española.

Fijaremos ahora, de forma muy genérica, nuestra atención en la adquisición de la nacionalidad española, materia en la que la doctrina suele distinguir dos modos básicos de ser españoles:

a) *Los modos originarios*, llamados así porque reconocen a una persona como española desde su origen, es decir desde el momento mismo en que es persona. Estos medios son los que –permítaseme la licencia– «fabrican» españoles de nacimiento o por naturaleza. Se considera en estos casos que la nacionalidad es una cualidad originaria de la persona que el ordenamiento jurídico no tiene más remedio que reconocer; tal ocurre, por ejemplo, cuando el art. 17.1 de nuestro Código civil dice que « *son españoles de origen...* ». Desde que hay persona, hay nacionalidad.

Los modos originarios obedecen a dos tipos de causas: el *ius sanguinis* (filia-ción o linaje) y el *ius soli* (lugar de nacimiento). Hoy el *ius soli* resulta claramente

---

<sup>(6)</sup> Obsérvese que, actualmente, nuestro Código civil para nada alude a la conservación de la nacionalidad española, salvo en lo que se refiere a la doble nacionalidad. Sí lo hacía, en cambio, específicamente, el viejo artículo 26, en la redacción que le fue dada por la Ley de 15 de julio de 1954: « *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, aunque las leyes del país donde residan les atribuyan la nacionalidad del mismo, no perderán la española si declaran expresamente su voluntad de conservarla ante el Agente diplomático o consular español, o, en su defecto, en documento debidamente autenticado dirigido al Ministerio de Asuntos Exteriores de España* ».

subsidiario <sup>(7)</sup> respecto del «*ius sanguinis*» <sup>(8)</sup>, porque se considera que la nacionalidad «de sangre...ata más que la del suelo en que se reside, por mucha importancia que ésta tenga en los actos de la vida» (STS de 26 de enero de 1928). Pero no siempre fue así. Se ha venido manteniendo —también hoy— por la mayoría de la doctrina que históricamente, por influencia del Derecho feudal, primaba el *ius soli*; ejemplo de lo que decimos lo constituye el siguiente texto del francés POTHIER: «Para que los que nazcan en países de dominación francesa sean reputados franceses no se atiende a si han nacido de padres franceses o extranjeros, a si los extranjeros están domiciliados en el reino o están sólo de paso. Todas estas circunstancias son indiferentes a nuestros usos; el nacimiento por sí solo da derechos de naturaleza independientemente del origen de padre y madre y de su residencia» <sup>(9)</sup>. Solamente el profesor DE CASTRO se ha mostrado disconforme con este planteamiento, en lo que se refiere a nuestro Derecho histórico, por entender que «no responde a lo que dicen las fuentes» <sup>(10)</sup>.

b) *Los modos derivativos*, conocidos también con el nombre de «naturalización», producen la adquisición de la nacionalidad española no inicialmente, sino después de que un sujeto haya adquirido la personalidad; es decir, estos modos de adquirir la nacionalidad española no determinan que las personas nazcan ya españoles, sino que permiten que *se hagan* tales en un momento cualquiera de su vida posterior al de haber nacido con los requisitos del artículo 30 Cc, que es lo que determina su personalidad (arts. 29 y 30 Cc) Los sistemas derivativos no reconocen a la nacionalidad como una cualidad con la que nace la persona, sino como una cualidad posteriormente adquirida por ésta.

Estos modos derivativos producen la adquisición de la nacionalidad española, bien voluntariamente, es decir siendo necesaria la voluntad del que la adquiere (opción, residencia y carta de naturaleza), bien necesariamente (por ejemplo, así ocurre, según el art. 19.1 Cc, cuando un extranjero menor de 18 años es adoptado por un español).

Con independencia de que sean modos originarios o modos derivativos, hay formas de adquisición de la nacionalidad española que se producen de forma automática (por ejemplo, la adquirida por *ius sanguinis* del art 17.1.a) Cc, o la adquirida por un menor de dieciocho años adoptado por español, que es el caso contemplado por el art. 19.1 Cc), mientras que otras no producen ese inmediato efecto, por ser necesario el cumplimiento de determinados requisitos posteriores (por ejemplo, la opción, la carta de naturaleza y la adquisición por residencia, que necesitan del cumplimiento de los requisitos prevenidos en el artículo 23 Cc).

---

<sup>(7)</sup> Mientras el artículo 17.1 Cc dice que «*Son españoles de origen: a) Los nacidos de padre o madre españoles*», en cambio, los apartados b) y c) de este mismo precepto reservan la misma nacionalidad española de origen a «*Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España*»; y el apartado c) a «*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*».

<sup>(8)</sup> Afirma GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. (*Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 23) que «desde la ordenación de la nacionalidad en el Cc de 1889, existe acuerdo en la doctrina...[en]...que el criterio dominante ha sido el de la filiación, ocupando el *ius soli* una posición subordinada».

<sup>(9)</sup> *Oeuvres*, VII, *Traité des Personnes et Choses*, 1,3,1, p. 418.

<sup>(10)</sup> Ob. cit., pp. 381 y ss.



D) ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE ORIGEN

En su redacción originaria de 1889, los artículos 17 a 28 de nuestro Código civil para nada aludían a la «*nacionalidad de origen*». Sólo tras la reforma introducida en estos preceptos por la Ley de 15 de julio de 1954 encontramos dos referencias a este tipo de nacionalidad <sup>(11)</sup>.

La diferencia entre españoles de origen y españoles carentes de esta cualidad no era algo puramente conceptual, sino que, muy por el contrario, era generadora de un trato jurídico parcialmente diferenciador entre unos y otros, del que cabía extraer como conclusión que la nacionalidad española de origen era más sólida que la adquirida derivativamente. Baste argumentar, como prueba de los que decimos, que ya antes de la Constitución de 1978 sólo los españoles de origen podían adquirir la doble nacionalidad por convenio, y que la pena de pérdida de la nacionalidad española sólo podían sufrirla quienes fueran españoles no de origen.

Estas diferencias se mantienen hoy, recogidas por la propia Constitución, que ha venido a dar plenitud a la distinción entre los españoles de origen y los españoles carentes de esta cualidad. Efectivamente, su artículo 11.2 dice que «*Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad*». Sólo sería posible, por tanto, privar a alguien de la nacionalidad española cuando la hubiese adquirido derivativamente, aunque esa privación nunca podría tener lugar de manera arbitraria, ya que en ese caso se estaría contraviniendo lo dispuesto por el artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. («*1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad*»). De todos modos, la pérdida de la nacionalidad española no figura ya como pena en nuestro Código punitivo de 1995.

Por su parte, el artículo 11.3 CE permite a los españoles naturalizarse en países iberoamericanos con los que España tenga suscritos tratados de doble nacionalidad, «*sin perder su nacionalidad de origen*»

Por tanto, las diferencias existentes antes de la Constitución de 1978 se mantienen tras la entrada en vigor de ésta. Obviamente, la Ley 51/1982, de 13 de julio, no tuvo más remedio que tomar ampliamente en consideración esa diferenciación constitucional, a la hora de reformar el Título 1.º del Libro 1.º de nuestro Código civil.

Pero no sólo es esto, sino que, además, la propia Constitución reclama ahora que la persona nombrada por el Rey tutor testamentario del Rey menor de edad deberá ser «*español de nacimiento*» (art. 60 CE.), lo que, como vamos a ver, tiene su propio significado, ya que hoy puede haber españoles que lo sean de origen, aunque no de nacimiento <sup>(12)</sup>. En cambio, todo el que sea español de nacimiento lo es también de origen.

---

<sup>(11)</sup> Eran las siguientes: a) La del art. 18, 2.º, que facultaba para adquirir la nacionalidad española por opción a los nacidos fuera de España de padre o madre que «*originariamente hubieran sido españoles*»; y b) La del art. 20, párrafo 3.º, Cc, que permitía adquirir la nacionalidad española por tan solo dos años de residencia en España a los «*nacionales, por origen, de países iberoamericanos o de Filipinas*».

<sup>(12)</sup> No podemos, por tanto, dar hoy por buena la afirmación que, en su día, hizo DE CASTRO (ob. cit, p. 397) de que español de origen «*será, pues, quien de nacimiento es español*».

Efectivamente, el artículo 17.2 Cc faculta para que pueda optar por la nacionalidad española de origen al que, tras haber cumplido dieciocho años, resulte determinada su verdadera filiación española, o su nacimiento en España. Lo mismo ocurre cuando es adoptado un extranjero menor de dieciocho años por un español: «*adquiere, desde la adopción, la nacionalidad española de origen*» (art. 19.1 Cc); o cuando el adoptado extranjero es mayor de dieciocho años, en cuyo caso «*podrá optar por la nacionalidad española de origen*» (art. 19.2 Cc). El mismo fenómeno se produce en la adquisición por opción contemplada en la Disposición transitoria 2.<sup>a</sup> de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre <sup>(13)</sup>. En todos estos casos se trata de alguien que, siendo inicialmente extranjero, pasa después a adquirir la nacionalidad española, pero, por una ficción legal, que puede en cada caso obedecer a propias y diversas razones, acaba teniendo la condición de español de origen. A éstos es a los que GONZÁLEZ CAMPOS denomina «españoles de origen por extensión» <sup>(14)</sup>.

La existencia de esta doble calidad de españoles (los que son de origen y los que no lo son) ¿pugna con el artículo 14 CE y con el 23.2 CE (acceso a las funciones y cargos públicos)? Entiendo que no, pero también entiendo que sería abiertamente inconstitucional cualquier planteamiento normativo que se dirigiese a profundizar «irrazonablemente» (STC 33/1983, de 4 de abril) las diferencias entre el español de origen y el que no lo es <sup>(15)</sup>, ya que el principio general es la igualdad de los españoles (sin distinguir) ante la ley (art. 14 CE) y, por ello, «*tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos*» (art. 23.2 CE).

He afirmado que no me parece inconstitucional la existencia de ciertas diferencias jurídicas entre los españoles de origen y los españoles que no tienen esta cualidad. Las razones principales en que baso esta afirmación son las siguientes:

1.<sup>a</sup> La propia Constitución distingue (art. 11.2 y 3) entre la nacionalidad española de origen y la que no lo es. Sería un contrasentido afirmar que es «inconstitucional» una diferenciación que la propia Constitución establece. ¿Cómo va a establecer la Constitución algo inconstitucional?

2.<sup>a</sup> El siguiente argumento ofrecido por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «según la doctrina del Tribunal Constitucional, el principio de igualdad no es un obstáculo absoluto para que puedan establecerse por Ley diferencias de trato por razón de la edad o por razón de cualquier otra circunstancia personal o social. Lo que impide el principio de igualdad es sólo que la Ley introduzca diferencias de trato por razón de esas circunstancias cuando carezcan de una justificación objetiva y razonable» <sup>(16)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> Dice así: «*Quienes no sean españoles a la entrada en vigor de esta ley, y lo serían por aplicación de artículos 17 ó 19 del Código civil, podrán optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la presente ley, y en las demás condiciones previstas en los artículos 20 y 23 de dicho Código.*»

<sup>(14)</sup> Frente a los que tuvieron ya la nacionalidad española (por *ius soli* o por *ius sanguinis*) en el momento mismo en que adquirieron personalidad, a los que califica de «españoles de origen en sentido propio» (ob. cit., p. 20).

<sup>(15)</sup> «La distinción entre españoles originarios y no originarios agota sus efectos en el ámbito del Derecho de la nacionalidad. Esto es, en el marco específico en que se consagra según el artículo 11CE. Más allá del Derecho de la nacionalidad, cualquier desigualdad en la titularidad o en el ejercicio de los derechos que pudiera basarse en la noción de la nacionalidad de origen entrañaría, a mi parecer, una discriminación contraria al artículo 14 del texto constitucional...» (GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: ob. cit., p. 21).

<sup>(16)</sup> *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, tomo I, vol. 3.º, 2.ª edic., Madrid, 1993, p. 133.

3.<sup>a</sup> La propia Constitución reserva el acceso al cargo de tutor testamentario del Rey a los españoles «*de nacimiento*» (art. 60.1 CE), con lo que está introduciendo otra clara diferenciación entre españoles. Creo que no puede decirse que esta exigencia constituya abiertamente una excepción al principio general de igualdad del artículo 14 de nuestra Constitución, porque no es una diferenciación que rompa arbitrariamente ese principio, sino una medida basada en criterios objetivos y razonables: presumir una especial fidelidad a la nación española en quienes son españoles de nacimiento.

A propósito de este artículo 60.1 CE, entiendo que la exigencia de que el cargo de tutor testamentario del Rey menor de edad sea desempeñado por un «*español de nacimiento*» debe ser tomada en sus propios términos, es decir, interpretada restrictivamente. Por tanto, considero que no podrían ejercer esa función las personas que antes hemos visto son consideradas españoles de origen por consecuencia de una ficción legal (los que GONZÁLEZ CAMPOS llama «españoles de origen por extensión»), porque realmente no fueron españoles «*de nacimiento*», ya que no nacieron con la nacionalidad española, sino con una extranjera o con apatridia. Este dato me induce a pensar que ni siquiera el supuesto contemplado en el artículo 17.2 Cc facultaría a la persona que en él pudiera encontrarse para ejercer el cargo de tutor testamentario del Rey menor, porque, aunque de haberse conocido inicialmente su nacimiento en España o su filiación española, hubiera sido español «*de nacimiento*», lo cierto es que este hecho no se produjo inicialmente, motivando que esa persona no naciera con la nacionalidad española. Admitir lo contrario sería ir contra la razón que movió a nuestros constituyentes a imponer esa limitación a quienes no eran españoles «*de nacimiento*» para acceder al cargo de tutor testamentario del Rey <sup>(17)</sup>.

### III. Mi posición personal acerca de la retroactividad o irretroactividad del artículo 17.1.a) Cc tras su redacción por la Ley 51/1982, de 13 de julio

En la redacción que le fue dada por la Ley de 15 de julio de 1954, el artículo 17 Cc decía, en sus números 1.º y 2.º, que son los que aquí interesan, lo siguiente:

«*Son españoles:*

- 1.º *Los hijos de padre español.*
- 2.º *Los hijos de madre española, aunque el padre sea extranjero, cuando no sigan la nacionalidad del padre».*

Tras la redacción que le fue dada por la Ley 51/1982, el artículo 17.1 Cc dice ahora:

«*Son españoles de origen:*

- 1.º *los nacidos de padre o madre españoles.»*

---

<sup>(17)</sup> En contra, DIEZ DEL CORRAL RIVAS, J. (*Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1991, pp. 176-177): «En efecto, el español de origen, además de poder ser tutor del Rey (art. 60.1 CE)...

Es evidente que esta redacción obedece a razones de acomodación de esta materia a los nuevos principios constitucionales; concretamente, al principio de no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), y al principio de igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación, recogido en el artículo 39.2 CE: «*Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil....*».

Saltaba a la vista que el viejo artículo 17, 2.º Cc chocaba abiertamente con los nuevos principios constitucionales; de ahí la necesidad de su reforma. Tras la nueva legalidad constitucional, no era admisible que la madre española no pudiera transmitir a sus hijos su nacionalidad, por el simple hecho de ser el padre extranjero, en igualdad de condiciones a como la transmitía el padre español.

Operada la correspondiente reforma por la Ley 51/1982, de 13 de julio, lo lógico hubiera sido estimar que el viejo artículo 17, 2.º Cc había sido derogado por la Constitución (Disposición derogatoria.3: «*Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución*»), a partir del momento de su entrada en vigor el día 29 de diciembre de 1978 (Disposición final). Por tanto, lo lógico hubiera sido entender y llevar a la práctica —singularmente por los poderes públicos, que están especialmente sujetos a la Constitución (art. 9.1)— que los hijos de madre española nacidos desde ese mismo día de entrada en vigor de la Constitución eran también españoles, de la misma forma que lo eran los nacidos de padre español. No se debía haber argumentado la existencia de un vacío legal, por haber quedado derogado el viejo artículo 17, 2.º Cc, ya que si los hijos de padre español eran españoles (lo decía el viejo art. 17, 1.º Cc), el mismo tratamiento debían recibir los hijos de madre española.

El problema debiera haberse resuelto mediante simple interpretación lógica, entendiendo por «*padre*» el «progenitor», con independencia de que sea hombre o mujer, sin necesidad de aplicar retroactivamente el nuevo artículo 17.1.1.º Cc (redacción de la Ley 51/1982), del mismo modo, por ejemplo, que no era necesario, tras la entrada en vigor de la Constitución, esperar a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, para entender que cuando el viejo art. 648, 2.º Cc (revocación de donaciones por causa de ingratitud) hablaba de que el delito se cometiere contra la «*mujer*» del donatario, debía entenderse contra el «*cónyuge*»; o que cuando el artículo 754 Cc impedía al testador testar a favor de la *esposa* del Notario que autorizase su testamento, se debía entender «el cónyuge»; y lo mismo cuando el artículo 756, 1.º Cc determinaba la indignidad para suceder de los padres que prostituyeren a sus *hijas*, término éste que debía ser entendido en sentido amplio, como sinónimo de «hijos». Por cierto, y a propósito del argumento que dábamos más arriba en el sentido de que la palabra *padre* del viejo artículo 17, 1.º Cc ofrecía la coartada suficiente para haber dado cobijo a una interpretación amplia que permitiera también haber atribuido la nacionalidad española al hijo de madre española tras la entrada en vigor de la Constitución, no he observado en la doctrina ningún reproche severo a los redactores de la Ley 11/1990 en el sentido de que el actual artículo 756, 1.º Cc («*Son incapaces de suceder por causa de indignidad: 1.º Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos*») sólo convierta en indignos a los progenitores

varones (padres) y no a las madres que hubieran desarrollado una conducta tan moralmente reprochable, respecto de sus hijos, como la descrita en ese precepto. La razón reside en que la palabra «padres» se entiende —rectamente— en sentido amplio, es decir como abarcando también a la madre. Lo mismo cabría haber hecho con el artículo 17,1.º Cc, en la redacción que le dio la Ley de 15 de julio de 1954, que estuvo vigente hasta 1982.

Pero, extrañamente, las cosas no ocurrieron así, a pesar de que la mejor doctrina <sup>(18)</sup> se manifestó a favor de la idea de que la Constitución había derogado ese artículo 17,2.º Cc. Efectivamente, una llamativa Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 1983, sobre nacionalidad española (BOE n.º 120, de 20 de mayo de 1983), en su apartado I («*Nacionalidad de los hijos de madre española por aplicación del artículo n.º 17,1.º, del Código civil*») establecía lo siguiente:

«Puesto que no existe disposición transitoria en la nueva Ley relacionada con este punto, es preciso entender que esta novedad no puede tener efecto retroactivo (cfr. Art.2,3.º, del Código Civil), y, por lo tanto, que únicamente podrán ser considerados, por ese solo título, españoles de origen los hijos de madre española nacidos después de la entrada en vigor de la Ley de 13 de julio de 1982»; y, más adelante, recalca: «Consiguientemente para los nacidos de madre española antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de 13 de julio les será de aplicación lo que disponía el artículo 17,2.º, del Código en su anterior redacción, de modo que solamente serán españoles cuando no les corresponda seguir la nacionalidad extranjera de su padre» <sup>(19)</sup>.

Un sector mayoritario de la doctrina española criticó esta posición adoptada sobre la irretroactividad del actual artículo 17,1,1.º Cc <sup>(20)</sup>.

Comparto las anteriores críticas. Creo que, a la vista de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 4/1981, de 2 de febrero, en relación con las leyes preconstitucionales que se opusieron a la Constitución, no debió resultar dudoso que el artículo 17, 2.º Cc, en su redacción de 1954, que era la vigente cuando co-

---

<sup>(18)</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. (ob cit., pág 24) decía : «...si el régimen legal anterior [el del viejo artículo 17,2.º Cc] era contrario a los artículos 14 y 39.2.º CE, su modificación inmediata por vía de nulidad sobrevenida, se ha producido desde el mismo momento de la entrada en vigor del texto constitucional y no por obra de la Ley 51/1982, de 13 de julio, que desarrolla aquellos preceptos constitucionales en el ámbito de la nacionalidad de origen. Lo que importa..., a los fines de la retroactividad del nuevo artículo 17, n.º 1.º, Cc.»

<sup>(19)</sup> Este mismo planteamiento había sido defendido antes por DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J. en una Ponencia desarrollada el día 18 de abril de 1983 en la Universidad Autónoma de Barcelona, que, junto a otra expuesta en Madrid el día 27 de abril de ese mismo año, constituyen la base de su trabajo *Principios de la reforma en materia de nacionalidad*, RDP, septiembre de 1983, pp. 791 a 819. En las pp. 794-797 este autor defiende la irretroactividad del artículo 17,1,1.º Cc en su redacción anterior a la Constitución. La identidad de planteamientos entre este trabajo y la referida Instrucción inducen a pensar que su participación en la elaboración de ésta debió resultar decisiva.

<sup>(20)</sup> GIL RODRÍGUEZ, J. *La Nacionalidad española y los cambios legislativos*, Colex, Madrid, 1993, pp. 52 y ss. (La cita, en pp. 52-53). Otra crítica a la posición de DÍEZ DEL CORRAL y la precitada Instrucción puede verse en GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: ob. cit., pp. 37 a 40, y autores que allí cita.

menzó a regir nuestra Ley suprema, había sido derogado por ésta. Esa STC, en su f. j. 1.º, sienta la siguiente doctrina:

«La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una ley superior –criterio jerárquico– y posterior –criterio temporal–. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar –de una parte– a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución, y –de otra– a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación.

Esta pérdida de vigencia se encuentra expresamente preceptuada por la disposición derogatoria de dicha norma fundamental, que dice en su núm. 3...

La lectura de esta disposición evidencia que las Leyes anteriores que se opongan a lo dispuesto en la Constitución quedan derogadas. El primer juicio que hay que hacer, por tanto, es el de desconformidad –en términos de oposición– de tales Leyes con la Constitución, única forma de determinar si se ha producido, como consecuencia, la derogación.»

Y, más adelante, prosigue:

«Pues bien, entendemos que los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el Ordenamiento jurídico –como afirma el artículo 1.4 Título Preliminar Cc– que debe así ser interpretado de acuerdo con los mismos. Pero es también claro que allí donde la oposición entre las Leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo. El hecho de que nuestra norma fundamental prevea, en su artículo 53.2, un sistema especial de tutela de las libertades y derechos reconocidos –entre otros– en el artículo 14 que se refiere al principio de igualdad, no es sino una confirmación de carácter específico del valor aplicativo –y no meramente programático– de los principios generales plasmados en la Constitución.

*En conclusión, en los supuestos en que exista una incompatibilidad entre los preceptos impugnados y los principios plasmados en la Constitución, procederá declararlos inconstitucionales y derogados, por ser opuestos a la misma.»*

Además, en esta Sentencia, el Tribunal Constitucional dejó patente el deber de los jueces y tribunales de inaplicar directamente estas normas preconstitucionales contrarias a nuestro texto fundamental:

«Así como frente a las leyes postconstitucionales el Tribunal [Constitucional] ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este

tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad.

El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad... no es un requisito para que el Tribunal Constitucional pueda enjuiciar las leyes preconstitucionales. El enjuiciamiento de la conformidad de las Leyes con la Constitución es, por el contrario, una competencia propia del mismo que, sólo *excepcionalmente, en cuanto a las anteriores a la Constitución, corresponde también a los Jueces y Tribunales integrados en el Poder Judicial; los cuales, al inaplicar tales leyes no enjuician realmente la actuación del legislador* —al que no le era exigible en aquel que se ajustase a una Constitución entonces inexistente—, *sino que aplican la Constitución, que ha derogado las leyes anteriores que se opongan a lo establecido en la misma y que —por ello— son inconstitucionales*. En definitiva, no corresponde al Poder Judicial el enjuiciar al Poder legislativo en el ejercicio de su función peculiar, pues tal enjuiciamiento está atribuido al Tribunal Constitucional».

A la vista de lo anterior, si un nacido de madre española y padre extranjero entre el 29 de diciembre de 1978 y antes de la entrada en vigor de la Ley 51/1982 hubiese planteado ante un tribunal español una demanda en solicitud del reconocimiento de su nacionalidad española, parece que la sentencia no hubiera tenido más remedio que reconocerle —*iure sanguinis*— esta nacionalidad a ese demandante, sin necesidad de que el tribunal a *quo* hubiese planteado una cuestión de inconstitucionalidad.

Con posterioridad a esta Sentencia, el Tribunal Constitucional dictó otra —la 80/1982, de 20 de diciembre—, de la que fue Ponente TOMÁS Y VALIENTE, como consecuencia de un recurso de amparo, que fue estimado por entender que se había vulnerado el derecho a la igualdad del recurrente (hijo ilegítimo natural al que se había aplicado el artículo 137 Cc, en su versión preconstitucional), que no puede ser discriminado por razón de nacimiento tras la entrada en vigor de la Constitución. En esta Sentencia el Tribunal Constitucional formula las siguientes declaraciones:

«Que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su artículo 9.1 donde se dice que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución”, sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente de indicativo, esto es, desde su entrada en vigor, que tuvo lugar, según la disposición final, el mismo día de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”. Decisiones reiteradas de este Tribunal en cuanto intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC) han declarado ese indubitable valor de la Constitución como norma. Pero si es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los artículos 39 a 52 en los términos del artículo 53.3 CE, *no puede haber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los artículos 14 a 38, componentes del capítulo segundo del título primero, pues el párrafo 1.º artículo 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo “vinculan a todos los poderes públicos”. Que el ejercicio de tales derechos haya de regularse sólo por*

*ley y la necesidad de que ésta respete su contenido esencial, implica que esos derechos ya existen, con carácter vinculante para todos los poderes públicos entre los cuales se insertan obviamente "los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial" (art. 117 CE), desde el momento mismo de la entrada en vigor del texto constitucional. Uno de tales derechos es el de igualdad ante la Ley que tienen todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna entre ellos por razón de nacimiento (art. 14 CE)».*

Dada la anterior doctrina, parece evidente que no era necesario esperar a que la Ley 51/1982, de 13 de julio, modificase el preconstitucional artículo 17,2.º Cc para considerar que los hijos nacidos de madre española y padre extranjero, desde la entrada en vigor de la Constitución hasta el momento mismo en que empezó a regir esa Ley 51/1982, eran tan españoles como los nacidos de padre español y madre extranjera. Pero no quedan ahí las afirmaciones de esta importantísima Sentencia, en cuya fundamentación jurídica puede leerse todavía lo que sigue:

*«Lo dicho hasta aquí no implica la aplicación retroactiva de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo, el de la vinculatoriedad inmediata del art. 14 y la afirmación de que, en consecuencia, todo español tiene desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Constitución, el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, por lo cual no puede perpetuarse, vigente la Constitución, esta situación discriminatoria surgida al amparo de la legislación preconstitucional y de la diferencia en ella existente entre los regímenes contenidos en los artículos 118 y 137 Cc. Antes de la promulgación de la Ley 11/1981 modificadora del Código civil, que es el momento en que tuvo que sentenciar la AT Sevilla, el artículo 137 había quedado derogado por el juego del artículo 14 y la disp. derogatoria 3.ª CE, y partiendo de ese planteamiento debió resolver la Audiencia y, después, debió enjuiciar su sentencia la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, porque la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 137 genera su nulidad y produce necesariamente efectos incluso sobre los procesos pendientes, actuando así como límite al principio según el cual un proceso debe resolverse con arreglo a la legislación vigente en el momento de interposición de la acción. Este Tribunal Constitucional no puede ni debe formular ningún pronunciamiento sobre la filiación de la recurrente en amparo, pero sí debe colocarla en una situación procesal en la que sea tratada por los Tribunales con respeto a su derecho a la no discriminación por razón de nacimiento, de modo que, anuladas las sentencias de apelación y casación, vuelvan a resolverse en estas vías, pero teniendo ahora en cuenta el valor normativo del artículo 14 CE, la derogación del artículo 137 Cc y la interpretación expansiva del 118 Cc en el período posterior a la Constitución y anterior a la Ley 11/1981, sus recursos contra la sentencia del Juez de Priego, válida en su día, pero no firme.»*



Por hacer también referencia al principio de no discriminación proclamado por el artículo 14 CE, procede traer a colación la STC 8/1983, de 18 de febrero. En su f.j. 3.º, se contiene la siguiente afirmación:

*«La igualdad se configura como un valor superior que... se proyecta con una eficacia transcendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución, como norma suprema, proclama.»*

Aquí están, según entendemos, las claves para la respuesta que en este punto se nos pide: la de la eficacia derogatoria de la Constitución de todas aquellas disposiciones que no son susceptibles de reconducir por vías interpretativas al marco constitucional y la de la extensión del amparo que el principio de igualdad reclama a todas aquellas situaciones de desigualdad que persistan a la entrada en vigor de la Constitución.»

En el f.j. 4.º de esta misma Sentencia puede leerse todavía lo siguiente:

*«Se trata, por tanto, de aplicar la norma constitucional respecto de una situación subsistente y con efectos futuros, eliminándose así .....una discriminación basada en el sexo o en el estado civil, o en ambas circunstancias conjuntamente.»*

Todas estas Sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, son anteriores en fecha a la Instrucción de la DGRN de 16 de mayo de 1983, que no responde así a la doctrina sentada por el intérprete supremo de nuestra Constitución.

Contra la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 17,2.º Cc, en su versión preconstitucional, en modo alguno podría argumentarse que la desigualdad de tratamiento jurídico entre los hijos de padre español y madre extranjera y los habidos de padre extranjero y madre española obedecía a criterios objetivos y razonables <sup>(21)</sup>, siendo así que el artículo 14 CE proclama la igualdad de los españoles ante la Ley, y el artículo 39.2 la igualdad de los hijos ante ésta *con independencia de su filiación*. Estos postulados no se cumplían mientras estuvo vigente el artículo 17,2.º Cc en su versión preconstitucional, ya que se establecía una discriminación injustificada entre los hijos de padre español y madre extranjera y entre los hijos de padre extranjero y madre española. A aquéllos se les reconocía siempre la nacionalidad española, aunque la ley de la madre les atribuyese también la nacionalidad de ésta; en cambio, en el segundo caso la madre española sólo transmitía su nacionalidad cuando la ley personal del padre no transmitía la nacionalidad de éste.

Tampoco resultaría admisible la argumentación que podrían formular algunos en el sentido de que la discriminación que establecía el viejo artículo 17, 2.º Cc obedecía a una justificación objetiva y razonable: evitar supuestos de doble nacionalidad no concordada. Este argumento debe ser rechazado de plano, ya que es verdad que tal con-

---

<sup>(21)</sup> En este sentido, conviene tener en cuenta la declaración recogida en el f.j. 5.º de la STC 33/1983, de 4 de abril: «Para que exista violación del principio de igualdad es preciso que el tratamiento desigual esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable.»

secuencia se eliminaba impidiendo que la madre española transmitiese su nacionalidad al hijo cuando la ley personal del padre le concedía la suya, pero ese mismo efecto no se producía, en cambio, cuando era el padre español y la madre extranjera, ya que en este caso la ley española imponía siempre al hijo la nacionalidad española del padre, con independencia de que la ley personal de la madre extranjera atribuyese también a aquél la nacionalidad de ésta. No se puede decir, con la Constitución en la mano, que esa diferenciación de trato sufrida por el hijo de madre española y padre extranjero obedeciese a criterios objetivos y razonables.

Dicho todo lo anterior, debo manifestar ahora que, a pesar de los criterios fijados por la Instrucción de la DGRN de 16 de mayo de 1983 –y de las posteriores Resoluciones de ese Centro Directivo que han seguido su estela doctrinal; por ejemplo, las de 16 de octubre de 1998 y 13 de marzo de 2000–, si un hijo de padre extranjero y madre española, nacido en el período de tiempo que media entre el momento mismo en que entró en vigor la Constitución y aquel otro en que lo hizo la Ley 51/1982, de 13 de julio, solicita hoy le sea reconocida por los Tribunales de justicia españoles su nacionalidad española, por ostentar sólo la que corresponde a la nacionalidad de su padre extranjero, éstos no tendrán otra salida que reconocerle su condición de español de origen *iure sanguinis*, sin que sea posible oponerle que caducó el plazo de dos años que, en su día, le concedió la disposición transitoria 2.ª de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, para optar por la nacionalidad española de origen. Lo mismo cabría decir respecto de esos nacidos de padre extranjero y madre española que no hubieran utilizado oportunamente la facultad de optar que les concedió la disposición transitoria 1.ª de la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, conforme a la cual «Las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español y nacido en España podrán optar por la nacionalidad española, si formalizan su declaración antes del día 7 de enero de 1997».

Este argumento de la caducidad de la facultad de optar no sería admisible, porque la opción es siempre un modo derivativo de adquisición de la nacionalidad (en este caso, la española), que no puede utilizarse para adquirir una nacionalidad que ya corresponde al solicitante de modo originario, que es lo que ocurre en el supuesto de hecho del que venimos ocupándonos. No se puede «derivar» a alguien a quien le corresponde la nacionalidad española de origen, por ser hijo de madre española, a que adquiera esta misma nacionalidad por opción, si quiere tenerla reconocida «oficialmente».

Dicho lo anterior, creo no debe extrañar que defienda la nulidad –por estar basada en normas radicalmente contrarias a la Constitución– de las adquisiciones de nacionalidad española operadas por vía de opción a favor de quienes, habiendo nacido tras la entrada en vigor de la Constitución y antes de que comenzara a regir la Ley 51/1982, de 13 de julio, tenían una nacionalidad extranjera por ser hijo de padre extranjero, pero deseaban también gozar de la nacionalidad española que les correspondía por ser hijo de madre española. Y no se diga que, como al final el resultado sería el mismo, ya que ese hijo de padre extranjero y madre española acabaría, por una u otra vía, teniendo la nacionalidad española de origen, resulta indiferente que el camino utilizado haya sido uno u otro, porque no es verdad. De habersele reconocido su nacionalidad española de origen *a matre* (es decir, *iure sanguinis*), tendría la condición de español «*de nacimiento*», lo que ya hemos visto resulta fundamental para po-

der desempeñar el cargo de tutor testamentario del Rey menor de edad (art. 60 CE), según la postura que anteriormente hemos defendido; además, si se le ha hecho ir por la vía de la opción, se le habrá obligado —para adquirir la nacionalidad española— a renunciar a su nacionalidad anterior (art. 23,b Cc), cosa que no hubiera ocurrido de habersele reconocido desde un principio su condición originaria de español de nacimiento por ser hijo de madre española. Todo ello amén de haberle tenido indebidamente privado desde el momento de su nacimiento de su condición de español (de origen), lo que puede haberle originado graves problemas derivados de su condición —falsa— de extranjero, dando lugar a que, en vez de aplicarle el régimen jurídico de los españoles (de origen), se le haya podido aplicar el de extranjería, lo que evidencia una gravísima discriminación respecto de los hijos de padre español y madre extranjera nacidos durante ese período de tiempo que media entre la entrada en vigor de la Constitución y de la Ley 51/1982.

Sentado todo lo anterior, debo manifestar también que el nacido de padre extranjero y madre que fue española al tiempo de su concepción, pero que no lo era ya en el momento del nacimiento, podría reclamar que se le reconociese su nacionalidad española de origen, si su concepción tuvo lugar siendo la madre española durante algún momento de ese espacio de tiempo que media entre la entrada en vigor de la Constitución y el día en que comenzó a regir la Ley 51/1982, de 13 de julio; y ello en base a la ficción consagrada por el artículo 29 del Código civil.

Para sostener la anterior afirmación, me amparo en alguno de los argumentos mantenidos por la RDGRN de 31 de marzo de 1992, que admitió que la hija (nacida en el extranjero en 1968) de padre italiano y madre originariamente española, que había perdido esta nacionalidad por razón de matrimonio al casar con extranjero en 1967 y adquirir automáticamente la nacionalidad italiana de su marido (art. 23, 3.º Cc, en su redacción procedente de la Ley de 15 de julio de 1954), pudiera optar por la nacionalidad española de origen, al amparo de lo preceptuado por la Disposición transitoria 2.ª de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, dado que el nacimiento de la hija peticionaria de la nacionalidad española se había producido cuatro meses después del matrimonio de sus progenitores, lo que evidencia que la concepción de la solicitante tuvo lugar en época en que la madre era todavía española de origen. Para reconocer a la solicitante la facultad de optar por la nacionalidad española, la precitada Resolución se basa en el principio *nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur* recogido en el artículo 29 de nuestro Código civil: «*El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*». Efectivamente, el fundamento jurídico cuarto de la Resolución dice: «No hay motivos suficientes para excluir del ámbito de aplicación del art. 29 del Código Civil las hipótesis de adquisición de la nacionalidad española «*iure sanguinis*» del artículo 17 en la redacción entonces vigente. El citado artículo 29 contiene una regla general de protección en el campo civil del concebido, que no se agota en la esfera patrimonial, y, cuando la interesada ha invocado la aplicación de aquel artículo 29 es evidente que lo hace porque estima que este precepto le beneficia.»

Sentado lo anterior, el fundamento jurídico quinto concluye en los siguientes términos: «Siendo esto así, hay que concluir que....lo cierto es que le favorece hoy a la

recurrente la opción establecida por la disposición transitoria 2.<sup>a</sup> de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, por cuanto que [la interesada] no era española a la entrada en vigor de esta Ley y lo sería por aplicación del vigente art. 17-1-a), como nacida de madre española, retrotrayendo los efectos del nacimiento a los de la concepción por aplicación del repetido artículo 29 del Código al entonces vigente artículo 17.2.º del Código Civil. Por consiguiente, habrá que estimar que la opción...implica para la interesada la adquisición de la nacionalidad española «de origen», en virtud de la ficción legal consagrada por dicha disposición transitoria.»

#### IV. Problemática que plantean los requisitos de que la residencia haya de ser «legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición» (art. 22.3 Cc)

Para la adquisición de la nacionalidad española por residencia en España se requiere que el extranjero haya residido períodos de diez, cinco, dos o un año (art. 22.1 y 2 Cc), según los casos. El artículo 22.3 Cc dispone que en todo caso «*la residencia habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición*».

Que la residencia de un extranjero en España pueda ser considerada por nuestro ordenamiento jurídico como eventual título de atribución del estado civil de español encuentra su razón de ser en que ese dato puede ser considerado como una prueba objetiva de la integración del extranjero en la nación española

Por residencia en España hay que entender «la situación de hecho que consiste en residir, estar asentado en España, tener en España la sede o morada»<sup>(22)</sup>. Pero no hay que circunscribir la residencia en España al puro hecho de que el extranjero haya de permanecer necesariamente en suelo español. También sería residente en España, por ejemplo, el tripulante extranjero de un barco mercante español (RDGRN de 5 de mayo de 1986), porque, siendo éste territorio español, el extranjero tiene en él su sede o morada habitual; y el extranjero que, incorporado a una unidad militar española (por ejemplo, la legión, o los que, previsiblemente, puedan integrar el ejército profesional), haya sido destacado con esa unidad a un país extranjero, aunque no pise suelo español.

Dicho lo anterior, pasemos ahora a examinar cuándo es *legal* la residencia en España.

A diferencia de lo que ocurre con los otros dos requisitos del art. 22.3 Cc (residencia «*continuada e inmediatamente anterior a la petición*»), que fueron introducidos por la Ley de 15 de julio de 1954, el de que la residencia deba ser «*legal*» fue incluido por primera vez en nuestro Código Civil tras la reforma operada en él por la Ley 51/1982, de 13 de julio. Como ha dicho recientemente GIL IBÁÑEZ, este requisito encuentra justificación en la necesidad de salir al paso de aquellos casos en que personas indocumentadas, que han entrado clandestinamente en España, o no tienen re-

---

(22) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M: ob. cit., p 331.

gularizada su situación en nuestro país, intentan adquirir la nacionalidad española por residencia <sup>(23)</sup>.

GARAU JUANEDA ha diagnosticado certeramente que el problema planteado por la «legalidad» de la residencia en España radica en determinar si este requisito equivale a posesión del permiso de residencia previsto en la legislación de extranjería, o si, por el contrario, el Código civil utiliza un concepto autónomo de aquella <sup>(24)</sup>; es decir, ¿emplea el Código civil el mismo concepto de residencia *legal* que utiliza la Ley de Extranjería 8/2000, de 22 de diciembre? ¿Son diferentes los conceptos de esa residencia utilizados por el Código y el administrativo empleado por la referida Ley de Extranjería?. Estamos ante una cuestión sobre la que, en verdad, no puede decirse que haya habido unanimidad doctrinal <sup>(25)</sup>.

En este punto me limitaré a exponer mi opinión, pero siendo plenamente consciente de que si aceptamos el criterio restrictivo, según el cual la exigencia de que la residencia haya de ser «legal» debe ser interpretada con arreglo a los dictados de la legislación de extranjería, se producirán unos efectos que, en cambio, no se darán si aceptamos otro de carácter más flexible y entroncado con la interpretación que inicialmente se venía haciendo desde una óptica puramente civilista.

De adoptar el primer criterio, ningún extranjero que carezca del preceptivo permiso de residencia en España, obtenido con arreglo a lo dispuesto por la vigente Ley de Extranjería, podrá adquirir la nacionalidad española; además, el tiempo para el cómputo del plazo de residencia comenzará desde el día en que el extranjero obtuvo el citado permiso, sin que puedan adicionarse otros períodos en que esta persona haya podido estar residiendo en España, aunque no pueda decirse que en ellos la residencia del extranjero en nuestro país haya sido ilegal, ya que estuvo amparada por normas que le habilitaban para residir entre nosotros, aunque sin conferirle un permiso oficial de residencia; por ejemplo, autorizaciones a estudiantes extranjeros para cursar estudios en nuestro país, extranjeros que formen parte de una misión diplomática o consular en España, etc. Debo decir que, adoptando este primer planteamiento y siguiendo la estela doctrinal de la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 19 de septiembre de 1988, a la que posteriormente me referiré, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha venido a declarar que, a la hora de calificar como «legal» la residencia de un extranjero en nuestro país, no resulta válida cualquier autorización para re-

---

<sup>(23)</sup> *La Adquisición de la nacionalidad española por residencia*, en «Homenaje a Don Antonio Hernández Gil», t. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 1286. Ya antes lo había dicho DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J. (*Principios de la reforma en materia de nacionalidad*, cit., p. 813): «Una novedad que puede pasar desapercibida en una primera lectura [del art. 22 Cc, tras su reforma por la Ley 51/1982, de 13 de julio] es la exigencia actual de que la residencia, en todos los supuestos del artículo 22, haya de ser legal... El propósito del legislador sin duda ninguna es acabar con el peligro muchas veces denunciado por el Ministerio del Interior de que se concediera la nacionalidad española —ya que en el régimen anterior del Código bastaba la residencia de hecho (cfr. arts. 220 y 221 Reglamento Registro Civil- a extranjeros indocumentados o que habían entrado clandestinamente en territorio español y que no se habían preocupado de regularizar su situación administrativa en España».

<sup>(24)</sup> *El concepto de «residencia legal continuada», en el artículo 22 del Código Civil*, en «La Ley», 1989-4, pág. 1159.

<sup>(25)</sup> Para una exposición de las diferentes posiciones doctrinales, vide PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: ob. cit., pp. 336 y ss. Este autor mantiene una posición propia —no favorable al criterio administrativo de interpretar este requisito conforme a las pautas de nuestra legislación de extranjería (pp. 338 y ss.)- de carácter marcadamente civil. Dice (pág.338): «Habrà residencia legal cuando civilmente pueda estimarse: 1.º) Que el extranjero tiene su residencia en España. 2.º) Que esta residencia sea permitida y aprobada como tal residencia por el ordenamiento español». También hace un examen de las distintas tesis existentes sobre este punto REGLERO CAMPOS, L.F.: *La adquisición de la nacionalidad española por residencia en la Ley 18/1990, de 17 de diciembre*, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 11y 12, enero-agosto, 1991, pp. 301 y ss.

sidir en España; tal ocurre con los «permisos para estudios» (S 22 de febrero de 1995), o con la «tarjeta de Estudiante» (S 3 de marzo de 1995), o con el certificado de «empadronamiento municipal» (S 10 de noviembre de 1995), porque no hay que confundir «estancia legal» con «residencia legal» (S 27 de julio de 1996), ya que son situaciones distintas que tienen un tratamiento jurídico diferenciado.

Los efectos anteriormente expuestos no se producirían de adoptar la tesis más flexible contraria, conforme a la cual el extranjero que reside en España de forma no ilegal, aunque carezca de permiso de residencia, podría obtener que el plazo de tiempo que permaneció en esas condiciones entre nosotros pudiera servirle para adquirir la nacionalidad española por residencia, siempre –claro está– que cumpliese los demás requisitos exigidos por el Código civil. Dentro de esta posición doctrinal, hay quienes, «desentendiéndose» de la legislación de extranjería, llegan a admitir que habría residencia «legal» siempre que el extranjero hubiese residido de hecho en España, aunque no hubiese estado amparado por el correspondiente permiso de residencia, siempre –obvio resulta decirlo– que no se hallare incurso en una causa de expulsión o en una situación que determine su salida obligatoria de España, porque en estos casos es evidente que su residencia no sería ya legal.

Según este planteamiento flexible, tendría una residencia legal en España, por ejemplo, el extranjero que, por un período corto de tiempo que dejó pasar inadvertidamente, o por retraso de la Administración, no renovó oportunamente su permiso de residencia. Hoy, una situación como la de este ejemplo podría dar lugar a que ese período de tiempo en que el extranjero permanece en España desprovisto del permiso de residencia pudiera ser considerada «legal», si está incurso dentro de los límites temporales contemplados en el artículo 43.3 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, que determina lo siguiente: «*Con un mes de antelación, al menos, a la fecha de caducidad de los documentos que regularicen su residencia en España, los extranjeros, si tienen el propósito de seguir residiendo en España, habrán de solicitar los permisos que correspondan, a los efectos procedentes. No obstante, sin perjuicio de las sanciones que procedan, podrá renovarse el permiso de residencia siempre que se solicite la renovación durante los tres meses posteriores a la fecha de su expiración y se cumplan el resto de los requisitos exigidos. Concedida la renovación, ésta surtirá efectos desde la fecha de caducidad del permiso anterior*». Resulta claro, pues, que si un extranjero con permiso de residencia caducado solicita la renovación de éste dentro de los tres meses siguientes a la fecha de su caducidad –y cumple todos los demás requisitos necesarios–, podrá todavía obtenerla, sin que por ello haya dejado de residir legalmente en España durante ese tiempo. Pero nótese que si este período de tiempo puede hoy ser considerado «legal» es porque así lo establece específicamente la legislación de extranjería, y no porque el extranjero estuviese residiendo de hecho en España (aunque en forma no ilegal) durante ese tiempo, como defienden los partidarios de la tesis que antes he calificado de flexible.

Debe tenerse presente, además, que hoy no es posible –jurídicamente hablando– que eventuales retrasos de la Administración en la tramitación de las renovaciones de los permisos de residencia puedan dar lugar a situaciones en que los extranjeros acaben residiendo de hecho (no «legalmente») en España. Lo impide el artículo 41.8, párrafo 2.º, del precitado Real Decreto 864/2001, conforme al cual «*Los permisos regulados en esta sección* [se refiere a la 2.ª del Capítulo II de este Reglamento, que

lleva por rúbrica «La situación de Residencia»] se renovarán si no han variado las circunstancias o si concurren otras que, conforme a lo dispuesto en este Reglamento, justifican su otorgamiento. Las solicitudes de renovación de dichos permisos se resolverán y notificarán en el plazo general máximo de tres meses....entendiéndose que dicha renovación ha sido concedida si, transcurrido tal plazo, la Administración no ha dado respuesta expresa». Por tanto, el silencio de la Administración durante los tres meses siguientes a la solicitud de renovación del permiso de residencia tiene efectos positivos y habrá que considerar que el extranjero que no obtuvo puntual respuesta a dicha solicitud por parte de la Administración ha estado residiendo «legalmente» en España durante el tiempo que haya mediado entre la caducidad del anterior permiso y la concesión del nuevo (expresa o tácita). Obviamente, si la respuesta –positiva– de la Administración se produce dentro de los tres meses, pero sin agotar este plazo, el tiempo de residencia del solicitante en España que ha mediado entre el día en que se produjo la caducidad y el día en que se ha producido la renovación ha de ser también considerado como de residencia «legal» en España, a los efectos de adquisición de la nacionalidad española, por aplicación del inciso final del art 43.3 del Real Decreto 864/2001, que ya hemos visto determina que, «Concedida la renovación, ésta surtirá efectos desde la fecha de caducidad del permiso anterior».

Me encuentro entre quienes piensan <sup>(26)</sup> que sólo «residen legalmente» en España las personas que tienen un permiso de residencia (temporal o permanente) concedido de acuerdo con lo previsto por la actual legislación de extranjería. Por tanto, sólo éstos podrán adquirir la nacionalidad española por residencia, ya que serán los únicos que podrán cumplir el requisito impuesto por el artículo 22.3 Cc de que la residencia en España sea «legal». Para comprender esto mejor, aludiremos a la correspondiente normativa de nuestra legislación de extranjería.

El artículo 29.1 de la vigente Ley de Extranjería 8/2000, de 22 de diciembre (en adelante, LE), nos dice que «Los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia, residencia temporal y residencia permanente».

La estancia es «la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días» (art. 30.1 LE), prorrogable, incluso por un permiso de residencia (art. 30.2.3 y 4 LE) <sup>(27)</sup>.

La residencia temporal autoriza a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años. Estas autorizaciones son prorrogables, a petición del interesado, si concurren circunstancias análogas a las que motivaron la concesión (art. 31.1 LE). Esta situación «se concederá al extranjero que acredite disponer de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el período de tiempo por el que la

---

<sup>(26)</sup> Con anterioridad han adoptado este planteamiento, entre otros, Díez DEL CORRAL RIVAS, J.: *Principios...*, cit., p. 813; LETE DEL RÍO, J. M.: *La nueva regulación de la nacionalidad*, 2ª edic, Madrid, 1987, pp. 95 y ss.; PÉREZ VERA (E.) y ABARCA JUNCO (P.): *Derecho Internacional Privado*, I, UNED, Madrid, 1987, pág 184; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: *Derecho Español de la Nacionalidad*, Madrid, 1987, pág 199; PANTALEÓN PRIETO, F.: *Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela*, coordinados por Amorós Guardiola y Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 1986, p. 121; RODRÍGUEZ MORATA, F.: *La nacionalidad de los emigrantes españoles*, cit., p. 416; y últimamente GIL IBÁÑEZ, J.L.: ob. cit., pp. 1286 y 1287.

<sup>(27)</sup> Sobre la Estancia y su prórroga, vide arts. 35 a 39 del R.D. 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (en adelante, RLE: Reglamento de la Ley de Extranjería).

*solicite sin necesidad de realizar actividad lucrativa, se proponga realizar una actividad por cuenta propia o ajena y haya obtenido la autorización administrativa para trabajar a que se refiere el artículo 34 de esta ley, o sea beneficiario del derecho a la reagrupación familiar» (art. 31.2 LE).*

La *residencia permanente* «es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles». (art. 32.1 LE). El artículo 32.2 dice que «*tendrán derecho a la residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada*»<sup>(28)</sup>.

A la vista de lo anterior, parece que la «*estancia*» tendría escasa incidencia en la concesión de la nacionalidad española. Más interés presentan la «*residencia temporal*» y la «*residencia permanente*», que presentan el carácter de actos debidos (no de carácter gracioso o facultativo) por la Administración cuando concurren en el peticionario los requisitos legalmente exigidos («*se concederá*», dice el art. 31.2; «*tendrán derecho*», dictamina el art. 32.2 LE).

Pero, a mi juicio, el principal argumento nos lo proporciona el artículo 29.3 LE<sup>(29)</sup>, que, tras enumerar las situaciones en que pueden encontrarse los extranjeros en España, sienta la conclusión final de que «*son extranjeros residentes los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o permanente*». Por tanto, los que carezcan de uno de estos dos permisos no podrán ser considerados «*extranjeros residentes*» en España; y esto lo dice una Ley, lo que significa que, para el legislador español, sólo tienen la condición de extranjeros que residen en España con arreglo a ella —es decir, «*legalmente*»— los que hayan obtenido un permiso de residencia de cualquiera de esos dos tipos. No valdría, pues, a estos efectos, un permiso de simple «*estancia*»<sup>(30)</sup>. Parece evidente, pues, que el *dies a quo* del período de *residencia legal* en España de un extranjero que quiera adquirir la nacionalidad española por esta vía comenzará en la fecha misma en que haya obtenido uno de estos dos permisos de residencia.

No comparto, pues, la opinión de quienes —como REGLERO CAMPOS, que sigue en este punto planteamientos de GARAU JUANEDA— entienden que *residencia legal* viene a asimilarse a «*situación legal de residencia*», es decir, «*una situación que se constituye como el supuesto de hecho de cualquier norma que permita la presencia física*

---

<sup>(28)</sup> En relación con la situación de residencia (temporal y permanente), *vide* arts. 40 a 53 del Reglamento de la Ley de Extranjería, aprobado por R.D. 864/2001, de 20 de julio.

<sup>(29)</sup> Anteriormente, el art. 13.4 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, había establecido el principio de que «Sólo se considerarán extranjeros residentes las personas amparadas por un permiso de residencia».

<sup>(30)</sup> En contra, REGLERO CAMPOS, L.F. (ob. cit., p. 304), que, junto a la de «*estancia*», considera otras varias situaciones en que el extranjero puede hallarse en España en forma no ilegal (aunque sin ninguna de esas dos modalidades de permiso de residencia) que para él son casos claros de residencia «*legal*» en España, a los efectos del art. 22.3 Cc Más adelante (pp. 307-308), este mismo autor considera que lo fundamental no es el permiso de residencia (a efectos de la «*legalidad*» de ésta), sino que «el elemento decisivo se halla en la voluntad y efectividad de la integración [del extranjero] en la sociedad española, y esta voluntad puede ser mayor en una persona en régimen de estancia que otra con permiso de residencia. Si la primera solicita posteriormente la residencia porque quiere permanecer más tiempo en España, ¿por qué razón no ha de computársele el tiempo que ha permanecido en nuestro país en régimen de «*estancia*»?». La respuesta a esta última pregunta aparece rotunda: sencillamente porque, por razones de seguridad jurídica (fijar de forma indubitada el *dies a quo* del cómputo de residencia legal en España para la adquisición de nuestra nacionalidad), la ley dice que ese período de «*estancia*» no es computable. Entiendo, por otra parte, que no puede decirse seriamente que, durante este período (no superior a 90 días), pueda producirse la integración de un extranjero en la sociedad española. Pero, sea lo que fuere, el requisito de la integración en la sociedad española es algo que el Código civil exige en el artículo 22.4, además del de que la residencia sea «*legal*» (art. 22.3).



del extranjero en España. Es, por consiguiente, aquella situación en que un no nacional español se halla en territorio [hay que entender español, aunque el autor no lo dice, sin duda por omisión involuntaria] en virtud de una causa legalmente prevista», aunque no sea por haber obtenido un permiso de residencia.

De no existir las disposiciones anteriormente citadas de nuestra legislación de extranjería, pocos reparos podrían oponerse a los expuestos planteamientos de los partidarios de la tesis que antes he calificado de flexible. Pero existen y no pueden ser ignorados. Antes de la entrada en vigor del artículo 13 de la Ley 7/1985, era correcto el planteamiento que ahora rechazamos. Pero no es posible mantenerlo después como si nada hubiera ocurrido. Y contra esto no cabe argumentar que «no hay que interpretar el Código Civil mediante la aplicación de categorías administrativas, fijadas por leyes no civiles y que responden a otras finalidades»<sup>(31)</sup>, porque el ordenamiento jurídico es un todo y cualquiera de sus normas –también las del Código civil– deben ser integradas con las demás, y sobre todo con las posteriores que versen sobre la materia. Además, las normas jurídicas han de ser interpretadas con arreglo a la «*realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*» (art. 3.1 Cc), y es evidente que la realidad social española en materia de nacionalidad y extranjería no es hoy la misma que cuando el Código civil exigió por primera vez, en 1982, el requisito de la «legalidad» de la residencia para adquirir la nacionalidad española. Ahora, el Gobierno quiere «cerrar el grifo» al goteo constante de «ilegales» que solicitaban, amparados en uno u otro parapeto legal, la concesión de la nacionalidad española por residencia.

Respecto a lo que se argumenta de que no hay que interpretar el Código civil según categorías administrativas fijadas por leyes no civiles y que responden a otras finalidades, hemos de decir que las materias relativas a la nacionalidad tienen también una amplísima dimensión pública que en modo alguno puede ser ignorada por el intérprete. A nadie puede extrañar –por lógica– que se aprecie una evidente conexión entre la reglamentación española de nacionalidad y extranjería y las normas de nuestro Código civil relativas a la adquisición de la nacionalidad española.

Tampoco comparto la crítica que, desde su planteamiento, hace REGLERO CAMPOS<sup>(32)</sup> a quienes –como PANTALEÓN– defienden la tesis restrictiva por afirmar que la residencia es «una situación de hecho» (basta residir o morar, aun sin tener el ánimo de permanencia). A esto apostilla REGLERO lo siguiente: «Si la residencia es un concepto fáctico, residencia legal no sería tan solo la de quien esté en posesión de ese permiso [el de residencia], sino la de cualquier extranjero que se halle física y legalmente en España». Veamos. Una cosa es que el de «residencia» sea un concepto fáctico, y otra muy distinta que el de «legalidad» –que es el que el artículo 22.3 Cc aplica al de residencia– también lo sea. Cuando el Código habla de residencia «legal» está juridificando aquel concepto. Una vez más, debo afirmar mi conformidad con el planteamiento del profesor REGLERO, si no existiera una legislación de extranjería como la española, que –quíerese o no– impone una interpretación restrictiva del término «legal» (art. 22.3 Cc). No hay más remedio que entender por «legalidad» de la residencia en España lo que la ley diga que hay que entender. Si nada dijera, ningún obstáculo habría para aceptar la tesis flexible y amplia, según la cual residiría legalmente en Es-

<sup>(31)</sup> REGLERO CAMPOS, L.F.: ob. cit., p. 306, que sigue aquí a DÍEZ DEL CORRAL RIVAS.

<sup>(32)</sup> Ob. cit., pp. 311-312.

paña el extranjero que estuviera cubierto o amparado por cualquier norma legal –no sólo el que disfrutara de permiso de residencia– que le habilitara para residir en España con arreglo a las normas jurídicas españolas.

Ha seguido también el planteamiento restrictivo que venimos defendiendo la STS de 19 de septiembre de 1988, para la cual el requisito, a efectos de adquisición de la nacionalidad española, de que la residencia sea «*legal*» entraña «que no basta... cualquier estancia o permanencia en territorio español, aunque sea legal (la de los miembros del servicio diplomático o consular de una nación extranjera, o la de los miembros de fuerzas extranjeras destacadas en España, o la de extranjeros con pasaporte debidamente visado), sino que ha de tratarse de «residencia legal», entendiéndose por tal *únicamente* la que se encuentra amparada por el correspondiente permiso de permanencia o autorización de residencia, obtenida conforme al Decreto 522/1974, de 14 de febrero, si el período de tiempo a computar transcurrió antes de la entrada en vigor de la Ley 7/1985, de 1 de julio, o por el permiso de residencia, que regula el art. 13 de esta última, si el referido tiempo se desarrolló después de la vigencia de la misma»<sup>(33)</sup>. Ya se comprende que la referencia que esta Sentencia hace a estas normas, que eran las vigentes en ese momento en materia de extranjería, hay que entenderla hecha hoy a la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, y al Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, fundamentalmente.

El planteamiento de esta Sentencia es el clásico de quienes defendemos que no hay más residencia legal –a efectos de adquisición de la nacionalidad española– que la que viene avalada por los dictados de la legislación de extranjería. Por tanto, dado que, a esos efectos, la residencia en España debe ser «*legal*», lo más razonable es entender que no tendrá una residencia de este tipo quien ingresó o permanece en España contraviniendo lo dispuesto por nuestra normativa de extranjería.

Piénsese, por otra parte, que el requisito de la «*legalidad*» de la residencia del extranjero en España se exige por nuestro Código civil con la vista puesta en la concesión de la nacionalidad española, que es un estado civil de la persona, que, por tanto, debe estar regido por normas de *ius strictum* que clarifiquen las situaciones de quienes pretenden acceder a ellos. Las normas que regulan el estado civil deben procurar garantizar la firmeza y seguridad jurídicas. Además, abogar por la consideración de residencias «*fácticas*» en España, prescindiendo de la normativa de extranjería, puede constituir un portillo fácil a situaciones de fraude de ley, tan frecuentes en materia de nacionalidad.

Creo que, para resolver este problema de una vez por todas, no estaría demás que, ahora que nuestro legislador tiene proyectado introducir nuevas reformas en materia de nacionalidad –si no me falla la memoria, la cuarta desde que entró en vigor la Constitución, lo que no dice mucho en su favor sobre la calidad técnica de las anteriores–, aclarara en el artículo 22.3 Cc que en todo caso la residencia habrá de ser *legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición, con arreglo a lo dispuesto por la legislación de extranjería*. Con un texto así, se eliminaría la mayor parte de las dudas y discusiones.

---

<sup>(33)</sup> Varias sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (SS de 22 de febrero, 3 de marzo, 21 de junio, y 10 de noviembre de 1995, de 21 de febrero y de 18 de septiembre de 1996, seguidas de otras muchas posteriores) han adoptado decididamente el criterio de esta STS (Sala 1.ª) de 19 de septiembre de 1988 en esta materia.

También exige el Código Civil (art. 22.3) que la residencia en España sea «*continuada*», es decir, que el extranjero tenga permanentemente su asiento o morada en España. Por tanto, cuando esa persona fija su residencia establemente en otro Estado, aunque intermitentemente permanezca en España, faltará el requisito de la continuidad. Mas esto no quiere decir que, para que la residencia sea continuada, haya de permanecer durante todo el tiempo en España, sin realizar ninguna salida al extranjero

En relación con este requisito de que la residencia en España sea «*continuada*», que ya hemos dicho fue introducido por la Ley de 15 de julio de 1954, la ya citada STS de 19 de septiembre de 1988 <sup>(34)</sup> ha dicho que «presupone la presencia real o física del interesado en territorio español y, además, que la misma sea continuada o, lo que es igual, ininterrumpida, durante el tiempo legalmente exigido...», aunque la interrupción no podrá entenderse producida por la incidencia de cortos, ocasionales y justificados viajes o salidas al extranjero»; y, más adelante, prosigue en los siguientes términos: «...Si bien es cierto que el requisito de la continuidad en la residencia o presencia física no deja de considerarse existente por el hecho de que el interesado haya tenido que realizar, durante el período de tiempo contemplado, cortos y esporádicos viajes o salidas al extranjero, tal *permisión, a falta de fijación ex lege de un límite a la duración y frecuencia de los mismos, no puede por menos de merecer una interpretación y aplicación restrictiva, que ha de ser ponderada bajo las perspectivas de la accidentalidad o no frecuencia en su realización, de la brevedad en su duración y de la justificación en sus motivos, pues mantener un criterio amplio y permisivo en esta materia, además de ser contrario a la ratio legis del precepto regulador de esta forma de adquisición de la nacionalidad, que, como prueba del ánimo del interesado de integrarse en la comunidad española, exige expresamente que su residencia sea continuada, lo que es sinónimo de no interrumpida, podría suponer la apertura de un peli-groso y siempre recusable portillo al fraude de ley*».

De esta sentencia conviene retener, a los efectos de la «continuidad» de la residencia, la siguiente doctrina:

### 1. Que identifica residencia continuada con residencia ininterrumpida.

<sup>(34)</sup> Esta sentencia entendió que no había continuidad en la residencia del extranjero en España, porque éste había faltado un total de 513 días durante los diez años de residencia en nuestro país. Respecto de este fallo judicial, REGLERO CAMPOS (ob. cit. p. 315) manifiesta lo siguiente: «Se trata, en mi opinión, de un fallo ciertamente desafortunado. No creo que el meramente contable sea el criterio más adecuado para dilucidar si ha habido o no continuidad en la residencia. Indudablemente, hay que tenerlo en cuenta, pero no como un elemento decisivo, sino meramente indicativo». Y más adelante (p. 316), dice: «Nuevamente hay que acudir al criterio de la integración del extranjero en la sociedad española como elemento modalizador también de este presupuesto... Estamos, qué duda cabe, ante una materia extremadamente casuística, por lo que... es difícil establecer reglas generales. Es preciso tener en cuenta no sólo el dato del número de viajes hechos al extranjero o el tiempo que se ha empleado en ellos. También hay que considerar el motivo de tales viajes y, sobre todo, si como consecuencia de ellos el extranjero ha alcanzado un suficiente grado de integración en la sociedad española o se ha producido un desapego al modo de vida español». (La negrita corresponde al texto del autor citado). De nuevo me muestro en desacuerdo con este planteamiento. Fácilmente se comprende que este requisito de la «continuidad» es extraordinariamente casuístico y que será de difícil interpretación y aplicación en muchos casos, pero debe tenerse presente que estamos ante una modalidad de adquisición de la nacionalidad española *por residencia*, en la que, con independencia del *animus* que el extranjero tenga de integrarse en la sociedad española, es imprescindible la presencia del *corpus* (residencia en territorio español durante el tiempo que la ley marca, de forma continuada). Durante algunos períodos razonables de tiempo se puede prescindir de la permanencia en España del extranjero solicitante, pero lo que no puede es prescindirse de él de forma poco razonable (la permanencia es la regla general, la ausencia es la excepción). Además, hay que tener presente que estamos ante una materia que afecta al estado civil de las personas (nacionalidad), que requieren fijeza y seguridad; por eso, me parece razonable que se fije un plazo a partir del cual la residencia deja de ser «*continuada*», al modo como lo ha hecho el R.D. 864/2001, de 20 de julio, en su artículo 53.

Por otra parte, no me parece muy adecuado invocar aquí el requisito de la integración del extranjero en la sociedad española, que, como ya he dicho antes, es un requisito diferente y cumulativo respecto del de la *continuidad*.

2. Que, a los efectos de adquisición de la nacionalidad, no hay interrupción de la residencia en España por la incidencia de esporádicos, cortos, ocasionales y justificados viajes o salidas al extranjero. Recoge esta doctrina nuestra vigente Ley de Extranjería, que, a propósito de la denominada «residencia permanente», dictamina que «se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente hayan abandonado el territorio nacional temporalmente» (art. 32.2 LE) <sup>(35)</sup>.

3. Que estas incidencias habrán de ser interpretadas y aplicadas restrictivamente, porque mantener un criterio amplio en esta materia sería contrario a la *ratio legis* de la normativa que regula la adquisición de la nacionalidad española por residencia y podría suponer una facilitación del fraude de ley.

4. Que el requisito de la continuidad de la residencia se exige «como prueba del ánimo del interesado de integrarse en la comunidad española».

No comparto el criterio de PANTALEÓN cuando dice que «Si el extranjero deja en cualquier momento de estar amparado por el necesario permiso, el período anterior de residencia legal y continuada en España, por largo que haya sido, *deviene irrelevante*: los plazos tendrán que cumplirse de nuevo por entero, a partir de la concesión de otro permiso de residencia» <sup>(36)</sup>. Este planteamiento no sólo contradice lo que ya hemos visto determina el artículo 43.3 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, sino también la doctrina de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 1998, que ha admitido que no rompen la continuidad de una residencia en España aquellos períodos que, sin prolongarse excesivamente en el tiempo, mantienen al extranjero sin permiso de residencia en nuestro país, por haber caducado el anterior y no haberse concedido todavía la renovación solicitada.

En cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, el artículo 53 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, con ánimo de dotar a esta resbaladiza materia de la fijeza y seguridad que requieren las cuestiones de estado civil, establece, en su apartado 1, d) que «*La vigencia de los permisos de residencia temporal se extinguirán sin necesidad de pronunciamiento administrativo alguno: Por la permanencia fuera de España de forma continuada durante más de seis meses en un período de un año*». Lo mismo establece el apartado 3,d) de ese mismo precepto reglamentario, en relación con la pérdida de vigencia de los permisos de residencia permanente. Entiendo, por consiguiente, que en este requisito de la *continuidad* de la residencia en España el operador jurídico tampoco podrá prescindir de la legislación de extranjería, a la hora de interpretar el art. 22.3 Cc <sup>(37)</sup>.

Conviene poner también de manifiesto que el período de tiempo que el extranjero pueda permanecer fuera de España como consecuencia de esas salidas incidentales

---

<sup>(35)</sup> Téngase en cuenta también lo que, más adelante, decimos respecto del art. 53.1.d) del R.D. 864/2001, de 20 de julio.

<sup>(36)</sup> Ob. últim. cit, p. 122.

<sup>(37)</sup> Téngase también presente que el artículo 45,d) del Reglamento de la Ley de Extranjería, aunque lo establece en relación con la documentación que debe acompañarse para la solicitud del permiso de residencia o de su renovación, dice que esas solicitudes deberán ir acompañadas «*En su caso, [de] cualquier medio de prueba que acredite el tiempo previo de residencia legal y continuada en España. La permanencia continuada en España podrá ser acreditada por cualquier medio de prueba admisible en Derecho que, de forma efectiva, evidencie la continuidad de dicha permanencia*»

y esporádicas se computará como de efectiva permanencia en el territorio nacional, es decir, no se detraerá del tiempo necesario de residencia para adquirir la nacionalidad española, siempre —claro está— que esos viajes y salidas no supongan interrupción de la residencia.

Para la adquisición de la nacionalidad española por residencia, el artículo 22.3 Cc viene exigiendo desde 1954, además del cumplimiento de los requisitos anteriores, que la residencia en España sea «*inmediatamente anterior a la petición*», lo que viene a significar que no basta con que el extranjero solicitante haya residido en España legalmente y de forma continuada durante el tiempo que marca la ley, sino que, además, es necesario que esos requisitos se hayan producido *inmediatamente antes* de formular la solicitud de adquisición; es decir, no puede existir interrupción ente el cumplimiento de los demás requisitos y la solicitud de adquisición. Si ocurriera esto, el extranjero tendría que volver a cumplir enteramente de nuevo todos los requisitos legalmente exigidos, ya que el período completo anterior devendría enteramente irrelevante.

Obsérvese también que este requisito marca el *dies ad quem* del tiempo de residencia legal y continuada en España. Quiero decir que el peticionario deberá ya haber cumplido en su integridad el plazo que la ley le marca, sin que pueda adicionársele —para completarlo— el tiempo que tarde en tramitarse y resolverse el correspondiente expediente administrativo, aunque durante él el extranjero continúe residiendo en España de forma legal y continuada. Pero si ha cumplido en su totalidad el tiempo de residencia legal y continuada inmediatamente antes de formular la solicitud de adquisición de la nacionalidad española, ya no será necesario que el extranjero continúe residiendo en España <sup>(38)</sup>.

---

<sup>(38)</sup> Sobre esta exigencia de que la residencia en España sea «*inmediatamente anterior a la petición*», vide PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: ob. cit., pp. 346-347.