

ESTUDIOS

ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DETERMINADA POR EL MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN

ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ

*Catedrático de Derecho civil
Profesor emérito de la Universidad de Valencia*

SUMARIO: I. Introducción.—II. La opinión doctrinal contraria a la aplicación del artículo 29 del Código Civil en materia de nacionalidad.—III. Observaciones previas a la opinión mantenida en este estudio.—IV. La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.—V. Las opiniones de la doctrina científica.—VI. Observaciones finales.—VII. Conclusión.

I. Introducción

Es controvertida en la doctrina la cuestión que es objeto del presente estudio, y que puede ser enunciada concisamente así: la nacionalidad española ¿puede ser adquirida cuando alguno de los progenitores es español en el momento de la concepción del hijo aunque el progenitor español haya perdido su nacionalidad en el momento del nacimiento? Más precisamente, Peña Bernaldo de Quirós plantea la cuestión en estos términos: «si puede aplicarse la doctrina del artículo 29 del Código Civil y entender que para que el sujeto nazca con nacionalidad española basta que el padre o la madre haya sido español en el momento de la concepción o en cualquier momento intermedio entre la concepción y el nacimiento, sin que importe ya si antes de que el parto se produzca ese progenitor cambia de nacionalidad o, si después del cambio muere»⁽¹⁾.

La cuestión adquiere nueva actualidad con la reciente Resolución (2.^a) de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de septiembre de 2001, en la que, por aplicación del artículo 29 del Código Civil, se considera español al nacido en Argentina en 1929 de progenitor que era español en la fecha de la concepción del hijo y que perdió esta nacionalidad antes del nacimiento del mismo.

⁽¹⁾ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Comentario al artículo 17 del Código Civil*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales», dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, T.I, Vol. 3.º, Madrid, 1993, p. 161.

Con esta Resolución se mantiene la continuidad con la doctrina precedente que el Centro Directivo había establecido en las Resoluciones de 31 de marzo de 1992 y 12 de junio de 1993.

II. La opinión doctrinal contraria a la aplicación del artículo 29 del Código Civil en materia de nacionalidad

La proposición inicial del artículo 29 CC de que «*el nacimiento determina la personalidad*», aunque la atribución de efectos favorables al concebido haya adquirido una dimensión amplísima con el texto de la edición reformada ⁽²⁾, ha llevado a mantener la opinión de que «al concebido no se le atribuyen derechos patrimoniales ni personales» y que «*es el nacimiento el que determina esta atribución*, aunque con efectos retroactivos al momento de la concepción» ⁽³⁾, que el concebido «carece de personalidad y de representación legal», por lo que «no pueden ejercitarse acciones ni afirmarse o negarse derechos de personalidad o de estado respecto al concebido, por ejemplo respecto a su legitimidad o su nacionalidad...». «Consecuencia inevitable será que el concebido no puede ser parte en un proceso...» ⁽⁴⁾. Y en términos generales se afirma «*En la legislación vigente, las disposiciones que basan el estado en el nacimiento, como la nacionalidad (art. 17) y la vecindad (art. 15), no pueden ser referidas a la concepción*» ⁽⁵⁾.

En la legislación hoy vigente, la opinión expuesta pierde consistencia. La citada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado tiene en cuenta el momento de la concepción para conceder la opción por la nacionalidad española de origen a quienes no sean españoles a la entrada en vigor de la Ley 18/ 1990, de 17 de diciembre, y lo serían por aplicación del artículo 17 (disposición transitoria 2.ª). El ejercicio de la opción queda limitado al plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la Ley. Conviene, sin embargo, tener en cuenta la Proposición de Ley de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad presentada por el Grupo Parlamentario Socialista el 20 de febrero de 2001, que propone, en términos literales idénticos al texto de la Ley 18/ 1990, un plazo de cuatro años para el ejercicio de la opción (disposición transitoria 2.ª) ⁽⁶⁾.

Por lo demás, frente a la afirmación de que «el concebido no puede ser parte en un proceso», la necesidad de que el *nasciturus* pueda ejercitar los derechos inherentes a su personalidad desde el momento de la concepción, que los tiene antes de nacer, como el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, que la Constitución le reconoce, conlleva la exigencia de ser considerado parte en el ámbito procesal. En este sentido, la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, dispone en el artículo 6.1 «*podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles:...2.º El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables*»; y el artículo 7, relativo a la comparecencia en juicio y represen-

⁽²⁾ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *El artículo 29 del Código Civil como norma general de protección jurídica del concebido*, «Revista Jurídica del Notariado», núm. 39, julio- septiembre 2001, esp. pp. 140, 150-152.

⁽³⁾ DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, II-1, Madrid, 1952, p. 119.

⁽⁴⁾ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 127.

⁽⁵⁾ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 129-130.

⁽⁶⁾ *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie B, 9 de marzo de 2001, núm. 115-1, p. 4.

tación, establece: «3. *Por los concebidos y no nacidos comparecerán las personas que legítimamente les representarían si ya hubieran nacido*»⁽⁷⁾.

III. Observaciones previas a la opinión mantenida en este estudio

La proposición de que «*el nacimiento determina la personalidad*» procede del texto del artículo 29 del Código en la edición primitiva, y su alcance se relativiza considerablemente en el contexto de la edición reformada del precepto. Y con mucha mayor amplitud, después de la Constitución de 1978, como he puesto de relieve en otro lugar⁽⁸⁾.

Para el tema que nos ocupa me parece conveniente hacer, como punto de partida de este estudio, las siguientes observaciones:

Primera. No es sólo el nacimiento lo que determina la atribución de derechos al concebido. Precisamente lo que importa subrayar aquí es la identidad ontológica del ser humano entre la generación y el nacimiento. La proposición del artículo 29 de que «el nacimiento determina la personalidad» ha contribuido a la confusión de un cierto sector de la doctrina, que todavía hoy sitúa el umbral de los derechos de la personalidad en el momento de nacer.

Segunda. La subordinación del reconocimiento de los derechos del concebido al momento del nacimiento debe quedar circunscrita principalmente al ámbito de los derechos patrimoniales. Los derechos de la personalidad, y más precisamente el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud, se tienen –y se protegen hoy al amparo de la Constitución (arts. 15 y 43)– desde el momento en que, con la concepción, se inicia la vida del ser humano. Hay, por tanto, derechos del concebido que se tienen –y de hecho se protegen por las leyes– antes del nacimiento.

Tercera. No es necesario, para el propósito de este estudio entrar en la controversia sobre el «concepto jurídico» de persona, que no tiene en nuestro Código Civil ni un perfil definido ni un significado inequívoco, y que en el plano doctrinal tiene, como se ha dicho recientemente, muy diversas contestaciones⁽⁹⁾. Pero si alguna noción ha de adoptarse, se deberá distinguir, entre *qué* es persona y *quien* es persona, en el sentido que propone Martínez de Aguirre: «¿qué es persona para el Derecho? el sujeto de derechos, el centro de imputación de derechos y obligaciones (plano formal); ¿quién es persona en ese sentido? el ser humano, por antonomasia (plano sustantivo), y además otras organizaciones sociales a las que el Derecho atribuye subjetividad jurídica» (las llamadas «personas jurídicas»)⁽¹⁰⁾.

⁽⁷⁾ Esta última expresión reproduce la que el artículo 627 CC emplea para designar a quienes han de aceptar la donación en favor de los concebidos no nacidos. La expresión se ha utilizado por algunos autores como argumento de la falta de personalidad del concebido y, como consecuencia lógica, de la carencia de representante. Lo que no deja de ser una pretensión retórica en consonancia con el axioma legal de que es el nacimiento lo que determina la personalidad. Proposición ésta que, aunque se mantiene en la letra del artículo 29 CC, resulta hoy constitucionalmente arcaica.

⁽⁸⁾ LALAGUNA: *El artículo 29 del Código Civil*, cit., p. 137-152.

⁽⁹⁾ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *¿El nacimiento determina la personalidad?* «Actualidad civil», núm 31, Semana del 7 de agosto al 2 de septiembre, Madrid, 2001, p. 1089.

⁽¹⁰⁾ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, loc. cit., p. 1091. Más adelante añade este autor: «La personalidad que comienza con el nacimiento no puede afectar a los derechos naturales primarios, que corresponden a todo ser humano por el hecho de serlo (y, por tanto, desde que lo es). Así, todo ser humano (si se me permite acudir a la expresión del artículo 15 de la CE, todos) es sujeto titular de esos derechos naturales primarios (a la vida, a la integridad física) frente a lo que decidió el TC en su mencionada sentencia 11 Abr. 1985 (textualmente: «los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al *nasciturus* le corresponda también la titularidad del derecho a la vida» (FJ 7.º)). Desde este punto de vista, ese ser humano, en cuanto es sujeto de de-

IV. La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Sobre el problema relativo al momento determinante para atribuir la nacionalidad *iure sanguinis* al hijo de progenitor español que ha perdido en el momento de nacimiento del hijo la nacionalidad española que tenía en el momento de la concepción, se ha puesto de relieve en la doctrina científica la importancia del criterio mantenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado⁽¹¹⁾.

Aunque las resoluciones del Centro Directivo se refieren a supuestos singulares a los que se da diferente solución, se adopta un criterio uniforme al aplicar en todo caso el artículo 29 del Código Civil.

En principio, es obvio que la adquisición *iure sanguinis* de la nacionalidad española de origen viene determinada por el hecho del nacimiento de padre o madre españoles (art. 17, 1 a, CC). Sin embargo, la Ley 18/1990 dispone en su disposición transitoria 2.ª: «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».

Con precisa referencia al derecho de opción establecido en esta disposición transitoria y en virtud del recurso presentado el 21 de octubre de 1991, la Resolución de 31 de marzo de 1992, declara que «favorece hoy a la recurrente la opción establecida por la disposición transitoria 2.ª de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, por cuanto no era española a la entrada en vigor de esta Ley y lo sería por aplicación del vigente artículo 17.1 a), como nacida de madre española, retro trayendo los efectos del nacimiento a los de la concepción por aplicación del repetido artículo 29 del Código Civil al entonces vigente artículo 17, 2.º, del Código Civil (de la Ley de 15 de julio de 1954) (Fundamento VI).

El supuesto a que se refiere esta Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1992, al que se aplica el artículo 29 del Código Civil, es el siguiente. La recurrente, a la que se concede la opción solicitada de la nacionalidad española de origen, nacida el 21 de marzo de 1968, es *hija de madre que perdió la nacionalidad española al contraer matrimonio con súbdito italiano el 22 de noviembre de 1967, esto es, antes de los cinco meses siguientes a la concepción de la hija*. La pérdida de la nacionalidad española de la madre y la adquisición de la nacionalidad italiana por la hija se producen por aplicación de las normas del Código Civil en su redacción por *Ley de 15 de julio de 1954* (arts. 23.3.º y 17.2.º)⁽¹²⁾. Si se hubiese contraído el matrimonio durante la legislación vigente actualmente, la madre ha-

rechos, tiene personalidad jurídica. Esta afirmación es reconducible, como vengo insistiendo, al artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aludida más arriba: todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica» (loc. cit., p. 1106). En esta línea de pensamiento cfr. LALAGUNA, *El artículo 29 del Código Civil*, cit., p. 150-152.

(11) Cfr. CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: *Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido*, Madrid, 1997, p. 45; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: *Del nacimiento y extinción de la personalidad civil*, en «Comentarios al Código Civil», coordinador J. Rams Albesa, II, vol. I.º, Barcelona, 2000, p. 267; LALAGUNA: *El artículo 29 del Código Civil*, cit., p. 144 ss.

(12) La Ley de 15 de julio de 1954 establecía en el artículo 23,3.º: «También perderán la nacionalidad española:...La española que contraiga matrimonio con extranjero, si adquiere la nacionalidad de su marido». Y en el artículo 17, 2.º: «Son españoles:...Los hijos de madre española aunque el padre sea extranjero, cuando no sigan la nacionalidad del padre». En los Hechos se indica que se unió a las actuaciones escrito del Consulado General de Italia en Madrid dirigido al Registro Civil Central en el que se decía que antes de la entrada en vigor de la Ley italiana número 150 de 19 de mayo de 1975 (a los 120 días de su publicación en la «Gazzeta Ufficiale» de 23 de mayo de 1975) la mujer extranjera casada con un ciudadano italiano adquirió de forma automática la nacionalidad italiana (Hechos, III).

bría conservado su nacionalidad, y la hija sería española conforme al artículo 17.1 a) del Código Civil en su redacción por Ley 18/1990, de 17 de diciembre, que en su disposición transitoria 2.^a, antes citada, otorga el derecho de optar por la nacionalidad española de origen a quienes no sean españoles y lo serían por aplicación del artículo 17.

Es especialmente significativa la afirmación que se contiene en el Fundamento de Derecho V de esta Resolución: «El citado artículo 29 contiene una regla general de protección en el campo civil del concebido, que no se agota en la esfera patrimonial, y cuando la interesada ha invocado la aplicación de aquel artículo 29 es evidente que lo hace porque estima que este precepto le beneficia.»

La Resolución de 12 de julio de 1993 cita y reproduce literalmente la doctrina de la resolución antes expuesta. Se llega, sin embargo, a una solución diferente porque en el caso concurren otras circunstancias. Una mujer española contrae matrimonio con un súbdito portugués en el año 1958, y como consecuencia del matrimonio pierde su nacionalidad al adquirir la del marido, conforme al artículo 23.3.º, del CC en su redacción por Ley de 15 de julio de 1954. El nacimiento de la hija se produce dentro de los tres meses siguientes a la celebración del matrimonio, por lo que es claro que su concepción es anterior al momento de la celebración (según se desprende del artículo 110 del CC en su redacción originaria). Por otra parte, consta en el recurso que la hija en ningún momento adquirió la nacionalidad portuguesa y que en el momento de solicitar la opción a la nacionalidad española que otorga la disposición transitoria 2.^a de la Ley 18/1990 tenía la nacionalidad venezolana. Resulta así que siendo la madre española en el momento de la concepción y portuguesa en el momento del nacimiento, es aplicable el artículo 29 del CC, conforme al cual la hija adquirió la nacionalidad española, que luego perdió por adquirir otra nacionalidad. En este caso no es aplicable la disposición transitoria 2.^a de la Ley 18/1990, que concede el derecho de opción a quienes nunca han sido españoles, por lo que la interesada, nacida española, si quiere adquirir ahora la nacionalidad española que perdió, habrá de utilizar la vía de la recuperación de la nacionalidad que establece el artículo 26 del CC.

Aunque la solución dada al caso no es la misma que la del anterior, lo que importa subrayar es que la resolución de 12 de julio de 1993 aplica la misma doctrina de la de 31 de marzo de 1992.

La más reciente resolución (2.^a) de 7 de septiembre de 2001 se refiere al siguiente supuesto. El recurrente, nacido el 1 de enero de 1929 en Argentina, solicitaba la opción por la nacionalidad española y la inscripción de su nacimiento por ser hijo de español. El progenitor era español en el momento de la concepción del hijo y perdió esta nacionalidad antes del nacimiento. El Encargado del Consulado General de España en Bahía Blanca (Argentina) denegó lo solicitado por haberse naturalizado argentino el progenitor tres meses antes del nacimiento del hijo. Remitido el expediente con el recurso, informado desfavorablemente, a la Dirección General de los Registros y del Notariado, ésta declara en el III de los Fundamentos de Derecho: «Como se deduce de lo anteriormente expuesto, el nacimiento debatido tuvo lugar a los tres meses y 11 días siguientes a la obtención de la nacionalidad argentina del padre. Consiguientemente en el momento de la concepción el padre mantenía la nacionalidad española de origen y es en el intervalo entre la concepción y el nacimiento cuando ha tenido lugar la pérdida de la nacionalidad del padre. Surge por tanto la cuestión de si a los efectos de la atribución de la nacionalidad española *iure sanguinis*, era aplicable la norma contenida en el Código Civil según la cual “El nacimiento determina la

personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”. Caso de aplicarse esta ficción legal, el resultado sería que el hijo lo era de padre español, y habría nacido español como hijo de padre español (cfr. art. 17 CC redacción originaria)».

La Resolución (2ª) de 7 de septiembre de 2001 confirma la doctrina del Centro Directivo contenida en las resoluciones de 31 de marzo de 1992 y 12 de junio de 1993, declarando que «no hay motivos suficientes para excluir del ámbito de aplicación del artículo 29 del Código Civil las hipótesis de adquisición de la nacionalidad española *iure sanguinis* del artículo 17 en la redacción entonces vigente». El texto del artículo 17 aplicable al caso es el de la redacción originaria («Son españoles:...2.º Los *hijos* de padre o madre españoles, aunque hayan nacido en el extranjero»). En el mismo Fundamento de Derecho (IV), reiterando en parte literalmente pasajes de las Resoluciones antes citadas, añade: «En efecto, aunque el texto hable de “nacidos”, hay que entender que el artículo 29 contiene una regla general de protección en el campo civil del concebido, que no tiene por qué agotarse en la esfera patrimonial, por lo que si el progenitor era español en la fecha de la concepción, pero ha perdido esta nacionalidad cuando tiene lugar el nacimiento, nada impide considerar al nacido como español a la vista de la retroactividad de los efectos del nacimiento al momento de la concepción que preconiza el citado artículo 29 CC Además, que la cuestión “le sea favorable” es evidente, ya que si invoca la nacionalidad española del padre es que obviamente le beneficia».

Importa menos la solución final que se da al caso que el hecho de la continuidad que mantiene esta reciente Resolución con la doctrina precedente que el Centro Directivo había establecido en resoluciones anteriores.

En el último Fundamento de Derecho (V) se declara: «Ahora bien, sentado este criterio inicial, lo que ocurre es que el interesado ha perdido la nacionalidad española por haber quedado sujeto a la patria potestad de su padre argentino (cfr. art.18 CC, redacción originaria). El interesado, que según se ha razonado, nació español, ha de recuperar ahora esta nacionalidad por la vía establecida en el artículo 26 del Código Civil.»

Hay una diferencia singularmente significativa en el supuesto de hecho de la Resolución expuesta con los de las Resoluciones de 1992 y 1993. En éstas se reconoce la aplicación del artículo 29 del CC a supuestos de solicitud de opción a la nacionalidad española de origen establecida en la disposición transitoria 2.ª de la Ley 18/ 1990, de 17 de diciembre. En la Resolución de 17 de septiembre de 2001 se aplica el artículo 29 a un supuesto en que la atribución de la nacionalidad española está determinada por el hecho de *ser hijo* de progenitor español según el artículo 17.2.º, del Código Civil en su redacción originaria.

V. Las opiniones de la doctrina científica

El vigente artículo 17.1,a), al igual que su precedente (art. 17,1.º según Ley 51/1982), deja completamente claro, como se ha expuesto, que la nacionalidad española de origen se atribuye al nacido *desde el momento del nacimiento*. Pero de este precepto no cabe extraer argumento alguno, ni en pro ni en contra, acerca de la siguiente cuestión: cuando ambos progenitores son extranjeros en el momento del *nacimiento* del hijo ¿puede atribuirse la nacionalidad española de origen al nacido en el caso de que alguno de los progenitores fuera español en el momento de la *concepción*?. Esta cuestión,

planteada entre los primeros comentaristas del Código, consiste en determinar si es aplicable a la adquisición de la nacionalidad el criterio del artículo 29 del Código Civil, proposición segunda, de que «el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables»⁽¹³⁾. Sobre esto se mantienen en la doctrina actual dos posiciones.

Primera. No cabe aplicar el artículo 29: a) porque no se puede saber si la atribución de la nacionalidad española es o no un efecto favorable al concebido; b) porque la inseguridad del momento de la concepción no está en armonía con la fijeza que requieren las situaciones de estado⁽¹⁴⁾. Según este punto de vista, para que se atribuya al hijo la nacionalidad española es necesario que el progenitor sea español al tiempo del nacimiento. Entre quienes defienden esta opinión se admite que el hijo póstumo será español si lo era su progenitor al tiempo de morir.

Segunda. Ha de considerarse aplicable el artículo 29, por lo que procede atribuir al hijo la nacionalidad española de origen si alguno de los progenitores era español al tiempo de la concepción aunque luego, antes del nacimiento, haya cambiado de nacionalidad o haya perdido la española.

Ninguno de los argumentos de la tesis indicada en primer lugar es convincente. En opinión de Peña Bernaldo de Quirós, «desde el punto de vista del ordenamiento español, la adquisición de la nacionalidad española es un efecto que es favorable al concebido, pues sólo las personas que tienen nacionalidad española gozan en España de la plenitud de los derechos civiles (cfr. art. 27 CC) y no civiles». Por otra parte, como advierte el citado autor, «la dificultad de determinar la fecha de la concepción es connatural al sistema adoptado por el artículo 29 CC: es el ya concebido el que se tiene por nacido. Y se presenta en otras situaciones de estado (cfr. arts. 119, II y 130, CC) y en supuestos de conflicto de presunciones de legitimidad⁽¹⁵⁾. Esta tesis permite dar una solución justa a un importante conjunto de cuestiones⁽¹⁶⁾.

VI. Observaciones finales

De lo expuesto hasta aquí resulta que la aplicación del artículo 29 del Código Civil en materia de nacionalidad aparece planteada por un sector de la doctrina como cuestión dudosa. Lo que, después de una reflexión sobre los problemas que pueden suscitarse de no tenerse en cuenta dicha norma, puede conducir a resultados sorprendentes. Por ello me parece que acaso puede ser útil y conveniente formular las observaciones que siguen sobre la significación e importancia de dicho precepto en la materia que nos ocupa.

Primera. La nacionalidad se atribuye *iure sanguinis* en base a la *filiación por naturaleza*, matrimonial o no matrimonial (art. 108 del CC). En la determinación de

⁽¹³⁾ En la edición primitiva del Código el texto del artículo 29 decía: «El nacimiento determina la personalidad, sin perjuicio de los casos en que la ley retrotrae a una fecha anterior los derechos del nacido». En la edición reformada el texto gana precisión y claridad. Gana precisión al referirse no simplemente a una fecha anterior al nacimiento sino al tiempo anterior al nacimiento desde el momento de la concepción. Gana claridad porque no trata de establecer una ficción legal de retroactividad de los efectos que se tienen desde el nacimiento, sino de respetar la condición ontológica humana del concebido, atribuyéndole los efectos jurídicos que le son favorables contando con el hecho de que la generación conduce naturalmente al nacimiento.

⁽¹⁴⁾ DE CASTRO: *Derecho civil de España*, II, 1.º, Madrid, 1952, p. 399.

⁽¹⁵⁾ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Comentario al artículo 17*, cit., p. 162.

⁽¹⁶⁾ PEÑA, *loc. cit. últimamente*, p. 163-164.

la filiación se ha de tener en cuenta, además de la fecha en que se celebra o se disuelve el matrimonio, si éste existe entre los progenitores, el momento del nacimiento y el de la concepción del hijo. El momento de la concepción se determina en función de los plazos máximo y mínimo de gestación que en nuestro Código son hoy, como antes de la reforma de la Ley 11/1981, los mismos que, basándose en la ciencia de Hipócrates, se establecen en el Digesto: mínimo de ciento ochenta días, y máximo de trescientos días (arts. 116 y 117 del CC).

Segunda. En el artículo 17.1, *a*), al disponer que son españoles de origen «los nacidos de padre o madre españoles» se atiende al vínculo de filiación tal y como éste viene definido por el propio Código. Es obvio que no cabe establecer o determinar el vínculo de filiación sin tener en cuenta el hecho de la generación según los plazos de gestación, mínimo y máximo, que, conforme a los artículos 116 y 117 del Código Civil, discurren entre el momento del nacimiento y el de la concepción del hijo. Así, se dispone que se presumen hijos del marido los *nacidos* antes de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio (cfr. art. 116 del CC). Lo que permite afirmar, con relativa certeza, que el nacido, por ejemplo, a los doscientos diez días siguientes a la muerte del marido es hijo matrimonial (el momento de la concepción queda situado dentro del plazo máximo de gestación, en un momento en que el marido vive).

Tercera. El artículo 29 del Código Civil está incluido en el Título II del Libro I. No es necesaria una norma de remisión expresa en el artículo 17.1, como se proponía en la Enmienda Número 4, del Grupo Parlamentario Vasco (PNV), para que haya de aplicarse en materia de nacionalidad. Lo que se habría de explicar por quien entiende que no es aplicable en tal materia es la razón en virtud de la cual no es aplicable.

Cuarta. La atribución de la nacionalidad española al nacido de progenitor español que, después de la concepción del hijo, ha perdido la nacionalidad española en el momento del nacimiento es un efecto que, aplicando el punto de vista de que no se puede saber si es «favorable o desfavorable a sus intereses», podría dejar al hijo en situación de apatridia. En este punto entiendo que se debe ponderar ante todo el interés del hijo.

De las observaciones expuestas se desprende que es necesario tener en cuenta el momento de la concepción del nacido para evitar una situación no deseable de apatridia. Y para evitar este resultado, en principio adverso al nacido, es necesario aplicar el artículo 29 del Código Civil.

Supuesto distinto del anterior en el que también se hace aplicación del artículo 29 del Código Civil es la atribución de la nacionalidad española al nacido de madre extranjera casada con súbdito español cuando éste fallezca antes del nacimiento del hijo. Parece claro que en este caso se deberá atribuir la nacionalidad española al *hijo* póstumo en base a la nacionalidad española del padre⁽¹⁷⁾. Esté supuesto se cita por algunos como paradigma de atribución de la nacionalidad española al nacido en cuanto éste es hijo del padre, fallecido, español. Con precisa referencia a este supuesto decía Federico de Castro: «Conforme al artículo 17, el hijo póstumo sigue la nacionalidad

⁽¹⁷⁾ Cfr. PÉREZ VERA, E.: *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, 1980, p. 23.

española que tenía el padre al morir; no hay tampoco que acudir al artículo 29 porque es hijo de padre (fallecido) español»⁽¹⁸⁾. Sigue esta línea de opinión Díaz Fornas, al afirmar en el Congreso, en representación del G.P. Socialista, lo siguiente: «si el hijo es póstumo y en el tiempo que media entre la concepción y el parto la madre adquiere otra nacionalidad distinta de la española, si el padre era español en el momento del fallecimiento, el hijo será español por aplicación del artículo 17.1, a),... Por eso lo que hace el precepto es permitir que en ese instante (el momento del nacimiento) pueda establecerse el linaje del nacido *como si no hubiese acaecido la muerte del progenitor*»⁽¹⁹⁾. Esta última afirmación parece ociosa. Decir «como si no hubiese acaecido la muerte del progenitor» no deja de ser una tentativa frustrada de eliminar el *dato real* de que el hijo es español por el hecho de la concepción.

Sobre la filiación del póstumo no se ha tenido en cuenta, generalmente, la posible alteración del supuesto en el caso de que la viuda encinta, extranjera, contraiga matrimonio con súbdito extranjero antes del nacimiento del hijo. Conforme a los artículos 116 y 117 del Código Civil español, el hijo tendrá, en principio, o la nacionalidad extranjera de la madre (viuda del progenitor español) o, acaso, la nacionalidad extranjera de su marido si éste asume la paternidad del hijo, conforme a lo establecido en el artículo 117 del Código Civil. La consideración de que el nacido es hijo del progenitor español, teniendo en cuenta el plazo máximo de gestación a partir de la disolución del primer matrimonio, habría de llevar a la conclusión de que es atendible la pretensión del hijo de adquirir la nacionalidad española de origen fundada en el hecho de su concepción por progenitor español⁽²⁰⁾.

VII. Conclusión

Cabe concluir que en la atribución de la nacionalidad española de origen *iure sanguinis*, en cuanto tiene su raíz y fundamento en el hecho de la generación, se ha de tener en cuenta no sólo el momento del nacimiento sino también el momento de la concepción. Cosa distinta es que la nacionalidad española de origen fundada en la filiación por naturaleza produzca generalmente sus efectos *desde el momento del nacimiento*, aunque dejando siempre a salvo el principio fundamental de que los efectos inherentes a los derechos de la personalidad del concebido, esto es, los que le corresponden como ser humano, por su propia naturaleza, se tienen y de hecho se protegen por la Constitución antes de nacer.

⁽¹⁸⁾ DE CASTRO: *Derecho civil de España*, T. II, 1.º, *Derecho de la persona*, Madrid, 1952, p. 399.

⁽¹⁹⁾ «Boletín Oficial de las Cortes Generales», Congreso, Comisiones, IV Legislatura, núm. 119, Sesión 13 (martes, 26 de junio de 1990), p. 3590.

⁽²⁰⁾ Que la nacionalidad española se atribuye *desde el momento del nacimiento* es un hecho que no excluye la importancia que, en todo caso, tiene el momento de la concepción, más notable en el caso de que la atribución de la nacionalidad española al nacido se funde en la nacionalidad del padre cuando éste no vive en el momento del nacimiento del hijo. En algunos autores se puede advertir una actitud reacia a considerar el momento de la concepción como dato relevante para la atribución de la nacionalidad al hijo. Así, por ejemplo, CALVO ANTÓN, M.: *La próxima reforma de la nacionalidad*, «Revista de Derecho privado», 1990, p. 471: «La inaplicación del segundo inciso del artículo 29 también se puede mantener en el caso del hijo póstumo, pues tampoco en este supuesto es necesario dar relevancia al momento de la concepción. Cuando nace el hijo póstumo lo hace de progenitor español, aunque fallecido». De algún modo se habrá de apelar a la concepción por el progenitor español para que, después de morir, se atribuya al nacido su nacionalidad.

El reconocimiento de los derechos del ser humano antes del nacimiento, en sentido acorde con la tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana⁽²¹⁾, más allá de la formulación del principio general acogido en el artículo 29 del Código Civil, encuentra hoy en nuestro ordenamiento constitucional un firme fundamento para proceder a una sustancial reforma de nuestras leyes.

⁽²¹⁾ Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.: *La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana (Del Derecho justiniano a los Códigos civiles)*, «Revista General de Derecho», LVI, núm. 603, p. 12457-12469.