

ESTUDIOS

LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN EN LA RECIENTE DOCTRINA REGISTRAL

ANTONIO MARÍN LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Internacional
Profesor emérito de la Universidad de Granada*

SUMARIO: I. Introducción.—II. Supuestos de Opción.—III. La petición de la nacionalidad española de los supuestos de opción.—IV. La tramitación registral de la opción.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los elementos para la existencia de un Estado es la población; su pertenencia al mismo aparece determinada por la nacionalidad. El reciente convenio europeo, hecho en Estrasburgo el 6 de noviembre de 1997 ⁽¹⁾ define la nacionalidad como «el vínculo jurídico entre una persona y el Estado» (art. 2). La jurisprudencia nacional sigue parecida terminología y como decía la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 27 de febrero de 1963, la nacionalidad es el vínculo jurídico que une a cada individuo con un Estado determinado ⁽²⁾. En la doctrina sirva de ejemplo la expresión del profesor M. Díez de Velasco cuando la define como «vínculo que liga a un individuo con una determinada organización política estatal, determinando la pertenencia jurídica de una persona a la población de un Estado» ⁽³⁾.

La existencia del vínculo otorga a una persona física o jurídica el carácter de nacional, que permite distinguir a los súbditos propios de los que no lo son, esto es, los extranjeros, lo que entraña derechos y obligaciones diferentes respecto al Estado que otorga la cualidad de nacional a una persona física o jurídica. El más importante es la posibilidad de un Estado de proteger diplomáticamente a sus súbditos frente al Estado

⁽¹⁾ Puede verse el texto en *International Legal Materials*, vol. XXXVII, 1998, pp. 47-55. No ha sido ratificado ni firmado por España.

⁽²⁾ *Revista de Derecho judicial*, vol. V, 1964, núm. 117, pp. 281-283.

⁽³⁾ M. DÍEZ DE VELASCO VALLEJO: *Instituciones de Derecho internacional público*. Tomo I, duodécima edición, Madrid, 1999, p. 504.

que le ha ocasionado un perjuicio; la nacionalidad es utilizada por el Derecho internacional como un instrumento de protección de la persona, dotándola así de una función *ad extra*. Ahora bien, la consideración del vínculo jurídico-político desde una óptica *ad in- tro* viene influida por esta normativa tanto en lo que escasamente respecta a su determi- nación como en lo relativo a las funciones que cada Estado le asigne a nivel interno ⁽⁴⁾.

La nacionalidad española se puede adquirir por el hecho del nacimiento (por filiación o por nacimiento en España), por naturalización (por carta de naturaleza o por residencia en España), opción o adopción. La posesión y utilización continuada de la nacionalidad española durante diez años, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro civil es también causa de consolidación de la nacionalidad (art. 18 del Cc) ⁽⁵⁾. En la exposición siguiente, limitada a la jurisprudencia registral más reciente, sólo se estudiará la adquisición de la nacionalidad española por opción, que en los Estados miembros de la Unión europea recibe nombre semejante como declara- ción o inscripción, pero de la misma naturaleza jurídica.

La adquisición de la nacionalidad por este medio constituye un derecho subjetivo del individuo siempre que se cumplan los requisitos sustanciales y formales del Có- digo civil, con lo que desaparece la discrecionalidad de la Administración del Estado, tan importante en los casos de naturalización y queda sólo la voluntad de la persona para elegir su nacionalidad por este medio. Es un modo derivativo de adquisición, en cuanto supone la existencia de una nacionalidad anterior, que puede ser la primitiva u otra, pero que en todo caso, evidentemente, no ha sido ostentada por nadie. Su razón de ser es la relación de ciertos extranjeros con España, un determinado arraigo con el medio social nacional que, o bien por la edad de la persona o por el carácter del vínculo, no se estima que sea suficiente para ignorar la voluntad del sujeto; ello exige un trato especial si desean adquirir la nacionalidad española.

La opción ha sido tradicionalmente en derecho español el medio principal de ad- quisición de la nacionalidad por el que el extranjero ejerce un derecho. Y aún puede decirse que en nuestro sistema jurídico ha sido el único medio de adquisición de la nacionalidad en el que el extranjero tiene un derecho auténtico para adquirirla ⁽⁶⁾. Ha sido materia tratada con frecuencia por la jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado; sus resoluciones, que resuelven el recurso planteado, se han manifestado en la dirección establecida por la Ley y el reglamento del Regis- tro civil, pero en ocasiones han añadido algún nuevo matiz a la solución o han puesto de relieve cuestiones dejadas, en parte, al margen.

II. SUPUESTOS DE OPCIÓN

Los supuestos de opción que dan lugar a la adquisición de la nacionalidad espa- ñola por opción han sido diversos ⁽⁷⁾; hoy han quedado más reducidos: 1. La opción

⁽⁴⁾ J. M. ESPINAR VICENTE: *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*. Madrid, Civitas, 1994, p. 38.

⁽⁵⁾ Pueden verse: J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: «Le droit espagnol de la nationalité», en B. Nascimben- ne (ed.): *Le droit de la nationalité dans l'Union européenne*. Milán, 1996, pp. 207-261.

⁽⁶⁾ Para los antecedentes de la opción, puede verse J. M. ESPINAR VICENTE: *Ob. cit.*, pp. 83-85.

⁽⁷⁾ Sobre la regulación de la opción anterior a lo dispuesto por la ley 18/1990, de 17 de diciembre (BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 1990), puede verse: J. C. FERNÁNDEZ ROZAS: «La reforma del derecho español de la nacionalidad». *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1983, pp. 135-233, especialmente, pp. 174-182.

a causa de la filiación o el nacimiento en España cuya determinación se produzca después de los dieciocho años; 2. La opción de quienes estén o hayan estado sujetos a la patria potestad de un español; 3. La opción por el hecho de la adopción; 4. Los casos anómalos originados por la descolonización española.

1. La opción a causa de la filiación o el nacimiento en España

El artículo 17, apartado 2, del Código civil dice:

«La filiación o el nacimiento en España, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad, no son por sí solos causa de adquisición de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación.»

Esto difiere radicalmente del derecho anteriormente vigente. La exposición de motivos de la Ley 18/1990 de 17 de diciembre⁽⁸⁾ afirma que la atribución automática de la nacionalidad española por filiación o por nacimiento en España es una consecuencia excesiva y perturbadora muchas veces para el interesado, cuando tales hechos se descubren después de los dieciocho años de edad, por poder afectar a personas cuya vinculación con España sea inexistente o muy escasa. Más respetuoso con la realidad y con el interés del afectado es limitar el derecho de éste a una eventual adquisición de la nacionalidad española por opción, regida por el artículo 20 del Código civil. La atribución automática de la nacionalidad española o tan solo un derecho a optar exige que el padre o madre respecto del cual se determina la filiación fuera español en el momento del nacimiento del hijo⁽⁹⁾. La expresión «determinación del nacimiento en España» es la constatación oficial del hecho, que se produce por la inscripción.

El sentido de esta norma se va perdiendo progresivamente, a medida que se le va poniendo en relación con los demás apartados del artículo 17 del Código civil. Si la determinación legal de la filiación respecto de un extranjero nacido en España sitúa al interesado mayor de dieciocho años en los umbrales de la nacionalidad, hay que concluir que la coherencia entre esta situación y la directriz de política legislativa es aún menor. Parece más lógico que en esta caso hubiese bastado con el mecanismo privilegiado de adquisición por residencia del artículo 22.2.a) para los nacidos en España⁽¹⁰⁾. En todo caso el artículo 17.2, como el artículo 17.1 no tienen eficacia retroactiva, conforme a la disposición transitoria primera de la Ley 18/1990.

Las resoluciones de la Dirección general exigen un vínculo consanguíneo con persona española, la residencia legal en España o su dispensa, la observancia de un plazo y la inscripción en el Registro Civil de la adquisición de la nacionalidad.

⁽⁸⁾ BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 1990. Puede verse sobre la misma: P. Abarca Junco: «La reforma del derecho de la nacionalidad de 1990». Universidad Nacional de Educación a distancia. *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 1, 1992, pp. 65-83.

⁽⁹⁾ M. A. PARRA LUCÁN: «Atribución provisional de la nacionalidad y nacionalidad aparente: los nuevos artículos 17 y 18 del Código civil». *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 11-12, 1991, p. 222.

⁽¹⁰⁾ J. M. ESPINAR VICENTE: *Ob. cit.*, pp. 91-92.

La resolución de 23 de septiembre de 1999⁽¹¹⁾ afirmaba que «aunque se haya probado que el interesado hubiera sido antes español, su declaración de voluntad en acta levantada en 1994 es inscribible como opción, formulada dentro de plazo, por ser hijo de madre originariamente española y nacida en España y haberse obtenido la dispensa del requisito de residencia legal en España»⁽¹²⁾. La resolución de 27 de septiembre de 1999 adoptó un criterio contrario porque: 1.º La opción formulada en 1993, por ser hija de padre originariamente español y nacido en España, no es inscribible porque no se obtuvo la dispensa necesaria del requisito de residencia legal en España; 2.º La misma opción reiterada el 30 de septiembre de 1998 tampoco es inscribible por haber caducado el derecho el 7 de enero de 1997⁽¹³⁾.

No se trata del caso de quien haya inscrito su nacimiento y filiación después de los dieciocho años en el Registro civil. La opción prevista procede, sin ningún control gubernativo pero sí sujeta a un plazo, cuando después de dicha edad se descubra que el que aparece como extranjero es hijo de progenitor español⁽¹⁴⁾ o bien que ha nacido en España y se dan las demás condiciones exigidas por el artículo 17.1. La opción no requiere la habilitación discrecional del Gobierno del artículo 26.2 del Código civil, porque el varón no ha sido nunca español ni ha estado tampoco sujeto al servicio militar español o a la prestación social sustitutoria.

La resolución de 23 de abril de 2001⁽¹⁵⁾ dice que «No nació española, y no es posible inscribir su nacimiento, la nacida en Argentina en 1933, hija de italiano y de madre originariamente española»⁽¹⁶⁾.

En lo que concierne a la determinación legal de un español después de los dieciocho años, la situación del optante, en términos de arraigo sociológico, es análoga a la del español que tuvo otra nacionalidad antes de su emancipación y que hubiera

(11) *BIMJ* núm. 1859, de 15 de diciembre de 1999, pp. 4097-4099.

(12) Y en sus fundamentos de derecho completaba el aserto diciendo que.. «por acta levantada en 1994 el interesado manifestó claramente su voluntad de adquirir la nacionalidad española, por lo que es necesario examinar si su declaración envolvía una opción a la nacionalidad española que, por cumplir todos sus requisitos es susceptible de inscripción. Esta cuestión ha de resolverse en sentido afirmativo, puesto que, según está acreditado, se trata de persona cuya madre era originariamente española y nacida en España, de modo que la opción está amparada en lo establecido en su momento por la disposición transitoria 3.ª de la ley de 17 de diciembre de 1990... y se ha obtenido en 1996 la dispensa por el Gobierno del requisito, exigido en aquel momento, de ser residente legal en España...». La Dirección acordó estimar el recurso, revocar la calificación recurrida y ordenar que se inscriba al margen del asiento de nacimiento del interesado la opción a la nacionalidad española.

(13) En sus fundamentos de derecho aclaraba que la interesada nacida en Rusia en 1954, ha optado en 1993 por la nacionalidad española, como hija de padre originariamente español y nacida en España, al amparo de lo que establecía la disposición transitoria 3.ª de la ley 18/1990, de 17 de diciembre. Esta opción, sin embargo, no es inscribible porque no obtuvo, a pesar de haberla solicitado, la dispensa del requisito de la residencia legal en España, entonces exigido conforme a la anterior redacción del artículo 26 del Código civil. «En febrero de 1996... se puso en conocimiento de la interesada que el requisito de la residencia legal en España ya no se exigía para los emigrantes e hijos de emigrantes por virtud de la ley 29/1995, de 2 de noviembre, así como que el derecho de opción de éstos se mantenía hasta el día 7 de enero de 1997. Puesto que a pesar de esta comunicación, la interesada no vuelve a optar a la nacionalidad española hasta la nueva acta de fecha 30 de septiembre de 1998, es evidente que esta declaración de voluntad se ha formalizado cuando ya había caducado el derecho de opción y que, por consiguiente, tampoco puede ser inscrita». *BIMJ* núm. 1881, de 15 de diciembre de 2000, pp. 3867-4103.

(14) Instrucción de la DGRN de 20 de marzo de 1991. *BOE* núm. 73, de 26 de marzo de 1991, pár. VIII, segunda. En otro caso se desestima la opción en la resolución de 22 de septiembre de 2000 (*BIMJ* núm. 1881, de 15 de noviembre de 2000, pp. 3867-3868) y en la de 23 de abril de 2001 (*BIMJ* núm. 1895, de 15 de junio de 2001, pp. 2195-2196).

(15) *BIMJ* núm. 1895, de 15 de junio de 2001, pp. 2195-2196.

(16) Y en los fundamentos de derecho confirma que «La interesada nunca ha ostentado la nacionalidad española porque en la redacción originaria del Cc (cfr. arts. 18 y 22) regía el principio de unidad de la familia centrado en la figura del padre y cabeza de familia, de tal modo que la mujer casada seguía la condición del marido y los hijos sometidos a la patria potestad la nacionalidad del padre». Por ello, la Dirección general acordó desestimar el recurso.

utilizado exclusivamente esta última. La determinación del nacimiento y la filiación a las que se refiere aquel párrafo ha de ser interpretada conforme lo hace la Dirección general en su instrucción de 20 de marzo de 1991: a) «... para que entre en juego la opción es imprescindible que esa filiación respecto de un español o ese nacimiento en España queden fijados como hechos nuevos descubiertos precisamente después de los dieciocho años de edad del interesado»; b) Puede ocurrir que no obstante producirse la inscripción de nacimiento y filiación después de esa edad, el inscrito sea ya español de origen por aplicación del artículo 17, párrafo 1 del Código civil. En tales casos es inútil acudir a la opción del párrafo 2 de éste. La instrucción afirma que «En esta hipótesis el hecho de que el nacimiento en España se determine después de los dieciocho años no da lugar tampoco a que el nacido pueda optar por la nacionalidad española al amparo del artículo 17.2, porque ni siquiera tal nacimiento en España, aún inscrito oportunamente, sería título de atribución bastante de la nacionalidad» (17).

El artículo 17.2 del Código civil establece los dieciocho años de edad para optar y no la mayoría de edad según su ley personal. A efectos de la declaración de opción hay que tener en cuenta la posibilidad de intervención del representante legal, aún después de los dieciocho años si el optante está incapacitado y así lo exige su ley personal. Hecha la opción, sus efectos comienzan con la anotación en el registro civil, a través de nota al margen de la inscripción de nacimiento (art. 46 de la Ley del Registro Civil) o de una nueva inscripción de nacimiento, puesto que el que era extranjero no estaba normalmente en España.

La nueva nacionalidad española es de origen; cuestión de importancia muy relativa, pues ha de entenderse que no se adquiere originariamente la nacionalidad española; la causa de adquisición no es el nacimiento o la filiación, sino la opción que en ello se apoya, salvo que el legislador establezca otra cosa (18). La causa de ello es mantener ésta lo más posible; pero si el mayor de dieciocho años la adquiere porque la corresponde por filiación, no tendría por qué ser la nacionalidad española de origen, pues ello expresa un grado de arraigo «formal» que, en ningún caso, puede apreciarse en quienes ejercitan este derecho (19).

Respecto a la irretroactividad de la determinación de la filiación habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 112 del Código civil. La finalidad del artículo 17.2 de éste es la de excluir que, a cualquier edad y en especial en relación con personas sin ninguna vinculación con nuestro país, la determinación de la filiación atribuya la nacionalidad española, pero esta nacionalidad se podía tener ya en virtud del criterio del *ius soli* (20); sólo la retroactividad en esta determinación hace adquirir la nacionalidad española *iure sanguinis*. De cualquier forma resulta evidente que, por aplicación de la

(17) Instrucción de la Dirección General de 20 de marzo de 1991, párrafo II.

(18) J. J. PRETEL SERRANO: «La adquisición de la nacionalidad española en la ley 18/1990, de 17 de diciembre». *Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España. Centro de estudios registrales. Jornadas sobre nacionalidad y extranjería*. Madrid, 1994, p. 183.

(19) J. M. ESPINAR VICENTE: *Ob. cit.*, pp. 90-91.

(20) La resolución de 8 de julio de 1999 establece que el hijo de extranjeros no puede optar a la nacionalidad española *iure soli*, al amparo del antiguo artículo 18 del Código civil (redacción de 1954), pues esta opción ha desaparecido (*BIMJ* núm. 1858, de 1 de diciembre de 1999, pp. 3803-3805). Véanse también las resoluciones de 1 y 9 de septiembre de 1999 (*BIMJ* núm. 1859, de 15 de diciembre de 1999, pp. 3984-3985 y 4036-4038), dos resoluciones de 15 de octubre (*BIMJ* núm. 1859, de 15 de diciembre de 1999, pp. 4170-4172 y 4172-4174) y 21 de octubre de 1999 (*BIMJ* núm. 1859, de 15 de diciembre de 1999, pp. 4200-4202).

disposición transitoria primera de la Ley 18/1990, las personas que con anterioridad a esta Ley adquirieron la nacionalidad española de forma automática siendo mayores de dieciocho años la conservarán, aunque esa forma de adquisición no esté prevista en esta Ley ⁽²¹⁾.

También a través de la disposición transitoria tercera de la Ley 18/1990, hay una exclusión de la regla general de irretroactividad ⁽²²⁾ y según el preámbulo de la Ley «*beneficia sobre todo a los hijos de emigrantes que, al nacer, ya no eran españoles, concede el derecho de optar por la nacionalidad española no de origen a los nacidos en el extranjero de progenitores extranjeros si, al menos uno de ellos, fue originariamente español y nacido en España. El ejercicio del derecho exige la residencia legal en territorio español, pero basta con que exista en el momento de ejercitar la opción. Es excepción a la residencia legal, mediante la dispensa del artículo 26.1.a) del Código civil, de emigrantes ⁽²³⁾, hijos de emigrantes o si concurren circunstancias especiales. El plazo para esto es de tres años ⁽²⁴⁾.*

Esta disposición era una norma ventajosa porque no exigía ni residencia ni renuncia. Hoy, en cambio, constituye una auténtica mejora o privilegio respecto de la naturalización por residencia. Pero sólo la primera generación podrá aprovechar durante tres años esta «generosidad legislativa», aunque no afecte a los nietos de emigrante ⁽²⁵⁾. Sin embargo, la norma no ha suscitado demasiado entusiasmo a la vista de las resoluciones existentes de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

2. La opción de quienes estén o hayan estado sujetos a la patria potestad de un español

En cuanto a los que pueden optar por haber estado sometidos a la patria potestad de un español, una vez suprimida desde 1982 la adquisición por dependencia familiar, o ahora por sujeción a la tutela de un español, la sola voluntad de los interesados es el camino indicado ⁽²⁶⁾, si se formula en ciertos plazos, para que consigan la nacionalidad española los hijos de quienes la hayan adquirido de modo sobrevenido ⁽²⁷⁾. El

⁽²¹⁾ M. A. PARRA LUCÁN: *Art. cit.*, p. 224.

⁽²²⁾ «Las personas cuya padre o madre hubiese sido originariamente español o nacido en España podrán optar por la nacionalidad española en el plazo de tres años, a contar desde la entrada en vigor de esta ley. Para el ejercicio de este derecho será necesario que el interesado resida legalmente en España en el momento de la opción. No obstante, este requisito podrá ser dispensado en los términos previstos en el artículo 26.1.a del Código civil para la recuperación de la nacionalidad».

⁽²³⁾ Puede verse: A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *Nacionalidad y emigración*. Madrid, 1990.

⁽²⁴⁾ I. ARANA DE LA FUENTE: «La ley 18/1990 sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad». *Anuario de Derecho civil*, tomo XLIV, 1991, pp. 300 y 301.

⁽²⁵⁾ J. GIL RODRÍGUEZ: *La nacionalidad española y los cambios legislativos. Significado y alcance de las disposiciones transitorias de la ley 18/1990, de 17 de diciembre* (BOE de 18 de diciembre). Madrid, 1993, pp. 136-137. No se analiza en la obra el proyecto de disposición transitoria cuarta, que fue eliminado en el Senado, tras carecer de sentido al aprobarse la enmienda al artículo 26.1 del Código civil (posibilidad de que el Gobierno dispense del requisito de la residencia legal en España a los emigrantes e hijos de emigrantes).

⁽²⁶⁾ Véase la resolución de 9 de junio de 1999 (*BIMJ* núm. 1857, de 15 de noviembre de 1999, pp. 3570-3573).

⁽²⁷⁾ Véanse las resoluciones de 7 de mayo, 5 de julio y 18 de septiembre de 1993; 7 de enero, 26 de marzo, 9 de abril de 1994, y 26 de junio de 1995 (*BIMJ* núms. 1676, de 5 de julio, pp. 3349-3351; *BIMJ* núm. 1684, de 25 de septiembre de 1993, pp. 4484-4489; *BIMJ* núm. 1688, de 5 de noviembre de 1993, pp. 5095-5098; *BIMJ* núm. 1700, de 5 de marzo de 1994, pp. 1341-1345; *BIMJ* núm. 1709, de 5 de junio de 1994, pp. 3005-3007; *BIMJ* núm. 1710, de 15 de junio de 1994, pp. 3184-3187, y *BIMJ* núm. 1755, de 15 de septiembre de 1995, pp. 4887-4889).

caso puede suceder por carta de naturaleza, por residencia, por recuperación, por adopción o por la misma opción y entonces los hijos no adquieren automáticamente la nacionalidad española por el principio de dependencia familiar sino por su deseo de optar. En cambio, no se ven motivos suficientes de conexión con España para que esa sola voluntad baste para que beneficie la opción a los sujetos a tutela de un español.

Así se expresa el Código civil al afirmar en su artículo 20:

«1. *Tienen derecho a optar por la nacionalidad española las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español, así como las que se hallen comprendidas, en el último apartado de los artículos 17 y 19.*»⁽²⁸⁾

Este derecho de opción constituye uno de los supuestos que tradicionalmente se ha configurado como uno de los modos de adquisición derivativos de la nacionalidad española, en contraposición con los modos de atribución de origen de la misma, ya que implican un cambio en la nacionalidad originaria⁽²⁹⁾. Los supuestos más numerosos de opción en la actualidad son iniciados por hijos de extranjeros, que han adquirido la nacionalidad española, antes de que sus hijos sean mayores de edad según su ley personal⁽³⁰⁾.

La expresión que utiliza el Código civil de «sujetas a la patria potestad» debe entenderse conforme al derecho español, ya que es el que decide la atribución de la nacionalidad española. Más precisamente la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción⁽³¹⁾, consagra la aplicación de la ley nacional del hijo, que rige las relaciones paterno-filiales, la que fija, de acuerdo con el artículo 9.4.º del Código civil, el régimen aplicable. La patria potestad continua si el hijo no puede gobernarse como mayor de edad, pero no si el padre español está excluido del ejercicio de la patria potestad sobre el menor o el incapacitado. (arts. 111, 170 y 179 del Código civil). Conforme al párrafo 2.º del artículo 17 se añade que «la filiación o el nacimiento en España, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad, no son por si solos causa de adquisición de la nacionalidad española». La instrucción de 20 de marzo de 1991 amplía después la noción⁽³²⁾.

La doctrina ha señalado que este tipo de opción exige que haya una relación de filiación entre el menor y los que ostentan la nacionalidad española. La resolución

⁽²⁸⁾ Véanse las resoluciones de 1 y 23 de octubre de 1999 (*BIMJ* núm. 1859, de 15 de diciembre de 1999, pp. 4116-4118 y 4211-4214); dos de 11 de diciembre de 1999, que recuerda la primera que la opción por razón de patria potestad requiere la asistencia del padre y de la madre (*BIMJ* núm. 1863, de 15 de febrero de 2000, pp. 692-694), y la segunda que determina que no es posible la opción por razón de patria potestad ya que no se ha acreditado que el optante haya estado sujeto a la de ningún español (*BIMJ* núm. 1863, de 15 de febrero de 2000, pp. 694-696). La resolución de 15 de diciembre de 1999 establece que no es posible la opción sobre la base de la patria potestad, porque ha caducado el plazo para su ejercicio (*BIMJ* núm. 1863, de 15 de febrero de 2000, pp. 703-704).

⁽²⁹⁾ S. SALVADOR GUTIÉRREZ: *Manual práctico sobre nacionalidad*. Granada, Comares, 1996, p. 134.

⁽³⁰⁾ A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *Guía de la nacionalidad española*. 2.ª ed., Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 55.

⁽³¹⁾ *BOE* núm. 275, de 17 de noviembre de 1987.

⁽³²⁾ *BOE* núm. 73, de 26 de marzo de 1991: «...Este precepto debe ser interpretado... en el sentido de que la hipótesis que se regula tiene lugar cuando una persona figura como hijo de extranjeros o como nacido en el extranjero y se descubre, después de los dieciocho años de edad, que en realidad es hijo de un progenitor español o que ha nacido en España en condiciones bastantes para ser español conforme al artículo 17.1 del Código».

de 9 de marzo de 1998⁽³³⁾ afirma la imposibilidad de optar si no ha existido patria potestad de un español⁽³⁴⁾. La Dirección general acordó desestimar el recurso y confirmar la calificación recurrida.

Además es preciso el señalamiento de un plazo de dos años para ejercer la declaración de opción: el artículo 20 del Código civil establece la caducidad a los veinte años de edad o a los dos años desde la emancipación del interesado según su ley personal⁽³⁵⁾. Pero en dos supuestos hay una ampliación del plazo: 1.º Si «el optante no estuviere emancipado según su ley personal a llegar a los dieciocho años de edad». En tal caso el plazo se prolonga hasta que trascurren dos años desde la emancipación [art. 20.2.c) del Código civil]; 2.º Si el optante estuviese sometido a incapacitación: el plazo se prolonga hasta que trascurren dos años desde la recuperación de la capacidad plena⁽³⁶⁾.

La resolución de 27 de mayo de 1998⁽³⁷⁾ estimaba que «1.º No puede optar quien era mayor de edad cuando su padre recuperó. 2.º El padre, nacido en Cuba en 1928, perdió la nacionalidad española por aceptación de la cubana antes del nacimiento del hijo. 3.º Es inscribible el nacimiento por afectar al estado civil del padre español, pero sin que el asiento prejuzgue la nacionalidad»⁽³⁸⁾.

La resolución de 31 de marzo de 2000⁽³⁹⁾ se basa en que la opción por patria potestad no cabe cuando no hay relación de filiación entre la menor y los que ostentan la nacionalidad española⁽⁴⁰⁾.

⁽³³⁾ Dirección general de los Registros y del Notariado. Anuario, 1998, II, pp. 2357-2359.

⁽³⁴⁾ «No es posible si el optante no ha estado sujeto a la patria potestad de un español». Y en los fundamentos de derecho concreta que «II. Contra lo que afirma el recurrente la fecha en que su padre recuperó la nacionalidad española fue el 19 de julio de 1996. Por esto, como en esta fecha el interesado era ya mayor de edad según su ley personal, no consta que haya estado nunca sujeto a la patria potestad de un español y no es inscribible la opción que ha intentado por este concepto».

La Dirección general acordó desestimar el recurso y confirmar la calificación recurrida.

⁽³⁵⁾ La resolución de 31 de enero de 1997 rechaza la opción por la nacionalidad española de dos mejicanos nacidos en Méjico de padre español, porque en el momento en que expresaron su voluntad de opción había transcurrido el plazo de caducidad de dos años a partir de la mayoría de edad (art. 20, 2, c) del Código civil), plazo que no es susceptible de prórroga alguna (BIMJ núm. 1816, de 1 de marzo de 1998, pp. 544-546). La resolución de 15 de enero de 1999 rechaza la opción de la nacionalidad española hecha por una argentina en favor de su hijo, porque éste no estuvo en ningún momento sujeto a la patria potestad de un español (BIMJ núm. 1854, de 1 de octubre de 1999, pp. 2829-2830). La resolución de 29 de octubre de 1999 (BIMJ núm. 1859, de 15 de diciembre de 1999, pp. 4234-4235), también la deniega por haber transcurrido el plazo señalado por el artículo 20 del Código civil. Véase igualmente la resolución de 29 de octubre de 1999 (BIMJ núm. 1859, de 15 de diciembre de 1999, pp. 4234-4235).

⁽³⁶⁾ M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: Revista de Derecho privado. *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Tomo I, vol. 3.º, segunda edición. Madrid, EDESA, 1993, pp. 287-290.

⁽³⁷⁾ Dirección general de los Registros y del Notariado. Anuario, Madrid, 1998, vol. II, pp. 2670-2671.

⁽³⁸⁾ En sus fundamentos de derecho la Dirección general añade: «II. Se pretende inscribir en el Registro Civil Central un nacimiento como española de una mujer nacida en Cuba en 1953, que alega que su padre era español.

III. Aunque el padre, cuando nació en Cuba en 1928, era español, perdió esta nacionalidad por su aceptación voluntaria de la nacionalidad cubana que ostentaba *iure soli*, conforme al artículo 20 del Código civil en su redacción originaria. Por esto cuando nació la hija, ésta ya no era nacida de padre español y no le correspondió por *ius sanguinis* la nacionalidad española. El hecho de que el padre haya recuperado la nacionalidad española en 1986 en nada influye en esta conclusión, ya que la interesada no ha llegado a estar sujeta a la patria potestad de un español y no le beneficia, pues, la opción por razón de patria potestad del actual artículo 20 del Código civil, aparte de que ha transcurrido con creces el plazo de caducidad establecido para el ejercicio de dicha opción.

IV. Ha de advertirse, sin embargo, que, si hay título bastante para inscribir el nacimiento, éste puede ser inscrito, si así se solicita, en el Registro civil central, porque este hecho afecta, al menos mediatamente, a un español, a la relación paterno-filial con quien ha recuperado la nacionalidad española en 1986. Lo que sucede es que en tal caso ha de hacerse constar expresamente en el asiento que no está acreditada conforme a ley la nacionalidad española de la nacida (cfr. art. 66 *fine* RRC).

La Dirección General acordó desestimar el recurso, sin perjuicio de lo indicado en el último fundamento jurídico.

⁽³⁹⁾ BIMJ núm. 1870, de 1 de junio de 2001, pp. 2001-2003.

⁽⁴⁰⁾ Sus fundamentos de derecho afirman: «II. Se ha intentado por estas actuaciones la opción a la nacionalidad española de una marroquí e hija de marroquíes, nacida en Marruecos en 1980. La opción se quiere fundamentar en que la «tutela» de la optante

La resolución de 15 de septiembre de 2000⁽⁴¹⁾ parte del principio de que no es posible la opción cuando el interesado era mayor de edad cuando su padre adquirió la nacionalidad española por residencia, pues no ha estado sujeto a la patria potestad de una española⁽⁴²⁾.

La resolución de 18 de diciembre de 2000⁽⁴³⁾ determina que «*No puede optar, pasado el plazo, el nacido en Marruecos en 1964, hijo de marroquí y española. El interesado nacido en Marruecos en 1964, hijo de padre marroquí y de madre española, no adquirió al nacer la nacionalidad española de la madre, ya que le correspondía seguir la nacionalidad del padre (cfr. art. 18-2.º Cc redacción de 1954)*»⁽⁴⁴⁾. La Dirección general acordó desestimar el recurso y confirmar el acuerdo adoptado.

Resoluciones más recientes han repetido las condiciones para obtener la nacionalidad española por esta vía. La resolución de 8 de marzo de 2001⁽⁴⁵⁾ estimaba que no cabe la opción por patria potestad si el optante ya era mayor de edad según su estatuto personal cuando su progenitor ya adquirió la nacionalidad española⁽⁴⁶⁾.

La resolución de 7 de septiembre de 2001⁽⁴⁷⁾ decía que no es inscribible por transcripción de una certificación guineana, pues, por falta de garantías, no está acreditada la filiación materna respecto de quien adquirió la nacionalidad española en 1999. Esta falta de acreditación impide la inscripción de la opción por razón de patria potestad, que, además debía haberse formalizado también por el padre del menor de catorce años⁽⁴⁸⁾.

fue confiada, durante la minoría de edad de ésta, por los padres por naturaleza a un matrimonio marroquí que ha adquirido en 1997 la nacionalidad española.

III. La opción por razón de tutela, que introdujo la ley 51/1982, de 13 de julio, ha sido suprimida por la redacción actual del artículo 20 del Código civil... La relación de patria potestad de la que se deriva el derecho de opción ha de ser calificada con arreglo a la ley española (cfr. artículo 12-1 Cc) de modo que tratándose de un derecho a adquirir la nacionalidad española, los presupuestos de hecho para el ejercicio de este derecho han de ser, sin duda, los previstos por la ley española.

IV. La patria potestad surge en Derecho español como consecuencia de una filiación por naturaleza o adoptiva (cfr. arts. 108 y 154 Cc). No puede admitirse, pues, el derecho de opción cuando no hay relación de filiación entre la optante y los cónyuges españoles, sino sólo una delegación de la patria potestad a favor de éstos.

V. Por lo demás, tratándose de un nacimiento acaecido fuera de España, que no afecta realmente, según la ley española, al estado civil de ningún español, tal nacimiento no puede ser inscrito en nuestro Registro Civil (arts. 15 LRC y 66 RRC).

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el acuerdo apelado.

⁽⁴¹⁾ BIMJ núm. 1881, de 15 de noviembre de 2000, pp. 3845-3846.

⁽⁴²⁾ «II. La opción de la nacionalidad española por razón de patria potestad (cfr. art. 20 C.C.) requiere que en algún momento el optante haya estado sujeto a la patria potestad de un español. No ocurre así en el caso presente en el que el interesado, dominicano nacido en 1980, era ya mayor de edad según su estatuto personal cuando su madre adquirió la nacionalidad española por residencia en 1999.

III. Ha de quedar a salvo que, si hay título suficiente para ello, pueda inscribirse el nacimiento del interesado en el Registro civil español por afectar el hecho al estado civil de una española, a la relación materno filial. Pero en tal caso debe hacerse constar expresamente en el asiento que no está acreditada conforme a la nacionalidad española del nacido (cfr. art. 66 *in fine* R.R.C.).»

⁽⁴³⁾ BIMJ núm. 1889, de 1 de marzo de 2001, pp. 1084-1085.

⁽⁴⁴⁾ «I. Como hijo de española nacida en España, ha podido optar a esta nacionalidad en diversos momentos (cfr. disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª de la ley de 17 de diciembre de 1990 y disposición transitoria 1.ª de la ley de 2 de noviembre de 1995), pero esta posibilidad de optar caducó el 7 de enero de 1997, de modo que la opción se ha formulado fuera de plazo.»

⁽⁴⁵⁾ BIMJ núm. 1893, de 15 de mayo de 2001, pp. 1822-1823.

⁽⁴⁶⁾ «II. La opción a la nacionalidad española por razón de patria potestad requiere que, por ser menor de edad, el optante haya estado sujeto en algún momento a la patria potestad de un español. III. No ocurre así en este caso en el que el interesado era mayor de edad cuando el padre adquirió la nacionalidad española por residencia. No debe olvidarse que la fecha de adquisición de la nacionalidad en estos casos no es la de iniciación del expediente, sino la del acta, posterior a la concesión, de juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes (cfr. arts. 21-4 y 23 Cc).

⁽⁴⁷⁾ BIMJ núm. 1903, de 15 de octubre de 2001, pp. 3278-3280.

⁽⁴⁸⁾ «I. Para que un nacimiento acaecido en el extranjero pueda inscribirse en el Registro civil español es necesario que el mismo afecte mediata o inmediatamente a ciudadanos españoles (cfr. arts. 15 LCR y 66 RRC)...

La resolución de 3 de noviembre de 2001 ⁽⁴⁹⁾ confirmaba que no cabe si el optante era ya mayor de edad según su estatuto personal cuando el padre adquiere la nacionalidad española por residencia ⁽⁵⁰⁾.

Forma de opción ya inexistente es la contenida en la disposición transitoria 1.ª de la Ley 29/1995, de 2 de noviembre de 1995, por la que se modifica el Código civil en materia de recuperación de la nacionalidad ⁽⁵¹⁾, que fija el plazo del derecho de opción antes del 7 de enero de 1997, ya finalizado.

3. La opción por la nacionalidad española por el hecho de la adopción

Antes de la reforma del Código civil ningún tipo de adopción originaba la adquisición de la nacionalidad española ⁽⁵²⁾. Los proyectos de modificación del título preliminar del Código civil en el proyecto de 1944 y en el de 1966, mantuvieron el criterio de conexión «nacionalidad del adoptante». La reforma de dicho título por el Decreto 1836/74 introdujo por primera vez una norma de conflicto *ad hoc* relativa a la adopción internacional, el artículo 9.5 del Código civil, que se ocupó tanto de la ley aplicable a la capacidad, a la constitución y a la forma de adopción, como de los efectos de la misma pudieran derivar. El texto ha sido modificado por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre ⁽⁵³⁾, por la Ley 11/1990 de 15 de octubre ⁽⁵⁴⁾ y por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil ⁽⁵⁵⁾, lo que supone una revisión sustantiva y técnica del anterior artículo 9.5 del Código civil, norma que se ocupa tanto de la ley aplicable a la constitución de la adopción, como de la eficacia en España de las adopciones constituidas en el extranjero, bien ante el cónsul español ⁽⁵⁶⁾ como ante autoridad extranjera.

II. Por lo demás, si la base sobre la que se asienta la patria potestad está sin determinar, es evidente que para el derecho español no existe verdadera relación de patria potestad entre la española y el interesado, de suerte que no cabe admitir la opción a la nacionalidad española de éste por razón de patria potestad (*cf.* arts.12-3 y 20 Cc). A mayor abundamiento hay que recordar que la opción formulada por el menor de 14 años requiere, en principio, la asistencia del padre y de la madre, como representantes legales del hijo...».

⁽⁴⁹⁾ BIMJ núm. 1908-1909, de 15 de enero de 2002, pp. 236-237.

⁽⁵⁰⁾ «I. El interesado nació en Marruecos el 2 de octubre de 1979 y su padre adquirió la nacionalidad española por residencia en abril de 2000, por ello, teniendo en cuenta que la mayoría de edad tiene lugar en Marruecos a los veinte años de edad, resulta que el optante a la nacionalidad española era ya mayor de edad según su estatuto personal cuando su padre adquirió la nacionalidad española y nunca ha estado sujeto a la patria potestad de un español, de modo que no cabe la opción a la nacionalidad española por este concepto (*cf.* art. 20 Cc)». La Dirección general acabó desestimando el recurso y confirmando el acuerdo apelado.

⁽⁵¹⁾ BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1995.

⁽⁵²⁾ Véase la resolución de 13 de julio de 1971. Dirección general de los Registros y del Notariado. Anuario, 1971, pp. 349-351: «... Esta Dirección general ha acordado comunicar a V.I.: 1.º Que según el derecho español ningún tipo de adopción produce por sí la adquisición de la nacionalidad española.

2.º Que el derecho español facilita la adquisición de nacionalidad del adoptado, pues puede concedérsele por residencia en España durante dos años, o incluso por carta de gracia si, en la apreciación del Jefe del Estado, concurren en el interesado circunstancias excepcionales; si bien en uno y otro caso, el que pretenda adquirir la nacionalidad habrá de tener veintitún años o dieciocho y hallarse emancipado (*cf.* arts. 19 y 20, Cc).

3.º Que este Centro comparte el juicio de esa Dirección general sobre la conveniencia de que en una revisión de las normas sobre nacionalidad se facilite la adquisición de nacionalidad española a los menores de edad adoptados por españoles».

⁽⁵³⁾ BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987. Véase: N. BOUZA VIDAL: «La nueva ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre adopción y su proyección en el Derecho internacional privado». *RGLI*, núm.6, 1987, pp.897-931.

⁽⁵⁴⁾ La ley 11/1990 de 15 de octubre subsanó ciertos errores relativos a la adopción padecidos en la anterior Ley 21/1987. BOE núm. 250, de 18 de octubre de 1987.

⁽⁵⁵⁾ BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

⁽⁵⁶⁾ Véase: J. M. PAZ AGÜERAS: *La adopción consular*. Ministerio de Asuntos Exteriores. Madrid, 1990.

En cuanto a la ley aplicable no es otra que la del foro, conforme al artículo 9.5.I del Código civil que dispone que «*La adopción constituida por juez español se registrará, en cuanto a los requisitos, por lo dispuesto en la ley española*».

En otro caso está la adopción constituida ante autoridad extranjera⁽⁵⁷⁾ o ante cónsul español. El artículo 5.f del convenio de Viena de 24 de abril de 1963, sobre relaciones consulares⁽⁵⁸⁾ permite que el cónsul actúe en calidad de encargado del Registro civil o en funciones análogas, salvo que lo prohíban o limiten las leyes o reglamentos de su Estado receptor⁽⁵⁹⁾, que aplicaría la misma ley que en el primer caso en cuanto el cónsul actúa como juez, o ante autoridad extranjera (art. 9, 5 IV del Código civil).

En el supuesto de hijos adoptivos, el Convenio europeo sobre adopción de 24 de abril de 1967 (art. 11)⁽⁶⁰⁾ recomendaba que se facilitara la adquisición de la nacionalidad del país, como hizo después un voto del Instituto de Derecho internacional adoptado el 14 de septiembre de 1973⁽⁶¹⁾. Antes de la reforma del Código civil por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, hay que recordar la resolución de la Dirección general de 13 de julio de 1971 que afirma que según el derecho español ningún tipo de adopción produce por sí la adquisición de la nacionalidad española⁽⁶²⁾.

Con la nueva regulación se da un paso más en el camino iniciado por la Ley 51/1982, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 a 26 del Código civil⁽⁶³⁾, que por primera vez reguló los efectos de la adopción respecto a la nacionalidad, completando el vacío que señaló la resolución de 13 de julio de 1971⁽⁶⁴⁾, al mismo tiempo que es un paso adelante hacia la plena equiparación entre hijos adoptivos e hijos por naturaleza.

La redacción actual sigue aquella tendencia al decir su artículo 19:

«1. *El extranjero menor de dieciocho años adoptado por un español adquiere, desde la adopción, la nacionalidad española de origen.*

2. *Si el adoptado es mayor de dieciocho años podrá optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a partir de la constitución de la adopción.»*

Este artículo es aplicable tanto a la adopción por una sola persona española, como a la adopción conjunta por matrimonio o pareja no casada, cualquiera de cuyos miembros tenga la nacionalidad española⁽⁶⁵⁾.

1. El primer párrafo no plantea dificultad especial, puede comprender la adopción de un menor extranjero por un adoptante español cuando la adopción se consti-

⁽⁵⁷⁾ Véanse las resoluciones de la Dirección general de 9 de junio de 1997 (BIMJ núm. 1858, de 1 de diciembre de 1997, pp. 3646-3748) y 6 de mayo de 1998. Anuario, 1998, II, pp. 2581-2584.

⁽⁵⁸⁾ BOE núm. 56 de 6 de marzo de 1970.

⁽⁵⁹⁾ Así ocurre en nuestro ordenamiento, que prohíbe la constitución de la adopción en España por cónsul extranjero, lo que no deja de resultar paradójico vista la redacción del art.9.5.III del Código civil.

⁽⁶⁰⁾ Puede verse en *Annuaire européen*, vol. XV, 1967, pp. 246-260.

⁽⁶¹⁾ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 56, 1973, pp. 793-795.

⁽⁶²⁾ Dirección General de los Registros y del Notariado. Anuario, 1971, pp. 349-351.

⁽⁶³⁾ BOE núm. 181, de 30 de julio de 1982.

⁽⁶⁴⁾ Dirección general de los Registros y del Notariado. Anuario, 1971, pp. 349-351.

⁽⁶⁵⁾ N. DÍAZ GARCÍA: *La reforma de la nacionalidad. Comentario a la ley 18/1990, de 17 de diciembre*. Madrid, Civitas, 1991-p. 55.

tuye en España, la adopción de un menor extranjero por adoptante español o cuando la adopción se constituye en el extranjero según la ley española; la adopción de un menor extranjero constituida por autoridad extranjera competente, y la adopción de un extranjero mayor de edad⁽⁶⁶⁾. Menos en este caso, es condición que el adoptado tenga menos de dieciocho años, lo cual es preferible a la indicación de ser menor de edad conforme a su ley nacional; sólo excepcionalmente cabe la adopción de un mayor de edad o de un mayor emancipado. (art. 175, párrafo 2 del Código civil). La fecha de la adopción es la de la resolución judicial (art. 176, párrafo 1). Se trata de una atribución automática de la nacionalidad en el caso de adopción de extranjeros y de una facultad de opción por la nacionalidad española de origen en la adopción de extranjeros mayores de edad. Las dificultades de interpretación de los diversos supuestos son escasas si la adopción ha sido constituida ante una autoridad española. Pero si la adopción ha sido autorizada por una autoridad extranjera, habrá que comprobar la validez y eficacia de la misma en España.

Si un español tiene un hijo por naturaleza, éste es español y por lo tanto también el que es adoptado. Pero la equiparación no es total porque en el primer supuesto se es español desde el nacimiento y en el segundo desde la adopción, aunque la situación en ambos es de igualdad absoluta, ya que es contraria a la Constitución toda discriminación (art. 39.2).

Mayor problema se plantea si la adopción se constituye ante autoridad extranjera competente (art. 9, párrafo 5 del Código civil), en lo que es decisiva la fecha del auto, siempre que la autoridad extranjera haya observado la ley del adoptando. La extinción de la adopción no es causa de la pérdida de la nacionalidad adquirida (art. 180 del Código civil). La adopción produce efectos respecto a la vecindad civil después de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre (art. 14) y conforme a la instrucción de 20 marzo de 1991. Esta vecindad puede ser la correspondiente al lugar de residencia si se vive en España, la coincidente con la del lugar de nacimiento, si éste tuvo lugar en España, la última vecindad de cualquiera de sus progenitores o la de su cónyuge, si está casado con un español (art. 15, 1 del Código civil)

2. El segundo párrafo regula un caso de opción, y trata del supuesto de que quien ya tiene una nacionalidad pueda adquirir, si lo desea, la española en el plazo de dos años, que expiró en diciembre de 1992, a partir de la entrada en vigor de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre (disposición transitoria segunda), lo cual es una ficción, pues posiblemente ya tendría otra nacionalidad, la de sus padres naturales y podría además no haber nacido en España, por lo que planteará el problema de renuncia a la antigua nacionalidad. Como el adoptado está emancipado no adquiere la vecindad civil de los adoptantes, por lo que deberá optar por una vecindad (art. 15 del Código civil), como reconoce la instrucción de 20 de marzo de 1991.

Cabe plantearse si la adquisición de la nacionalidad es desde que se ejerce la opción o, retroactivamente, desde la adopción. N. Díaz García se inclina por la segunda solución, aunque choque con la consolidada idea de que las adquisiciones de nacionalidad por opción no tienen efectos retroactivos⁽⁶⁷⁾. Aquí no hay automaticidad sino

⁽⁶⁶⁾ Pueden verse estos casos en S. SALVADOR GUTIÉRREZ: *Ob.cit.*, pp. 126-132.

⁽⁶⁷⁾ N. Díaz García: *Ob. cit.*, p. 56.

adquisición voluntaria. En todo caso hace falta un control de la legalidad de la adopción constituida en el extranjero por parte del encargado del Registro civil competente que haga posible la inscripción registral⁽⁶⁸⁾.

La resolución de la Dirección general de 4 de diciembre de 1992⁽⁶⁹⁾ rechaza, en consecuencia, la adquisición de la nacionalidad española, al amparo de la disposición transitoria segunda de la Ley 18/1990, porque la madre no era española cuando nació el hijo. La resolución de 4 de octubre de 1996 rechaza la inscripción de la adopción hecha por un español en Brasil, de un brasileño mayor de edad, porque no ha existido la situación no interrumpida de acogimiento o convivencia del artículo 175 del Código civil⁽⁷⁰⁾. En cambio, las posteriores de 20 de enero, 2 y 13 de febrero, 14 de abril, 17 y 24 de mayo, 14 de junio, 24 y 29 de septiembre, 30 de noviembre de 1993, 11 de abril de 1994, 26 de abril de 1995 y 13 de abril de 1996⁽⁷¹⁾ la otorgan por aplicación de la citada disposición transitoria⁽⁷²⁾.

La resolución de 28 de abril de 2000⁽⁷³⁾ dispone que no cabe opción por la nacionalidad española por razón de tutela⁽⁷⁴⁾. La resolución de 6 de mayo de 2000 admite la inscripción vietnamita de una adopción hecha en aquel país cuyos efectos se corresponden con la adopción española⁽⁷⁵⁾.

La constitución de la adopción en casos meramente internos es excepcional y así la considera el Código civil:

«Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años». (art. 175, 2)⁽⁷⁶⁾.

⁽⁶⁸⁾ Puede verse sobre este punto: S. SALVADOR GUTIÉRREZ: *Ob.cit.*, pp. 123-126.

⁽⁶⁹⁾ *BIMJ*, núm. 1663, de 25 de febrero de 1993, pp. 1157-1159.

⁽⁷⁰⁾ Dirección general de los Registros y del Notariado. *Anuario*, 1996, pp. 2215-2218.

⁽⁷¹⁾ *BIMJ*, núms. 1666, de 15 de julio de 1993, pp. 1638-1641; 1667, de 5 de abril de 1993, pp. 1774-1777; 1669, de 25 de abril de 1993, pp. 2065-2068; 1674, de 15 de junio de 1993, pp. 2783-2785; 1677, de 15 de julio de 1993, pp. 3610-3612 y 3627-3631; 1680-81-82, de 5 de septiembre, pp. 4124-4127; 1689, de 15 de noviembre de 1993, pp. 5275-5277 y 5289-5292; 1698, de 15 de febrero de 1994, pp. 1057-1060; 1710, de 15 de junio de 1994, pp. 3203-3205; 1747, de 25 de junio de 1995, pp. 3580-3583 y 1777, de 1 de julio de 1996, pp. 2915-2918.

⁽⁷²⁾ Véase un supuesto distinto donde se rechaza la recuperación de la nacionalidad en las resoluciones de 28 de enero de 1998. (Dirección general de los Registros y del Notariado. *Anuario*, 1998, pp. 2162-2164) y 27 de mayo de 1998 (*Anuario*, 1998, II, pp. 2670-2671).

⁽⁷³⁾ Dirección general de los Registros y del Notariado. *Anuario*, 2000, Vol. II, Madrid, 2000, pp. 3146-3148.

⁽⁷⁴⁾ Y en sus fundamentos de derecho explica: «II. Un menor marroquí, abandonado por sus padres, ha sido entregado en tutela a un ciudadano marroquí, según la legislación de este país, y la esposa de este último ha solicitado del encargado del Registro civil del domicilio la autorización necesaria para optar a la nacionalidad española, alegando que ésta es su nacionalidad y que la custodia del hijo y la facultad de decidir sobre su nacionalidad le han sido atribuidas por decisión judicial española.

III. Si se tiene en cuenta que la opción a la nacionalidad española del art. 20 del Código civil se concede exclusivamente a quien esté o haya estado sujeto a la patria potestad de un español y que la opción por razón de tutela, introducida por la ley 51/1982, de 13 de julio, ha sido suprimida por la vigente ley 18/1990, de 17 de diciembre, hay que concluir que la relación entre el menor marroquí y la española no es bastante hoy para fundamentar la pretendida opción a la nacionalidad española del menor». La Dirección general acordó desestimar el recurso.

⁽⁷⁵⁾ Dirección general de los Registros y del Notariado. *Anuario*, 2000, vol. II, pp. 3177-3179.

⁽⁷⁶⁾ Véanse las resoluciones de 4 de octubre de 1996, en la que la Dirección general declara que no es inscribible la adopción efectuada por un español en Brasil de un brasileño mayor de edad, porque no ha existido la situación no interrumpida de acogimiento o convivencia del artículo 175 del Código civil Dirección general de los Registros y del Notariado. *Anuario*, 1996, pp. 2215-2218.

Este requisito de convivencia previa es una condición ineludible para el reconocimiento de mayores o emancipados y la única posibilidad, por ello, de una relación adecuada entre la concepción de la adopción española y el sistema de la nacionalidad. Por ejemplo, la resolución de 19 de febrero de 1992⁽⁷⁷⁾, en una relación extranacional, concede la nacionalidad española a un extranjero mayor de edad adoptado por españoles al amparo de la disposición transitoria segunda de la Ley 18/1990 de 17 de diciembre:

«Quienes no sean españoles a la entrada en vigor de esta ley, y lo serían por aplicación de los 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»⁽⁷⁸⁾.

La disposición transitoria tercera de la Ley 18/1990 determina además:

«Las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español y nacido en España podrán optar por la nacionalidad española en el plazo de tres años, a contar desde la entrada en vigor de esta ley. Para el ejercicio de este derecho será necesario que el interesado resida legalmente en España en el momento de la opción. No obstante, este requisito podrá ser dispensado en los términos previstos en el artículo 26, 1.º a), del Código civil para la recuperación de la nacionalidad».

La norma no resulta armónica con la nueva ley porque ningún derecho análogo de opción se concede a los que, en lo sucesivo, nazcan en estas condiciones. Ciertamente la disposición transitoria tercera va a servir, con la disposición transitoria segunda, aunque ésta sí es congruente con el derecho vigente, en casos frecuentes para contribuir a solucionar «las últimas secuelas de la histórica emigración masiva de españoles⁽⁷⁹⁾. Con ello en defecto de aplicación de la disposición transitoria segunda por razón de un plazo breve podrá utilizarse esta disposición un año más, que no se refiere a las normas de los artículos 20 y 21 del Código civil.

No dice el artículo 19 desde qué momento adquirirá el adoptado mayor de dieciocho años la nacionalidad española de origen. No podría serlo desde el nacimiento, pero sí podría adquirirla desde que ejercite la opción o, retroactivamente, desde la adopción⁽⁸⁰⁾. El momento de constitución de la adopción será aquél que fije la ley

⁽⁷⁷⁾ La resolución resuelve favorablemente la opción solicitada por un francés adoptado plenamente por españoles en 1986, cuando tenía más de 18 años (*BIMJ*, núm. 1635, de 15 de mayo de 1992, pp. 2671-2675). En sentido idéntico véase la resolución de 11 de mayo de 1992 (Dirección general de los Registros y del Notariado. *Anuario*, 1992, vol. I, pp. 1333-1337).

⁽⁷⁸⁾ *BOE* núm. 302, de 18 de diciembre de 1990. Por aplicación del art. 17 del Código civil son españoles los nacidos de madre española antes de la Constitución, o haber nacido en España antes de la ley 51/1982 de padre extranjero nacido en España o haber nacido en España antes de esta ley de padres extranjeros cuando no tuviere la posibilidad de tener la nacionalidad de ninguno de los dos. Y por aplicación del art. 19 serían españoles si fueron adoptados siendo menores de 18 años o siendo mayores con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 18/1990.

⁽⁷⁹⁾ M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Ob.cit.* p. 86.

⁽⁸⁰⁾ N. DÍAZ GARCÍA: *Ob.cit.*, p. 56. Véase la resolución de 9 de octubre de 1996. *BIMJ* núm. 1795, de 15 de abril de 1997, pp. 1018-1020.

de la autoridad que constituya la adopción y si la autoridad es extranjera, la adopción deberá ser calificada en el mismo sentido por la ley española, es decir, con los mismos efectos que los señalados en los artículos 178 y 180 del Código civil. La resolución de la Dirección general de 9 de junio de 1997⁽⁸¹⁾ estima que 1.º La adopción constituida en el Estado mejicano de Oaxaca por un matrimonio de españoles en favor de una menor mejicana se corresponde en cuanto a sus efectos con los previstos por las leyes españolas, puesto que el adoptado se considera como hijo de los adoptantes; hay ruptura de vínculos con la familia anterior y las causas de revocación previstas requieren intervención judicial.

2.º No obstante, la inscripción de tal adopción queda subordinada a que la misma sea calificada como conforme al convenio de La Haya, del que son parte España y Méjico, por la autoridad mejicana competente. De tal modo la extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad española⁽⁸²⁾.

La opción por razón de adopción no puede extenderse a figuras jurídicas afines como la tutela. Así lo ha puesto de relieve la resolución de 28 de abril de 2000⁽⁸³⁾ al recordar que la opción por razón de tutela, introducida por la Ley 51/1982, de 13 de julio, ha sido suprimida por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre.

⁽⁸¹⁾ Dirección general de los Registros y del Notariado. *Anuario*, 1997, vol. I, pp. 1817-1821.

⁽⁸²⁾ «II. El presente recurso versa sobre la posible inscripción en el Registro civil central de una adopción constituida en Méjico el 25 de noviembre de 1996 por un matrimonio de españoles en favor de una menor de nacionalidad mejicana nacida en julio de ese mismo año. De ser posible la inscripción, ésta habría de practicarse al margen de la inscripción principal de nacimiento (*cf.* art. 46 de la ley del Registro civil) si hay título suficiente para practicar simultáneamente esta inscripción (*cf.* arts. 23 de la ley de Registro civil y 85 del reglamento del Registro civil) o, en otro caso, al margen de la anotación soporte de nacimiento prevista por el artículo 154,1.º del reglamento del Registro civil.

III. El acuerdo apelado ha denegado la inscripción de la adopción, aduciendo dos obstáculos distintos. El primero es que la adopción mejicana en cuestión no extingue los vínculos del adoptado con su familia por naturaleza y que aquélla es revocable, por lo que se trata de una institución que no se corresponde con la adopción que regula el Código civil español. El segundo obstáculo estriba en que, siendo Méjico y España Estados parte del convenio de La Haya citado en los vistos, no se ha acreditado que la adopción sea conforme al convenio por medio de la certificación a que alude el artículo 23 del mismo.

IV. ... para apreciar si los efectos de la adopción constituida en el extranjero por adoptantes españoles se corresponden o no con los previstos por la legislación española (*cf.* art. 9.5 del Código civil). Por otra parte, no hay duda de que, conforme a este mismo apartado del artículo 9, la adopción la ha constituido una autoridad extranjera competente; que se ha aplicado la ley nacional de la adoptanda en cuanto a la capacidad y consentimientos necesarios, y que la entidad pública española competente en materia de protección de menores ha declarado la idoneidad de los adoptantes españoles domiciliados en España.

V. En esta delicada labor de comparación entre una adopción extranjera y la adopción regulada por el Código civil (*cf.* la reciente resolución de 29 de mayo de 1997), hay que partir de la base de que los efectos de una y otra han de "corresponderse" para que la primera sea reconocida en España... Pues bien, esta correspondencia esencial de efectos se da entre la adopción del Código civil de O...

VII. ... el segundo de los defectos apuntados debe ser confirmado. En efecto, tanto España como Méjico son Estados partes del convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993».

⁽⁸³⁾ Dirección general de los Registros y del Notariado. *Anuario*, 2000, vol. II, pp. 3146-3148: «II. Un menor marroquí, abandonado por sus padres, ha sido entregado en tutela a un ciudadano marroquí, según la legislación de este país, y la esposa de este último ha solicitado del encargado del Registro civil del domicilio la autorización necesaria para optar a la nacionalidad española, alegando que ésta es su nacionalidad y que la custodia del hijo y la facultad de decidir sobre su nacionalidad le han sido atribuidas por decisión judicial española.

III. Si se tiene en cuenta que la opción a la nacionalidad española del art. 20 del Código civil se concede exclusivamente a quien esté o haya estado sujeto a la patria potestad de un español y que la opción por razón de tutela, introducida por la ley 51/1982, de 13 de julio, ha sido suprimida por la vigente ley 18/1990, de 17 de diciembre, hay que concluir que la relación entre el menor marroquí y la española no es bastante hoy para fundamentar la pretendida opción a la nacionalidad española del menor». La Dirección general acordó desestimar el recurso.

4. Los casos anómalos de opción originados por la descolonización española

Junto a los dos supuestos bien conocidos de opción hay otros que tuvieron una corta existencia en nuestro derecho y surgieron a causa de la descolonización de Ifni, Guinea ecuatorial y el Sahara occidental⁽⁸⁴⁾. Son casos de sucesión de Estados en relación con la población. En general se deja a los Estados libertad para elegir los criterios de conexión que determinarán el cambio de nacionalidad, bien el domicilio o el nacimiento en el territorio o la pertenencia a una comunidad existente en el mismo. La práctica es muy heterogénea en estos problemas, pero el principio básico es atenerse a lo pactado con el Estado que recupera su soberanía sobre el territorio a través de tratado⁽⁸⁵⁾.

a) *Los naturales de Ifni.*—Este pequeño territorio pasó a España en virtud del Tratado de paz y amistad entre España y Marruecos hecho en Tetuán el 26 de abril de 1860⁽⁸⁶⁾ y ocupado en 1934. Con el proceso de descolonización hay una serie de resoluciones de la Asamblea general de las Naciones Unidas que exigen la autodeterminación⁽⁸⁷⁾. El Tratado hispano-marroquí de retrocesión del territorio a Marruecos, de 4 de enero de 1969⁽⁸⁸⁾ había previsto una opción dentro de los tres meses siguientes a la devolución del territorio. Los que hubieran adquirido la nacionalidad española conforme al Código civil, la conservarían y en todo caso los nacidos en el territorio que se hayan beneficiado de esta nacionalidad, podrían optar por ella ante las autoridades españolas y deberían inscribirla en el Registro civil español (art. 3). El Protocolo anexo añadía que para la inscripción sería necesaria la renuncia a la nacionalidad marroquí ante las autoridades competentes (art. 1). Pero la exigencia de un certificado marroquí de renuncia a esta nacionalidad hizo inviable la obtención de la nacionalidad española. Alguna resolución ha puesto de relieve la existencia en ese territorio de dos clases de españoles: los que están sometidos al régimen normal de los demás españoles contenido en el Código civil y los que tienen un estatuto personal especial por haberse beneficiado de la nacionalidad española, para lo que se establecía un plazo breve de tres meses para optar. Esta idea se ha repetido en resoluciones posteriores de la Dirección general, entre las que hay que citar las más recientes como la

(84) Pueden verse: M. LOZANO SERRALTA: *La nacionalidad en los territorios dependientes*. Madrid, 1955; M. DIEZ DE VELASCO VALLEJO: «Algunas cuestiones relativas a la «sucesión de Estados» en la reciente descolonización española». *Anuario hispano-luso-americano de Derecho internacional*, vol. 4, 1973, pp. 611-627; D. MAY: «La autodétermination des petits territoires revendiqués par des États tiers». *Revue belge de droit international*, vol. X, 1975, pp. 167-205.

(85) Puede verse sobre esta cuestión de sucesión respecto a la población: P. JUÁREZ PÉREZ: *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*. Madrid, M. Pons, 1998, pp. 116-117.

(86) *Gaceta de Madrid* de 5 de junio de 1860.

(87) La doctrina legal española considera que se trata de un territorio colonial y así el dictamen del Consejo de Estado de 7 de noviembre de 1968 es el resultado del expediente relativo al trámite exigido por el ordenamiento jurídico español para la celebración de un tratado con el Reino de Marruecos, por el que se cede a éste el territorio de Ifni: Consejo de Estado: *Recopilación de doctrina legal. 1968-1969*. Madrid, 1972, núm. marginal 208. El dictamen, sobre la ya expuesto en el de 20 de junio de 1968, califica el territorio de Ifni de colonial, no autónomo: pp. 616-619.

(88) Ratificado por instrumento de 30 de abril de 1969. *BOE* núm. 134, de 5 de junio de 1969 y corr. de err. en *BOE* núm. 140, de 12 de junio de 1969. Su artículo 3 decía: «... todas las personas nacidas en el territorio y que se hayan beneficiado de la nacionalidad española hasta la fecha de la cesión podrán optar por esta nacionalidad efectuando una declaración de opción ante las autoridades españolas competentes en el plazo de tres meses a contar de dicha fecha.

La nacionalidad española, con la plenitud de los derechos y obligaciones, una vez inscrita en el Registro civil español correspondiente, será reconocida como tal en todos sus efectos por las autoridades marroquíes». El protocolo anejo al tratado exigía para esto una renuncia previa y expresa de derechos a la nacionalidad marroquí.

de 12 de diciembre de 1990⁽⁸⁹⁾. No pueden obtener la nacionalidad española sobre el supuesto de que fuesen españoles ni sus hijos que lo son de padre o madre originariamente español o que estuvieron sujetos a la patria potestad de un español. El Decreto 1347/1969, de 26 de junio, precisaba los requisitos procedimentales de este derecho⁽⁹⁰⁾.

b) *Los naturales de Guinea Ecuatorial.*—Este territorio fue español desde 1877 hasta su independencia. En 1959 se dividió en dos provincias españolas por la Ley 46/59 de 30 de julio de 1959⁽⁹¹⁾. La Ley 191/63, de 20 de diciembre de 1963⁽⁹²⁾, decía, en su base II, que los nacionales naturales de Fernando Poo y Río Muni tienen los mismos derechos y deberes reconocidos a los demás españoles por las leyes españolas. Esta afirmación entraña la dificultad de conocer cuál es el Estado nacional de los guineanos, que no existía, aunque hubiera un Estado protector de la colonia, como España. El Decreto 2467/1968, de 9 de octubre⁽⁹³⁾, trata ya de la independencia de Guinea; el 12 de octubre de 1968 se firmó el acta de independencia y un convenio sobre el régimen transitorio mientras se firmaba el acuerdo de cooperación⁽⁹⁴⁾.

El Decreto 2987/77, de 28 de octubre⁽⁹⁵⁾, concedía la opción de la nacionalidad española a los guineanos residentes en territorio español en el momento de publicarse aquél, si lo solicitan en el plazo de un año, o a partir de la mayoría de edad o emancipación, ante el encargado del Registro civil de su domicilio, siempre que les haya sido de aplicación, con anterioridad al 12 de octubre de 1968, lo dispuesto en el párrafo primero del artículo segundo del Decreto 1885/1964, de 3 de julio, sobre régimen autónomo de Guinea ecuatorial⁽⁹⁶⁾. La disposición adicional primera añade que los guineanos enrolados después del 12 de octubre de 1968 en el ejército español podrán continuar con la nacionalidad española, formulando la declaración a que se refiere el artículo 2 de este Decreto. En todo caso los nacionales naturales de Fernando Póo y Río Muni tienen los mismos derechos y obligaciones reconocidos a los demás españoles por las leyes fundamentales (art. 2.1) y entre ellos el derecho de representación en Cortes (art. 4). Más fácil era recurrir a la adquisición de la nacionalidad a través de la carta de naturaleza (art. 19), pues el Real Decreto entendía como circunstancias excepcionales el residir en España en el momento de la publicación del Real Decreto, haberles sido de aplicación antes del 12 de octubre de 1968 lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 2 del Decre-

⁽⁸⁹⁾ Según la resolución el interesado y probablemente sus padres se beneficiaron en su momento de la nacionalidad española. Pero no es posible inscribir un nacimiento acaecido en 1948 en el extranjero, en Ifni, y que no afecta a ningún español, que no optó en su momento por la nacionalidad española. Dirección General de los Registros y del Notariado. *Anuario*, 1990, pp. 1293-1295.

⁽⁹⁰⁾ *BOE* núm. 158, de 3 de julio de 1969. La resolución de 28 de enero de 1989 determina que no es inscribible el nacimiento ocurrido en el extranjero si el hecho no afecta a españoles, como sucede con el territorio en Ifni —que no era territorio español— si no se llegó a formular en plazo la opción a la nacionalidad española concedida a sus naturales en 1969. Dirección general de los Registros y del Notariado. *Anuario*, 1989, pp. 640-642; la de 22 de diciembre de 1990 establece que no es inscribible en el Registro español el nacimiento acaecido en Ifni en 1947, que no es territorio español a estos efectos y el cual no afecta a ningún español. Dirección general de los Registros y del Notariado. *Anuario*, 1990, pp. 1316-1318.

⁽⁹¹⁾ *BOE* núm. 182, de 31 de julio de 1959. Véase el decreto 569/1960, de 31 de marzo. *BOE* núm. 78, de 31 de marzo de 1960.

⁽⁹²⁾ *BOE* núm. 312, de 30 de diciembre de 1963.

⁽⁹³⁾ *BOE* núm. 245, de 11 de octubre de 1968.

⁽⁹⁴⁾ *BOE* núm. 50, de 28 de febrero de 1972.

⁽⁹⁵⁾ *BOE* núm. 282, de 25 de noviembre de 1977.

⁽⁹⁶⁾ *BOE* núm. 161, de 6 de julio de 1964 y corr. en *BOE* núm. 210, de 1 de septiembre de 1964.

to 1885/1964, de 3 de julio, sobre la igualdad entre guineanos y españoles. El plazo para obtener la nacionalidad por este medio era de un año desde la publicación del Real Decreto 287/77.

Por ello es dudoso que la actual Guinea ecuatorial pudiera calificarse como territorio nacional antes de su descolonización, y por tanto que sus naturales fuesen nacionales españoles, puesto que la ley no les concedía tal nacionalidad. En tal sentido se manifestaron las resoluciones de 16 de enero⁽⁹⁷⁾, 11 de febrero⁽⁹⁸⁾, 30 de marzo de 1991⁽⁹⁹⁾ y 3 de junio de 1992⁽¹⁰⁰⁾.

La resolución de 20 de enero de 2001⁽¹⁰¹⁾ decía que se considera a todos los efectos que optó por la nacionalidad española el guineano que, tras el 12 de octubre de 1968, ha ejercido cargo o empleo público de España como español⁽¹⁰²⁾.

c) *Los naturales del Sahara occidental.*—En tercer lugar, en el caso de Sahara occidental el territorio había sido cedido por Portugal a Castilla en 1509, pero hasta 1934 no hubo una ocupación efectiva por España⁽¹⁰³⁾. En tiempos recientes un Decreto de la Presidencia del Gobierno de 10 de enero de 1958 convirtió el territorio en provincia española⁽¹⁰⁴⁾. La Ley 8/1961, de 19 de abril de, sobre organización del régimen jurídico del Sahara⁽¹⁰⁵⁾, se refería a la «provincia española» del Sahara (art. 1) y garantizaba el derecho de representación en las Cortes (art. 4). Con ello eran procuradores en Cortes, como en el supuesto de los ecuatoguineanos, sin tener la nacionalidad española, caso insólito y que para hacerse realidad en otros supuestos distintos habría que esperar hasta la creación de la Unión europea, donde el derecho de sufragio exige la cualidad de nacional de un Estado miembro y por ello la equiparación en todos los demás Estados de la Unión, caso que no era el del Sahara. Esta facultad de los extranjeros de ejercer el derecho de sufragio sólo puede darse en la Unión en las elecciones al Parlamento europeo y en las elecciones municipales. El hallazgo de importantes yacimientos de fosfatos llevó a la constitución de la entidad FOSBU-

⁽⁹⁷⁾ Dirección General de los Registros y del Notariado. *Anuario*, 1991, pp. 951-955.

⁽⁹⁸⁾ Según la resolución los naturales de Guinea Ecuatorial no fueron, por ese solo concepto, nacionales españoles, sino solamente súbditos de España, que se beneficiaban de la nacionalidad española. Dirección General de los Registros y del Notariado. *Anuario*, 1991, pp. 1010-1013.

⁽⁹⁹⁾ Los naturales de Guinea Ecuatorial no fueron españoles sino solamente súbditos de España. Dirección General de los Registros y del Notariado. *Anuario*, 1991, pp. 1071-1073.

⁽¹⁰⁰⁾ Los naturales de Guinea Ecuatorial eran súbditos de España que se beneficiaban de la nacionalidad española. Dirección General de los Registros y del Notariado. *Anuario*, 1992, pp. 1375-1379.

⁽¹⁰¹⁾ *BIMJ* núm. 1891, de 15 de abril de 2001, pp. 1422-1423.

⁽¹⁰²⁾ «El Real decreto citado concedió a los guineanos residentes en España un especial derecho de opción a la nacionalidad española... a todos los efectos que los guineanos que, tras el 12 de octubre de 1968, hubieran estado al servicio de las armas españolas o ejercido cargo o empleo público de España como súbditos españoles, optaron por seguir teniendo esta última condición. I. El tenor literal de esta disposición adicional beneficia al interesado nacido en Guinea en 1939. En efecto, si en 1968 estaba excedente en el cuerpo de maestros, reingresó en el servicio activo en 1980, de modo que, tras el 12 de octubre de 1968 ejerció cargo o empleo público en España como súbdito español».

La Dirección general acordó: 1.º Estimar el recurso y revocar el acuerdo apelado. 2.º Ordenar que, por trascripción de la certificación acompañada, se inscriba en el Registro civil central el nacimiento como español del recurrente.

⁽¹⁰³⁾ Pueden verse: J. A. TOMÁS ORTEZ DE LA TORRE: «Sahara occidental: ¿Terra nullius?. Algunas bases jurídicas de investigación. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1975, pp. 563-605; R. GARCÍA VARELA: «Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 28 de octubre de 1998». *La Ley. Revista jurídica española*, 1 de diciembre de 1998, pp. 15-16; L. CONDORELLI: «Le droit international face à l'autodétermination du Sahara occidental». *La Comunita internazionale*, vol. XXXIII, 1978, pp. 396-405.

⁽¹⁰⁴⁾ *BOE* núm. 12, de 14 de enero de 1958.

⁽¹⁰⁵⁾ *BOE* núm. 95, de 21 de abril de 1961.

CRAA, su explotación por España y traslado del mineral desde el interior al puerto del Atlántico y el comienzo de las reivindicaciones por parte de Marruecos, frente a la posición de las Naciones Unidas y de numerosos Estados de facilitar rápidamente la independencia.

El Decreto 3249/1962, de 29 de noviembre, sobre administración del Sahara, calificaba a sus habitantes de vecinos, que residieran con carácter habitual en él y estuvieran inscritos en el padrón municipal. Después la Ley 40/1975, de 19 de noviembre, sobre descolonización del territorio⁽¹⁰⁶⁾, reconoce que nunca el Sahara ha formado parte del territorio nacional (E. de M.) y admite que la administración del territorio saharauí presenta analogías con el sistema provincial español. Sus habitantes tenían documento español y pasaporte español, documentos que únicamente acreditan la nacionalidad a los efectos específicamente previstos, como los probatorios, como signos de posesión de estado de la nacionalidad y como prueba indirecta de la nacionalidad española⁽¹⁰⁷⁾.

El Decreto 2258/1976, de 10 de agosto⁽¹⁰⁸⁾, sobre opción de la nacionalidad española por los naturales del Sahara, regulaba esta cuestión de forma parecida a la de Guinea ecuatorial, previsto por la citada Ley 40/1975, de 19 de noviembre. La entrada en vigor de aquel Real Decreto convertiría en apátridas a los habitantes del territorio sahariano⁽¹⁰⁹⁾. Se trataba de una concesión de la nacionalidad con carácter colectivo a la población autóctona, que estuviese en territorio nacional provista de la documentación general española, tuviese el documento nacional de identidad bilingüe, pasaporte español o estuviese incluida en los registros de las representaciones españolas en el extranjero. La opción por la nacionalidad española se haría mediante una manifestación del interesado (art. 1.º) y solamente durante el plazo de un año, declaración a efectuar ante el juez encargado del Registro civil o el cónsul español, que levantaría el acta correspondiente (art. 2.º). La utilización del término «opción» es, cuando menos, desafortunada, ya que no se ofrece otra nacionalidad por la que optar⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 1975.

⁽¹⁰⁷⁾ M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: Revista de Derecho privado: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. En M. Albaladejo (editor), tomo I, Madrid, EDESA, 1978, p. 557.

⁽¹⁰⁸⁾ BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 1976.

⁽¹⁰⁹⁾ M. I. TORRES CAZORLA: *La sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas físicas*. Universidad de Málaga, 2001, p. 272.

⁽¹¹⁰⁾ J. SOROETA LICERAS: «La problemática de la nacionalidad de los habitantes de los territorios dependientes y el caso del Sahara occidental». *Anuario de Derecho internacional*, vol. XV, 1999, pp. 658 y 659. Véanse las resoluciones de 2 de abril de 1998. (Dirección general de los registros y del notariado. *Anuario*, Madrid, 1998, vol. II, pp. 2449-2451) y de 26 de febrero de 2001 (*BIMJ* núm. 1892, de 1 de mayo de 2001, pp. 1672-1673). La primera dice que no es aplicable la opción establecida por la ley de 2 de noviembre de 1995 al nacido en el Sahara en 1963: «II. El interesado, nacido en el territorio del Sahara en 1963 de padre también nacido en este territorio, ha pretendido optar a la nacionalidad española al amparo de la disposición transitoria 10.ª de la ley de 2 de noviembre de 1995 que concedió este derecho hasta el 7 de enero de 1997 a los hijos de progenitor originariamente español y nacido en España. III. Ninguna de estas dos condiciones concurre en el interesado. Aunque el padre naciera en el Sahara, este territorio no puede considerarse español, como lo demuestra su descolonización y su abandono por España el 26 de febrero de 1976. Tampoco puede considerarse al padre como originariamente español, porque los naturales del Sahara no eran por ese solo concepto nacionales españoles, sino súbditos de España que se beneficiaban en cierta medida de la nacionalidad española. Así lo ha venido a reconocer el Real decreto citado de 1976 que concedió a aquellas personas un derecho de opción a la nacionalidad española hoy caducado. IV. En definitiva, se trata de un nacimiento acaecido en el extranjero y que, por no afectar a ciudadanos españoles, no puede inscribirse en el Registro civil (efr. arts., 15 LRC y 66 RRC)».

La segunda de 26 de febrero de 2001 afirma que no cabe la opción cuando la interesada era ya mayor de edad, según su estado personal, cuando el padre adquirió la nacionalidad española por residencia: «El padre ha adquirido la nacionalidad española por residencia el día 22 de diciembre de 1999 y su hija marroquí nació el día 27 de octubre de 1979. Por tanto, como la mayoría de edad

La falta de opción, por ignorancia, ya que los habitantes se hallaban en campamentos con mínima información, sin oficinas del Registro civil español para efectuarla o por voluntad contraria del interesado, deja al súbdito sahariano en situación de apátrida sin conexión con España.

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1984⁽¹¹¹⁾, que trataba de la indemnización a un funcionario intérprete que optó por la nacionalidad española⁽¹¹²⁾, al referirse al Decreto, habla de que la opción consiste en la posibilidad de elegir entre la nacionalidad española o aceptar la nacionalidad del país que adquirió la soberanía sobre el territorio. Más adelante la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998⁽¹¹³⁾ en un recurso de petición de protección del derecho a la igualdad ante la ley de un habitante nacido en el Aiun en 1950 e inscrito en el Registro civil español, estima, al casar la sentencia recurrida y otorgar el amparo solicitado, que se practique por el Registro civil central nueva inscripción de nacimiento, al considerársele español por la posesión continuada de la nacionalidad española⁽¹¹⁴⁾.

En muchos casos estos ciudadanos tienen nacionalidad marroquí, pero la soberanía sobre el territorio del Sahara no existió por parte de Marruecos y Mauritania, como puso de relieve un dictamen del Tribunal internacional de justicia de 16 de octubre de 1975, solicitado por la resolución 3292 (XXIX) de la Asamblea general de las Naciones Unidas, de 3 de diciembre de 1974, dictado en plena polémica después del abandono del territorio por parte de España⁽¹¹⁵⁾ y su ocupación por los Estados citados, gracias a la presión de la «marcha verde» y la situación política de España en ese momento.

El dictamen decía que «*El Tribunal no ha comprobado la existencia de vínculos jurídicos de tal naturaleza que puedan modificar la aplicación de la resolución 1514 (XV) en cuanto a la descolonización del Sahara occidental y, en particular, la aplicación del principio de autodeterminación por medio de la expresión libre y auténtica de la voluntad de la población del territorio*»⁽¹¹⁶⁾. Hasta ahora esta declaración de voluntad del pueblo saharauí no se ha producido, de modo que mal podría ejercitarse una opción entre la nacionalidad de un Estado como España y otro que ejerciera la soberanía, actualmente inexistente. El tema aún está en discusión por parte del proyectado referéndum propuesto por España y regulado ahora por las Naciones Unidas, sin que se haya celebrado aún. Algunos habitantes del Sahara tienen pasaporte argelino o saharauí para los Estados que reconocieron a la República Árabe Socialista Demo-

según la legislación marroquí se alcanza a los veinte años de edad, la hija ya era mayor de edad, cuando el padre adquirió la nacionalidad española...»

⁽¹¹¹⁾ *RAJ*, 1984, núm. 5599.

⁽¹¹²⁾ Puede verse el Decreto 1161/76, de 23 de abril de 1976 sobre régimen del personal procedente del Gobierno general. *BOE* núm. 123, de 22 de mayo de 1976.

⁽¹¹³⁾ *RAJ*, 1998, núm. 8257. Véase: R. GARCÍA VARELA: «Reconocimiento de la nacionalidad española a un nativo de la antigua colonia española del Sahara español». *La Ley. Revista jurídica española*. 1998, núm. 6, pp. 2198-2199.

⁽¹¹⁴⁾ Sobre la sentencia del Tribunal Supremo pueden verse: M. I. TORRES CAZORLA: «Nota a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 28 de octubre de 1998: ¿Una medida alternativa para solventar una descolonización inacaba?». *La Ley. Revista jurídica española*, núm. 4758 de 19 de marzo de 1999, pp. 15-16.

⁽¹¹⁵⁾ Un acuerdo tripartito entre España, Marruecos y Mauritania, llamado acuerdo de Madrid, se concluyó el 14 de noviembre de 1975, por el que España se comprometía a dejar el territorio el 28 de febrero de 1976.

⁽¹¹⁶⁾ Cour internationale de justice. *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*. 1975, pp. 42-68.

crática. Las dificultades para ello son la velada y continua oposición marroquí, que desea una anexión del territorio pura, simple y rápida, el carácter nómada de la población y por ello la dificultad de realizar un censo que varía constantemente por la entrada y salida de personas en él. Por consiguiente, difícilmente puede hablarse de un derecho de opción para los habitantes del Sahara.

III. LA PETICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA EN LOS SUPUESTOS DE OPCIÓN

La atribución de la nacionalidad española por opción no se da de forma automática sino que es necesaria la petición de una de estas personas, conforme al párrafo 2 de este artículo 20 del Código civil.

a) Por el representante legal del optante, menor de catorce años o incapacitado. Esta es una novedad capital que incorpora el precepto, ya enunciado en el preámbulo de la Ley 18/1990: «*Esta última novedad viene a colmar el vacío de la legislación anterior y a remediar una situación injusta...*»⁽¹¹⁷⁾. En este caso deberá determinarse la regla de conflicto aplicable a la representación, que llevará a la ley material del Estado extranjero; ésta puede ser contraria al orden público español (art. 12, 3 del Código civil español) si existiera, por ejemplo, una discriminación contra la mujer, que violaría el principio de igualdad establecido por el artículo 14 de la Constitución española, lo que daría lugar a aplicar el derecho material español (art. 156 del Código civil)⁽¹¹⁸⁾.

La opción requiere autorización del encargado del Registro civil del domicilio del declarante, juez o cónsul, previo dictamen del Ministerio fiscal, en el expediente previo al ejercicio del derecho de opción. Dicha autorización se concederá en interés del menor. Para el incapacitado la opción no caduca, mientras lo sea, pero para los menores la opción hecha por sus representantes legales termina una vez cumplidos los catorce años. En relación con éste la instrucción de 20 de marzo de 1991 precisa que la autorización para que el representante legal pueda optar es una actuación registral y si la inscripción se hace en otro Registro corresponde siempre concederla al juez o cónsul encargado del Registro civil del domicilio del declarante (pár. VIII, cuarta)⁽¹¹⁹⁾.

b) Por el propio interesado, asistido por su representante legal, cuando aquél sea mayor de catorce años o cuando aún estando incapacitado, así lo permita la sentencia de incapacitación. La representación se regula por la ley española y por la ley nacional del menor.

c) Por el interesado por sí solo, si está emancipado o es mayor de dieciocho años. La opción caducará a los veinte años de edad, pero si el optante no estuviera emancipado según su ley personal al llegar a los dieciocho años, el plazo para op-

⁽¹¹⁷⁾ Puede verse sobre este punto: I. ARANA DE LA FUENTE: *Art. cit.*, p. 16.

⁽¹¹⁸⁾ El expediente registral se deberá hacer a través del oportuno formulario. Un ejemplo se halla en S. SALVADOR GUTIÉRREZ: *Ob. cit.*, pp. 337-342.

⁽¹¹⁹⁾ Véase la resolución de 31 de agosto de 1999 (*BIMI*, núm. 1858, de 1 de diciembre de 1999, pp. 3869-3870).

tar se prolongará hasta que transcurran dos años desde la emancipación. La emancipación de que habla este párrafo o la recuperación de la plena capacidad dependen de la ley personal del interesado. La segunda frase es imprecisa cuando dice que «la opción caducará...». Lo que caduca, escribe E. Martínez-Piñeiro, es el derecho a optar y no la opción ya ejercitada como parece deducirse de la terminología utilizada ⁽¹²⁰⁾.

d) Por el interesado por sí solo dentro de los dos años siguientes a la recuperación de la plena capacidad. Se exceptúa el caso en que haya caducado el derecho de opción (art. 20, párr. 2) ⁽¹²¹⁾.

En cuanto a las condiciones que ha de reunir la petición, están enumeradas en el artículo 23 del Código civil y son comunes a la adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza o por residencia:

a) que el mayor de catorce años, y capaz de prestar una declaración por sí, jure o prometa fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes. A esta norma hay que objetar que el juramento y la declaración de obediencia son actos personales y no pueden ser prestados a través de representantes. Ello origina que los menores de catorce años y los incapacitados queden exonerados de cumplir este requisito ⁽¹²²⁾.

b) que la misma persona declare que renuncia a su anterior nacionalidad, requisito imprescindible como se puso de relieve en la resolución de 23 de junio de 1993 ⁽¹²³⁾. Quedan a salvo de este requisito los naturales de países mencionados en el apartado 2 del artículo 24. Esta excepción comprende a los nacionales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea ecuatorial o Portugal. La inclusión de Filipinas en esta enumeración de países hispánicos puede plantear muchas dudas, como puede ocurrir con Guinea ecuatorial.

c) inscribir la adquisición en el Registro civil español. Este requisito parece ser superfluo porque España no tiene competencias para regular situaciones o instituciones de otros países; a mayor abundamiento hay que decir que para ser español hay que inscribirse en un registro español.

IV. LA TRAMITACIÓN REGISTRAL DE LA OPCIÓN

La ley ha suprimido toda referencia a la mecánica registral establecida por la ley del Registro civil ⁽¹²⁴⁾; se señalan con mayor precisión los plazos de caducidad para su

⁽¹²⁰⁾ E. MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS: «Reforma del Código civil en materia de nacionalidad (Ley 18/1990, de 17 de diciembre)». Ilustre Colegio Notarial de Granada. *Boletín de información*, núm. 129, 1991, p. 2140.

⁽¹²¹⁾ Véase la resolución de 3 de enero de 1997 (*BIMJ*, núm. 1812-13, de 15 de enero de 1998, pp. 107-109).

⁽¹²²⁾ E. MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS: *Art. cit.*, pp. 2141-2142.

⁽¹²³⁾ Decía: «Una irlandesa mayor de catorce años, que asistida por sus representantes legales, opta a la nacionalidad española por razón de patria potestad (Cfr. art. 20, 2-b del Código civil) ha de declarar necesariamente que renuncia a su nacionalidad anterior, conforme a lo exigido por el art. 23, b del Código. Este requisito tiene indudablemente valor constitutivo para que se produzca el efecto pretendido de adquisición de la nacionalidad española, de modo, que faltando aquél, no deba haberse practicado la inscripción marginal extendida». *BIMJ* núms. 1680-82, de 5 de septiembre de 1993, pp. 4143-4145.

⁽¹²⁴⁾ Inscripción al margen de la de nacimiento del interesado, según el artículo 46 de la ley del Registro civil, en el Registro del lugar de nacimiento o del lugar del domicilio; si se encuentra en el extranjero y no existe representación diplomática o con-

ejercicio y se permite, en fin, que el reconocimiento legal del menor de catorce años o que el incapacitado pueda optar en nombre de éstos, lo que llena un vacío de la legislación anterior. Esta opción en nombre de otro supone un cambio profundo de su estado civil, por lo que queda sujeta a una autorización del Encargado del Registro civil, previo dictamen del Ministerio fiscal o del encargado del Registro consular, conforme al artículo 9, párrafo 5 del Código civil y al artículo 5, f) del Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963⁽¹²⁵⁾.

Ésta posee carácter constitutivo y a diferencia de los requisitos anteriores no se trata de una declaración de voluntad del optante, sino de una actuación judicial y exigible tanto por el interesado como por el Ministerio fiscal⁽¹²⁶⁾. En todo caso da lugar a una inscripción marginal a la de nacimiento y su mecanismo registral sigue regulándose por los artículos 226 a 230 del Reglamento del Registro civil (instrucción citada, pár. IV). Esta actuación es un acto de jurisdicción voluntaria para el que es competente el encargado del Registro civil del domicilio del declarante. De tal forma dice el citado párrafo de la instrucción de 20 de marzo de 1991 que

«Como esta autorización está encomendada al encargado del Registro civil, hay que estimar que se trata de una actuación registral de la competencia de los jueces o cónsules encargados del Registro y que da origen a un expediente de los regulados por la legislación del Registro civil sujeto a sus normas específicas y a su régimen propio de recursos (Cfr. art. 97 de la ley de RC).»

Conforme a aquél las declaraciones de voluntad relativas a la nacionalidad serán admitidas por el Encargado del Registro aunque no se presente documento alguno, siempre que de la declaración resulte la concurrencia de los requisitos exigidos (art. 226) y si no aparecen acreditados, el declarante estará obligado a completar la prueba en el plazo prudencial que le señale el encargado. Esto concuerda con lo establecido en la Ley 30/1992 del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común cuando afirma que

«Los ciudadanos, en sus relaciones con las administraciones públicas, tienen los siguientes derechos:...f) A no presentar documentos... que ya se encuentren en poder de la Administración actuante» (art. 35)⁽¹²⁷⁾.

El Encargado se limitará a levantar acta de la declaración y en su día, cuando por acreditarse los requisitos se practique la inscripción, se consignarán hora y fecha de ésta, a partir de la cual surtirá efecto la declaración (art. 227). Al inscribir la adquisición de la nacionalidad española, la opción habrá de hacerse también respecto a la ve-

sular, la declaración podrá formularse, conforme al artículo 230 del reglamento del Registro civil, en documento debidamente autenticado dirigido al Ministerio de Asuntos Exteriores, que dará traslado, a través del Ministerio de justicia, al Registro competente para la inscripción.

⁽¹²⁵⁾ Al que España se adhirió el 3 de febrero de 1970. BOE núm. 56, de 6 de marzo de 1970.

⁽¹²⁶⁾ J. C. FERNÁNDEZ RÓZAS en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros: *Derecho internacional privado*. Vol. I, Oviedo, 1984, p. 75. Sobre el procedimiento registral para el ejercicio de la opción, véase: I. SALVADOR GUTIÉRREZ: *Ob.cit.*, pp. 18-20.

⁽¹²⁷⁾ BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 1992.

ciudad civil por la que el interesado haya optado, dentro de las previstas en el artículo 15 del Código civil, como determina la instrucción de 20 de marzo de 1991.

La nacionalidad española se adquiere a partir de la inscripción, pero a veces sus efectos se retrotraen a fecha anterior, la del acta o la de la remisión del documento. La adquisición tendrá plenos efectos para los que han estado sujetos a la patria potestad de un español, aunque no sea español de origen por haber tenido otra nacionalidad. Los efectos de la adquisición no afectan automáticamente al cónyuge o a los hijos sometidos a la patria potestad, puesto que una familia puede estar compuestas por personas de distintas nacionalidades, como destacaba el preámbulo de la Ley de 2 de mayo de 1975 ⁽¹²⁸⁾.

⁽¹²⁸⁾ Ley 14/1975, del 2 de mayo (Jefatura del Estado), sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges. *BOE* núm. 107, de 5 de mayo de 1975.