

LEY DE MEMORIA HISTÓRICA ESPAÑOLA Y EL DERECHO DE OPCIÓN A LA NACIONALIDAD: SU PRÁCTICA EN MÉXICO*

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Ley de Memoria Histórica. Disposición adicional séptima*. III. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se Reconocen y Amplían Derechos y se Establecen Medidas a Favor de Quienes Padecie-

* Ley 52/2007 por la que se Reconocen y Amplían Derechos y se Establecen Medidas a Favor de Quienes Padecieron Persecución o Violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura. Agradezco, infinitamente, los comentarios vertidos a este texto de parte de María de los Ángeles Sánchez, Elisa Badillo y Oliver Chaim. Ellos fueron los detonantes de este sencillo trabajo, al demostrarme que no se puede hacer caso omiso a una pregunta, duda o asesoría que lleva implícita historias de una vida. Los abuelos, los hijos, los nietos y la descendencia en su totalidad buscan, voluntaria o involuntariamente, siempre sus raíces más profundas, a veces impregnadas de un gran dolor, otras con resignación y otras tantas con mucha ilusión.

** Doctora en derecho por la Universidad Autónoma de Tlaxcala, México, y doctora por la Universidad “Pablo de Olavide” de Sevilla, España; profesora de licenciatura y posgrado en la UNAM y en la Universidad Iberoamericana, profesora invitada en distintas universidades de la República mexicana y del extranjero; investigadora titular “C” definitiva de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), con Priede “D”; pertenece al Sistema Nacional de Investigadores, nivel II; miembro de la Academia Mexicana de Ciencias; miembro numerario de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado; miembro y vicepresidenta, segunda suplente, de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, miembro de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, y del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional; directora del *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*; ha publicado, en torno al área del derecho internacional privado y comparado, más de 160 contribuciones, en donde sobresalen 12 libros como autora y/o coautora, así como 15 coordinaciones publicadas en el ámbito nacional e internacional; destaca la colección coordinada bajo el título genérico *Lecciones de derecho internacional privado mexicano* —parte general, parte especial y varia— editada por Porrúa-UNAM entre 2007 y 2009; ha recibido el Premio Altamirano 2000 y la Distinción Universidad Nacional a Jóvenes Académicos, Investigación en Ciencias Sociales, 2008.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año XLIII, núm. 127,
enero-abril de 2010, pp. 503-525

ron Persecución o Violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura, conocida comúnmente como Ley de Memoria Histórica española, se publicó en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 310, del 27 de diciembre de 2007, con entrada en vigor un año después, el 27 de diciembre de 2008.

Esta es una ley que tiene muchas implicaciones y connotaciones de distinta importancia, cuestiones que se desprenden desde su propio título, pero, por razones de acotamiento e interés puntual para la comunidad española que radica fuera de sus fronteras a raíz del exilio español tras la guerra civil, centraremos el análisis de esta ley en la disposición adicional séptima (en adelante, DA 7), referida al derecho de opción a la nacionalidad española, y que a la letra dice:

1. La persona cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español podrán optar a la nacionalidad española de origen si formalizan su declaración en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la presente Disposición adicional. Dicho plazo podrá ser prorrogado por acuerdo de Consejo de Ministros hasta el límite de un año. 2. Este derecho también se reconocerá a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio.

Como vemos, la DA 7 introduce dos supuestos diferentes, así en el apartado 1 se refiere a los hijos de exiliados españoles y el apartado 2 atiende a los nietos. En definitiva, la DA 7 permite optar a la nacionalidad española de origen a los hijos y nietos de exiliados de la guerra civil española, ampliando, de esta manera, posibilidades para la opción de la nacionalidad española en relación con el Código Civil español y en concreto sus artículos 17-26, los cuales no son muy generosos especialmente con los nietos.

De la simple lectura de la mencionada DA 7 vemos que la importancia de la misma radica en la apertura de una puerta, repleta de esperanzas y/o necesidades, para un importante número de personas que pueden optar a la nacionalidad española de origen.

Para el caso concreto de México, hemos creído pertinente realizar un análisis, lo más sencillo y práctico posible, sobre la mencionada DA 7 y sus implicaciones, a través de un estudio teórico de la misma y la casuística México-España.

Iniciando por el análisis teórico, debemos expresar que en España hay una clara diferencia entre criterios de atribución de la nacionalidad y criterios de adquisición.¹

Vayamos por partes y veamos cuáles son los criterios de atribución de la nacionalidad española, para así determinar la nacionalidad de origen, y por otra parte, los criterios de adquisición de la nacionalidad española.

Por lo que respecta al primero, los criterios de atribución de la nacionalidad, *ius sanguinis* y *ius soli*, se caracterizan porque son automáticos, es decir, la nacionalidad se otorga independientemente de la voluntad del individuo. En la actualidad, la configuración de estos criterios en el sistema español da lugar a cinco situaciones en las que se atribuye la nacionalidad española de origen:

1. El *ius sanguinis* o filiación biológica; es decir, son españoles los nacidos de padre o madre españoles, con independencia de cualquier condición o circunstancia (artículo 17.I, letra a) del Código Civil).

2. El *ius soli* reforzado por el nacimiento en España de uno de los progenitores, estipulado en el artículo 17.I, letra b) del Código Civil, que a la letra expresa: “Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España”.

3. El *ius soli*, para prevenir los casos de apatridia originaria, artículo 17.I, letra c) del Código Civil: “Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad”.

4. El *ius soli*, con fundamento en el principio superior de protección del menor: se atribuye la nacionalidad española de origen, según el artículo 17.I, letra d) del Código Civil, a “Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea el territorio español”.

¹ González Martín, Nuria, “Ley de Memoria Histórica Española. Ley 52/2007 de 26 de diciembre, por la que se Reconocen y Amplían Derechos y se Establecen Medidas a Favor de Quienes Padecieron Persecución o Violencia Durante la Guerra Civil y la Dictadura”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLI, núm. 122, mayo-agosto de 2008, pp. 979-991.

5. Adopción de menores extranjeros, por españoles, según el artículo 19.I del Código Civil.²

La última reforma del Código Civil español, en materia de nacionalidad, fue realizada por la Ley 36/2002, del 8 de octubre, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 242, del 9 de octubre de 2002, y no introdujo ninguna modificación en materia de atribución de la nacionalidad española de origen. De los cinco apartados que acabamos de esbozar, no se deriva la inclusión de la nacionalidad de origen del supuesto expresado a través de la DA 7, de la Ley de Memoria Histórica que estamos comentando, porque lo que se plantea es un derecho de opción.

Así, por lo que se refiere a los criterios de adquisición de la nacionalidad española, en contraste con los criterios de atribución de la nacionalidad, se caracterizan porque precisan de la declaración expresa del interesado a través de una solicitud. Los criterios para la adquisición de la nacionalidad española son la opción y la naturalización. La diferencia entre la opción y la naturalización estriba, fundamentalmente, en que la primera se restringe al máximo la discrecionalidad de la administración, limitándose su labor a supervisar que el interesado efectivamente se encuentra dentro de los cuatro supuestos estipulados en el artículo 20 del Código Civil.

De esta manera, *tienen derecho de opción*:

1. Los extranjeros que estén o hayan estado sujetos a la patria potestad de un español.
2. Los extranjeros a los que se les determine su filiación o nacimiento en España, después de los dieciocho años.
3. Los extranjeros mayores de dieciocho años adoptados por un español (se le otorga la nacionalidad de origen).
4. Los extranjeros cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España.

Este último supuesto fue introducido en la última reforma mencionada por Ley 36/2002, y responde a la convicción de que es necesario tomar medidas para promover el retorno de la población emigra-

² Cano Bazaga, Elena, "La integración de los inmigrantes en la sociedad española desde la perspectiva del acceso a la nacionalidad. Algunas reflexiones para el debate", en González Martín, Nuria y Rodríguez Benot, Andrés (coords.), *El derecho de familia en un mundo globalizado*, México, Porrúa-UNAM, 2007, p. 44.

da y el de sus descendientes, en cumplimiento del artículo 42 de la Constitución española de 1978: “compensar al español que tuvo que emigrar, sin distinguir si es de origen o no, porque sólo se favorece a un sector de los descendientes de emigrantes españoles”. Los españoles residentes en el extranjero hicieron llegar al Consejo de la Emigración, su petición de la derogación de los plazos preclusivos de opción establecidos en las leyes españolas desde 1990; no obstante la buena voluntad de esta reforma, no acaba con la porción discriminatoria o de inequidad que permea esta situación, es decir, sólo se otorga derecho de opción a los hijos, biológicos o adoptivos, de padre o madre que *hubiera sido español de origen y nacido en territorio español*, quedando fuera del supuesto los hijos de españoles que adquirieron la nacionalidad de forma derivada y los hijos de españoles nacidos en el extranjero; se sigue sin cumplir el objetivo fundamental del mencionado artículo 42 constitucional que es, en definitiva, la atribución al Estado de la obligación de proteger a los trabajadores españoles en el extranjero y orientar su política hacia su retorno; entendiendo “orientar hacia su retorno” al hecho de facilitar la conservación y transmisión de la nacionalidad española como papel esencial.³

En relación a todo lo que estamos comentando, hay que subrayar la presencia de la Ley 40/2006, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior y su disposición adicional segunda. En esta Ley se reconoce la posibilidad de que los hijos de los emigrantes puedan pedir la nacionalidad española, excluyendo de esta posibilidad a los nietos. Por otra parte, hace un reconocimiento expreso de aquellos que se vieron obligados al exilio como consecuencia del franquismo. Como consecuencia de esta Ley 40/2006 en el que se establecía, reiteramos, que el Gobierno, en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor, debía promover una regulación para que los descendientes de los españoles de origen pudieran acceder a la nacionalidad española, se enmarca el nacimiento de la multimencionada Ley 52/2007, la Ley de Memoria Histórica española.

³ Sánchez Jiménez, María Ángeles, “Ley de Memoria Histórica: el derecho de opción a la nacionalidad española”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLII, núm. 125, mayo-agosto de 2009; se puede consultar en la biblioteca virtual a través de la página web <http://www.juridicas.unam.mx/publicaciones/periodicas/bolletinmexicanodederechocomparado/>.

Por lo que se refiere al segundo de los criterios de adquisición de la nacionalidad española, tenemos la naturalización que es la concesión de la nacionalidad por parte del Estado, es una decisión unilateral del Estado que, después de analizar las circunstancias de cada caso, concede o no el derecho a adquirir la nacionalidad a quien, además de reunir los requisitos, solicita expresamente su naturalización.

A la naturalización habría que incluirle el dato de residencia o el de integración con unos plazos que difieren unos de otros (cuatro plazos para el sistema de residencia —diez años, cinco años, dos años y un año—, según los distintos supuestos, en los que en este momento no entramos en detalle). El criterio de la integración es más difícil de ponderar, al no ser tan objetivo como el del plazo.

II. LEY DE MEMORIA HISTÓRICA. DISPOSICIÓN ADICIONAL SÉPTIMA

Una vez expuestos los criterios de atribución y adquisición de la nacionalidad española, y sus antecedentes más inmediatos, es decir, el artículo 42 constitucional y la disposición adicional segunda del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior, corresponde analizar la DA 7 para ir perfilando las luces y sombras que permea a esta nueva disposición.

El punto de partida o estudio, a través de la DA 7, lo visualizamos de la siguiente manera:

1. Otorgamiento del derecho de opción a la nacionalidad española a favor de los beneficiarios, y en este rubro tendremos que ver el significado y alcance del derecho de opción que reconoce.
2. Ubicar a los beneficiarios de cada uno de los supuestos estipulados en los dos apartados de la DA 7.
3. Precisar las condiciones o requisitos sustanciales de la opción.
4. Presentar los aspectos del procedimiento para ejercitar el derecho de opción.

De los cuatro apartados enunciados, nos centraremos en los tres primeros, con la aportación de preguntas y respuestas prácticas, derivando la explicación del último punto, aspecto procedimental, al magnífico estudio que nos brindó la profesora Sánchez Jiménez.⁴

⁴ *Idem.*

Como acabamos de exponer, desde la introducción, en España la vía de opción a la nacionalidad está regulada en el Código Civil (en adelante Cc), concretamente a través de su artículo 20, por lo cual la aportación implementada a través de la DA 7 es la incorporación de dos supuestos nuevos que amplían, bajo una temporalidad, la posibilidad de optar por la nacionalidad española de origen a hijos y nietos de exiliados de la guerra civil española.

En principio, expresado de esta manera, tenemos una claridad en los objetivos y/o pretensiones que persigue la citada DA 7, lo que no está tan claro es su redacción si comenzamos a abundar en la proyección que puede y debe derivar la apertura de este derecho. Por esta razón, España, a través de la Dirección General del Registro y Notariado (en adelante, DGRN), ha dictado la Instrucción del 4 de noviembre de 2008, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 285, de 26 de noviembre de 2008, con la única finalidad de interpretar y dilucidar aquellos aspectos aún vagos en su comprensión, y cubrir las posibles lagunas legales o incongruencias que pudiera existir entre los textos legales, es decir, el Cc y la DA 7 de la Ley 52/2007.

Redondeando ideas, tenemos que el Código Civil español, en este caso, determina el significado y alcance de la adquisición de la nacionalidad española por la vía de opción (mecanismos, requisitos, etcétera) salvo los aspectos en el que la DGRN establezca una regulación diferente, como es el caso que estamos trayendo a colación.

1. *Derecho de opción a la nacionalidad española*

En España, el derecho de opción a la nacionalidad, en la actualidad, tiene varios caracteres:

a) Es una vía para adquirir la nacionalidad (artículo 20, Cc). Aquí convendría aclarar que a través de esta vía, derecho de opción a la nacionalidad española —como vía de adquisición de la nacionalidad española—, no se opta por la nacionalidad española si el sujeto ya es español, aunque sea español no originario y pretenda acceder a la nacionalidad de origen; no obstante, a través de la Instrucción del 4 de noviembre de 2008 de la DGRN (en adelante, Instrucción de la DGRN) se permite que determinadas personas que tenían nacionalidad no de origen, vuelvan a optar por la nacionalidad de origen y

así se desprende de su fracción III titulada “Supuesto especial: opción a la nacionalidad española de origen por españoles no de origen”. Cuestión que subrayamos y que comentaremos en extenso en los próximos apartados referidos al mismo, y en concreto en la directriz sexta de la mencionada Instrucción de la DGRN.

b) Se identifica con un derecho. Identificación como un derecho desde el momento en el que se trata de un mecanismo que favorece a aquéllos extranjeros que presentan un importante grado de vinculación con España.

El derecho de opción a la nacionalidad española no es autorizado o permitido por la administración, pero sí es controlada por ésta, por la administración, desde el momento mismo en el que le compete la prueba, los requisitos, etcétera.

c) No tiene un plazo de caducidad. El Cc no tiene plazo de caducidad, es decir, tiene un carácter estable; no obstante, la DA 7 dispone de dos años, desde su entrada en vigor, más una prórroga de un año si así lo decide el Consejo de Ministros para poder optar a la nacionalidad española (hasta el 27 de diciembre de 2011); es decir, a través de la DA 7 se establece un plazo de caducidad, y una vez transcurrido éste, sólo será posible acudir a los supuestos de opción previstos en el artículo 20, Cc, dado su carácter estable en el tiempo.

4. Según el Cc, la nacionalidad española que se adquiere al ejercitar el derecho de opción, a tenor del artículo 20, Cc, no es originaria.

Así las cosas, la DA 7 se separa de la regulación establecida en el Cc desde el momento en el que el derecho de opción que se ejercite, de acuerdo con los dos apartados de la DA 7, finaliza con la atribución de la nacionalidad española de origen.

Subrayamos, para poder ir realizando un comentario hilado, que esta situación expresada a través de la DA 7, es decir la atribución de la nacionalidad española de origen, se concreta a través de la directriz sexta de la Instrucción de la DGRN.

Por otra parte, no olvidemos que abrir esta vía de la nacionalidad española de origen, conlleva la posibilidad de la doble nacionalidad, frente a algunas restricciones de los nacionales no de origen o no originarios, como bien puede ser el hecho de que los nacionales de origen no pueden ser sancionados con la pérdida de la nacionalidad española.

Pregunta: ¿Un ciudadano español puede optar por la doble nacionalidad?

Respuesta: Sí. La Constitución española, en su artículo 11, permite que si se adquiere la nacionalidad de uno de los países con los que España está especialmente vinculada (entre los que se encuentran los países iberoamericanos) puede mantener la nacionalidad española. Además, los convenios de doble nacionalidad permiten esta posibilidad.

En todo caso, los que adquieran la nacionalidad española por los supuestos de la DA 7, no tienen que renunciar a su nacionalidad anterior y, por tanto, van a tener doble nacionalidad.

Llegados a este punto, debemos expresar que la nacionalidad de origen presenta dos puntualizaciones:

1. Se transmite a los hijos que se tengan en el futuro, y no a los hijos que se tuvieran con anterioridad a la adquisición de la misma; no obstante, la Instrucción de la DGRN, en su directriz sexta, aporta una regulación diferente con respecto a este último supuesto, es decir, con respecto a la situación de los hijos que se tuvieron con anterioridad a la adquisición de la nacionalidad de origen, cuestión que abordaremos en el rubro correspondiente a la directriz sexta.

2. En todos los casos se benefician de la doble nacionalidad, ya que no pueden ser sancionados con la pérdida de la nacionalidad. A tenor del artículo 25, Cc, la pérdida de la nacionalidad queda para los nacionales no de origen.

2. Beneficiarios del derecho de opción a la nacionalidad española

Tal y como venimos constatando, el objetivo que destaca de esta DA 7 es ampliar los supuestos contemplados en el artículo 20, Cc, reconociendo el derecho de opción a la nacionalidad de origen española con el fin de favorecer la situación de ciertos descendientes de españoles.

A. Código Civil

El Cc, en su artículo 20, fracción 1, expresa que:

a) Reconoce el derecho de opción a las personas sujetas a la patria potestad de un español; lo cual ha permitido o posibilitado ejercitar la vía de opción a algunos nietos de emigrantes al cumplirse una serie de requisitos como son que el nieto sea menor de edad cuando su padre o madre recupere o adquiera, por la vía de opción, la naciona-

lidad española; una opción que debe de ejercitarse hasta los 20 años, por ser el plazo de caducidad derivado del propio artículo.

Los nietos que no cumplan con estos requisitos, es decir, que tuvieran la mayoría de edad en aquél momento de la recuperación o adquisición de la nacionalidad española por uno de sus progenitores, quedan fuera del supuesto concreto, y así la única vía que les queda para adquirir la nacionalidad española es la de la residencia legal en España durante el plazo de un año, de acuerdo con lo previsto en el artículo 22.2 f).

Pregunta: Soy un nieto de los que no están incluidos en ningún apartado de la disposición adicional séptima de la Ley 52/2008, es decir, era mayor de edad en el momento de la recuperación o adquisición de la nacionalidad española de uno de mis progenitores (hijo de emigrante español de origen), y mi única opción es ir a vivir a España por un año y optar a la nacionalidad española de acuerdo al artículo 22.2. f) Cc, pero ¿qué sucede con mis hijos menores de edad y mi esposa?

Respuesta: Una vez que haya residido por un año en España y una vez que se obtenga la nacionalidad española, los hijos menores de edad podrán optar por la nacionalidad española de acuerdo con el artículo 20. 1 a) del Cc; sin embargo, la esposa, para que pueda estar en España, tiene que acogerse al régimen de reagrupación familiar que establece la ley de extranjería en sus artículos 16 y siguientes.

b) Atribuye el derecho de opción a las personas cuyo padre o madre hubiera sido españoles de origen nacidos en España; lo cual plantea una situación discriminadora con base en el lugar de nacimiento del progenitor español, además de no incluir realmente a los nietos. Otra característica que se desprende de este artículo 20.1 b), Cc, es que se adquiere la nacionalidad no originaria.

B. Disposición adicional séptima de la Ley 52/2007

La DA 7 de la Ley 52/2007 consta, tal y como expresamos, de dos apartados o fracciones:

a) El apartado 1 atribuye el derecho de opción “a las personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español”.

Si contrastamos esta literalidad de la DA 7, apartado 1, con el requisito expresado en el artículo 20.1 b), vemos que se omite el requisito de que el progenitor haya nacido en España, lo cual tiene directamente una repercusión positiva hacia los hijos y nietos de exiliados.

Con la DA 7 tenemos que los hijos tan sólo deben cubrir el requisito de que sus padres sean españoles de origen, ya sea desde el momento del nacimiento o con posterioridad al mismo, y la novedad estriba en que se puede optar por la nacionalidad de origen, con respecto al hijo de emigrante español de origen que no haya nacido en España.

Así, una característica que se desprende de la DA 7, apartado 1, es que se adquiere la nacionalidad de origen.

Caso: Abuela nacida en Asturias, España. Nunca perdió la nacionalidad española. Madre nacida en México, D. F., en 1927. Ella ya falleció ¿Tengo derecho a la opción de la nacionalidad española?

Respuesta: Es hija de nacional española de origen, por tanto puede optar a la nacionalidad española por el apartado primero de la DA 7.

No está de más expresar que para que el hijo pueda ser beneficiario del derecho de opción es preciso que no tuviese la nacionalidad española, y ello ocurre, siempre, cuando en el momento de su nacimiento, el progenitor que hubiera tenido la nacionalidad española de origen la hubiera perdido; el hijo nace después y de ahí su derecho de opción. En el caso de que el hijo hubiera nacido antes, no estaría invocando la opción de la nacionalidad sino la recuperación de la misma.

Por otro lado, subrayar la novedad que introduce la Instrucción de la DGRN (fracción III) al permitir volver a ejercitar el derecho de opción de acuerdo a la DA 7, apartado 1, y ello es una excepción porque la adquisición por opción es una vía para adquirir *ex novo* la nacionalidad española.

Otra cuestión que destaca, en el mismo apartado 1, es que también se incluyen a los nietos, porque se suprime el requisito de nacimiento en España del progenitor o progenitores, pero no perdamos de vista que para que el beneficiario del derecho de opción se pueda acoger, por este mismo apartado, es necesario que el padre o madre hubiera sido español de origen, es decir, que el hijo/a del emigrante (padre o madre del nieto) también fuera español de origen, lo cual ocurre, en su mayoría, desde el momento del nacimiento. No obstan-

te, tal y como señala Sánchez Jiménez, la nacionalidad española de origen no se identifica con la adquisición por nacimiento:

De hecho, hay un supuesto que no va a ser infrecuente en el que se pudieran encontrar los nietos, cuando el padre o la madre hubieran adquirido la nacionalidad de origen con posterioridad al nacimiento por ser hijos de madre (abuela) española casada con extranjero y nacidos antes de la entrada en vigor de la Constitución Española (29 de diciembre de 1978), en virtud de la posibilidad de opción que les ofreció durante el plazo de dos años la disposición transitoria segunda de la Ley 18/1990.

Para poder incluir a los nietos en este apartado 1 de la DA 7, tenemos que decir que la nacionalidad se transmite a los nietos cuando el abuelo inmigrante tuviera la nacionalidad española en el momento del nacimiento de su padre o madre —españoles de origen—.

b) Con respecto al apartado 2 de la DA 7, se atribuye el derecho de opción a la nacionalidad de origen “a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio”.

La Instrucción de la DGRN afirma que este apartado 2 acoge a los nietos que quedan fuera de la DA 7, apartado 1.

Caso: Abuelo exiliado. Madre adoptó la nacionalidad mayor de 20 años. ¿Puedo optar por la nacionalidad y bajo qué apartado?

Respuesta: El nieto puede optar por el apartado segundo de DA 7.

La madre que ya había optado por la nacionalidad española, tendrá la nacionalidad no originaria; no obstante, la DA 7 y ésta, a través de la Instrucción de la DGRN, fracción III, por el denominado “supuesto especial”, se puede optar a la nacionalidad española de origen por españoles no de origen. Así, a través de un procedimiento simplificado, previstos en la directriz sexta de la mencionada Instrucción de la DGRN, puede dar el cambio de la nacionalidad española no originaria a la de origen. La madre, en este supuesto, entraría en el apartado 1 de la DA 7.

Es determinante, en este apartado 2, el hecho del nacimiento del progenitor antes o después de la pérdida de la nacionalidad española del abuelo español, para visualizar la posición en la que quedan los nietos. Sánchez Jiménez se detiene en ejemplificar esta situación por-

que incluso en el mismo seno familiar se pueden dar variantes importantes, atendiendo al nacimiento del progenitor, y en relación, como decimos, de que éste sea anterior o posterior a la pérdida de la nacionalidad española del abuelo. Tomamos el ejemplo textual:

Emigrante español de origen, Juan, se fue a México donde tuvo un primer hijo, Antonio, nacido antes de perder la nacionalidad española, y por tanto también es español de origen. Con posterioridad a la pérdida de la nacionalidad española nace su segundo hijo, Fernando. Cada uno de ellos tuvo a su vez descendencia. Antonio tuvo un hijo, Miguel, después de perder la nacionalidad española, y Fernando una hija, María. La situación de cada uno es distinta. Antonio tiene la posibilidad de recuperar la nacionalidad española, su hijo Miguel, puede optar a la nacionalidad española de acuerdo con el apartado primero de la disposición adicional séptima ya que su padre fue español de origen. Por tanto, en este caso, el nieto ha quedado incluido como beneficiario de este apartado. Sin embargo, no ocurre igual en el caso de María, la otra nieta de Juan, ya que su padre no fue español de origen. En este caso será su padre, Fernando, el que queda incluido como beneficiario del apartado primero de la disposición adicional séptima, pero María sólo podrá optar, en su caso, por el apartado segundo de la misma disposición, si se producen las circunstancias que se exigen en el mismo.⁵

Distinto es que, de acuerdo con la misma directriz sexta, los hijos menores de edad no emancipados de los que hubieran optado por la nacionalidad española, según la DA 7, puedan, una vez adquirida la nacionalidad por su padre o madre, optar por la nacionalidad española de acuerdo con el artículo 20.1 a) del Cc, en cuyo caso, la nacionalidad española que adquiere no es originaria.⁶

⁵ *Idem.*

⁶ No es posible utilizar el mismo apartado, no hay excepción a esta regla. Lo que acontece es que en el caso de menores no emancipados es que se les permite que, si el padre o la madre adquirió la nacionalidad de origen por la DA 7, pueden estos hijos adquirir la nacionalidad española con base al artículo 20.1 Cc, el cual permite adquirir la nacionalidad española por estar sometidos a la patria potestad de un español. Así, al aplicarse a los hijos este artículo del Cc es por lo que: 1. la nacionalidad que adquieren estos hijos menores no es de origen —así se estipula en este artículo, nacionalidad no originaria—; y 2. al exigir este artículo que estén bajo la patria potestad de un español, sólo puede ser aplicado al caso de los hijos menores no emancipados —si es mayor de edad cuando el padre/madre adquiere la nacionalidad espa-

Por otra parte, también es destacable que no es necesario recuperar la nacionalidad de origen del padre para optar el hijo; es decir, para ejercitar la opción dispuesta en la DA 7, apartado 1, no es necesario que el padre o madre recupere la nacionalidad. No olvidemos que la DA 7, apartado 1, dice: “padre o madre *hubiere sido* originariamente español” y no dice “padre o madre *sea* originariamente español”.

Caso: Abuelo llega a México en 1939. Madre nace en México en 1940. Abuelo pierde nacionalidad en 1945 y se naturaliza mexicano. ¿En qué apartado pudiera estar contemplada la opción de nacionalidad?

Respuesta: La madre nació como española de origen, por tanto puede optar por el apartado primero de la DA 7, y *no* es preciso que recupere antes la nacionalidad española, la madre, para acceder a este derecho el hijo

Otra cuestión que resalta de la Instrucción de la DGRN es que es necesario promover la inscripción de nacimiento del padre o madre español de origen.

Pregunta: ¿Cómo se promueve la inscripción de nacimiento fuera del plazo (del padre o madre fallecida)?

Respuesta: Se trata de un procedimiento específico reflejado en los artículos 311 y siguientes del Reglamento del Registro Civil. Se puede realizar ante el cónsul de España. En la instrucción de la DGRN de 2008 se facilita un teléfono del Ministerio español para solicitar información al respecto.

Pregunta: ¿cuál sería el procedimiento para el apartado 1 de la DA 7, y cómo se registra al padre que nació, antes de perder nacionalidad el abuelo?

Respuesta: Procedimiento. En la instrucción de la DGRN de 2008, fracción o apartado V “Reglas de procedimiento”, se encuentran detallados los documentos a presentar y los pasos que tiene que seguir como, por ejemplo: certificación literal de nacimiento del solicitante expedida por el Registro Civil local en que conste inscrita. Tratándose de un registro extranjero, a salvo lo dispuesto en los tratados internacionales, la certificación deberá estar legalizada o apostillada en los términos previstos en los artículos 88 y 89, RRC, etcétera.

ñola por la DA 7, no puede adquirir la nacionalidad española este hijo, ya que no le resulta aplicable el artículo 20.1 Cc—.

La instrucción se encuentra en la página del Ministerio de Asuntos Exteriores, *www.maec.es*, y se publicó en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 285, del 26 de noviembre de 2008.

Caso: Abuelos maternos asturianos residentes en México, y regresaron a España, a raíz de la Revolución mexicana, acompañados de los hijos nacidos en México. A finales de 1935 viajaron a México, y ya no pudieron regresar a España ¿hijos y nietos pueden optar por la nacionalidad española?

Respuesta: La madre es española de origen, pues nació de padres españoles, por lo tanto, aunque luego perdiera la nacionalidad española o no, lo cierto es que la nieta es hija de española, por tanto está en el caso del apartado 1 de la DA 7.

Los nietos, si son menores de edad, podrán optar por la nacionalidad española no de origen (según lo que establece el artículo 20.1. del Código Civil). Si son mayores de edad, la única salida es la residencia legal en España durante un año.

Caso: Abuelo, hijo de padres españoles. Nació en 1915 en México. Tuvo que renunciar a la nacionalidad española cuando se casó: ¿cuál sería su situación?

Respuesta: El hijo/a del abuelo, es hijo/a de español de origen, y puede ahora pedir la nacionalidad española por la opción, de acuerdo con el apartado 1 de la DA 7, al ser hijo/a, insisto, de español de origen.

El nieto o nieta no está incluido en ninguno de los supuestos de la DA 7.

Definitivamente, el alcance de la DA 7, apartado 2, es mucho más limitado que el contemplado en el apartado 1. De esta manera, al continuar con el análisis del apartado 2, de la DA 7, vemos que expresa: “atribuye el derecho de opción a la nacionalidad española a los nietos de los que hubieran perdido o tenido que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio”.

Tenemos, entonces, dos presupuestos:

Han de ser nietos de nacionales españoles, pero no se exige la nacionalidad de origen.

Condición de exiliado.

La DGRN presupone la condición de exiliado al abuelo/a español que salieran entre el 18 de julio de 1936 al 31 de diciembre de 1955,

con lo cual no sólo incluye a los exiliados políticos, sino a los españoles que salieron de España por cualquier motivo, ya sea político, económico, etcétera.

Por otra parte, hay que subrayar que si la salida tuvo lugar fuera del periodo comprendido en las fechas citadas, el abuelo/a puede seguir siendo considerado exiliado, pero no le alcanza la presunción establecida en la Instrucción de la DGRN, y por tanto, el nieto ha de proceder a la prueba de la misma.

Pregunta: ¿Qué ocurre en aquellos casos en donde se carece de los documentos que prueben que el abuelo fue exiliado?, ¿dónde podemos acudir para obtenerlos?

Respuesta: Consúltese la página web: www.exiliados.org, en donde se especifica, para el caso de México, a dónde hay que dirigirse.

Pregunta: Para probar la condición de nieto de exiliado, ¿sirve la fecha de llegada a México del abuelo, en vez de la fecha de salida —fecha asentada en la carta de naturalización—?

Respuesta: La Instrucción de la DRGN de 2008 señala que se presume la condición de exiliados a los que salieron de España entre el 18 de julio de 1936 y el 31 de diciembre de 1955, por tanto, si se pretende estar dentro de los que se presumen exiliados, lo que hay que probar es la fecha de salida. Ahora bien, si no puede probarla, la consecuencia es que en este caso no se presume en el abuelo la condición de exiliado, y por ello tendría que probarla a través de los documentos que establece la misma Instrucción de la DGRN.

Si tuviéramos que realizar, en este momento, un balance acerca de la situación de los nietos de exiliados, encuadrados dentro del apartado 1 y 2 de la DA 7, veríamos rápidamente que los nietos más favorecidos son aquellos cuyo padre o madre hubiera nacido antes de que el abuelo hubiera perdido la nacionalidad española, al quedar incluidos en el apartado 1 de la DA 7, con la consiguiente opción de la nacionalidad española de origen; así lo vimos con el ejemplo expuesto de Sánchez Jiménez.

Los nietos de español/a incluidos en el apartado 2 de la DA 7 no impiden la posibilidad de que su progenitor/a, a la vez, quede incluido en el apartado 1 de la DA 7 como beneficiario del derecho de opción; es decir, al mismo tiempo dos generaciones, hijos y nietos,

pueden optar por la nacionalidad española, aunque los trámites son independientes.

Hacemos la apreciación, para darle claridad a la DA 7, que siempre que se adquiera la nacionalidad española por cualquiera de los dos apartados de la DA 7, la nacionalidad es de origen, al contrario de lo que ocurre cuando la opción se basa en el artículo 20.1, a), Cc.

Pregunta: Mi mamá, hija de españoles de origen, solicitó la nacionalidad española antes de que se publicara la Ley 52/2007, concretamente la solicitó el 11 de marzo de 2004 con fundamento en el artículo 20.1, b), Cc.

Yo la acabo de solicitar, y me la conceden de acuerdo a la DA 7, apartado 2, y dice "su declaración ha producido el efecto de adquisición de la nacionalidad de origen, ¿es correcto?"

Respuesta: La mamá podría, en este momento, optar a la nacionalidad española de origen de acuerdo con el multicitado apartado III de la Instrucción de 4 de noviembre de 2008 de la DGRN.

Si la hija reúne las circunstancias contempladas en el apartado 2 de la DA 7 (nieta de exiliado, etcétera) tendrá la nacionalidad de origen (por los dos apartados de la DA 7 se adquiere la nacionalidad de origen), y por lo tanto, la declaración es correcta.

Pregunta: ¿El trámite es por separado si son varios los hijos o nietos que tienen el derecho de opción a la nacionalidad española?

Respuesta: El trámite es por separado. Cada persona tiene derecho a optar, y éste derecho es personal e individual, máxime si atendemos que cada hijo o nieto puede estar en una situación totalmente diferente si contemplamos, por ejemplo, que la pérdida de la nacionalidad del abuelo fue con anterioridad o posterioridad al nacimiento del hijo.

Si seguimos con el supuesto de los nietos, debemos comentar que aquel nieto que adquirió la nacionalidad no originaria con base en el artículo 20.1, a), Cc, es decir, aquel nieto que se encuentre o haya estado sujeto a la patria potestad de un español, de su abuelo, no podrán ahora quedar incluidos en la DA 7 al ser nacionales españoles, aunque no lo sean de origen, y la razón es porque la Instrucción de la DGRN no ha recogido para ellos un supuesto especial (fracción III) que dé lugar a un procedimiento simplificado, en el mismo sentido del previsto para los hijos de progenitor español de origen y naci-

do en España que hubieran ejercitado el derecho de opción, a tenor del artículo 20.1, b), Cc. No olvidemos que a éstos últimos sí se les permite acogerse al apartado 1 de la DA 7 para obtener la nacionalidad de origen.

C. Directriz sexta de la instrucción de la Dirección General del Registro y Notariado (DGRN)

Creímos conveniente incluir un tercer apartado al rubro correspondiente a los beneficiarios, porque a través de la Instrucción de la DGRN destaca una directriz sexta que a la letra expresa:

los hijos menores de edad no emancipados de las personas que opten a la nacionalidad española de origen en virtud de cualquiera de los dos apartados de la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, podrán optar, a su vez, por la nacionalidad española *no de origen*, conforme al artículo 20.1 a) del Código civil. Por el contrario, los hijos mayores de edad de aquellas personas no pueden ejercer esta opción, por no haber estado sujetos a la patria potestad de un español, ni tampoco pueden ejercer el apartado 1 de la citada disposición adicional [las cursivas son mías].

Del texto de la directriz sexta de la Instrucción de la DGRN se desprende un objetivo claro que es evitar la cadena sucesiva de generaciones, y así, la siguiente generación a la cual se benefició con el derecho de opción, sus hijos, no queden incluidos en la DA 7, ni en su apartado 1 ni en su apartado 2.

Pregunta: Adquirí la nacionalidad de origen porque me encuentro en el supuesto concebido para nietos, DA 7, apartado 2, pero ¿cuál sería la situación de mis hijos menores de edad?

Respuesta: Podrá solicitar la nacionalidad no de origen para ellos, pero éstos, a su vez, no podrán transmitirla a sus hijos.

La diferencia principal o la consecuencia que deviene en la adquisición de la nacionalidad de origen y no de origen es la posibilidad de la consagración de la doble nacionalidad (mexicana y española) para los españoles de origen y las prebendas que se derivan de la misma.

3. *Condiciones a las que queda sometido el derecho de opción a la nacionalidad española*

Una vez que tenemos analizado quiénes se pueden beneficiar del derecho de opción a la nacionalidad española, vía DA 7 de la ley 52/2007, lo que corresponde ver es cómo se culmina la implementación del mismo, es decir cuáles son las condiciones a las que se debe someter el beneficiario.

La Instrucción de la DGRN remite a las condiciones establecidas en el artículo 20.2 y 23, Cc, salvo en el requisito de la renuncia a la nacionalidad anterior; es decir, el ejercicio del derecho de opción a la nacionalidad española por la vía de los supuestos previstos en la DA 7 no exige la renuncia de una nacionalidad anterior como requisito para adquirir la española; queda abierta así la posibilidad de la doble, triple o múltiple nacionalidad.

Las condiciones citadas quedan estipuladas, como decimos, en los artículos 20.2 y 23, Cc, y son las siguientes:

- a) Persona que puede realizar o formular la opción (artículo 20.2, Cc).
- b) Juramento o promesa de fidelidad al rey, y obediencia a la Constitución y las leyes.
- c) Elección de una vecindad civil concreta.

La primera condición se refiere a que la solicitud la tiene que realizar el propio interesado, por sí solo, a partir de los 18 años de edad o de su emancipación. Si el interesado es menor de 14 años o incapacitado, la declaración o solicitud tiene que ser realizada por su representante legal (y éste lo será, según lo que establezca la ley personal del menor; si son varios los representantes, se formulará la declaración de opción en conjunto). Además, la opción requiere la previa autorización del encargado del Registro Civil (juez o cónsul) del domicilio del declarante.

La segunda condición, juramento de fidelidad al rey, y obediencia a la Constitución y las leyes,⁷ necesita de la plena capacidad de quien

⁷ Por lo que respecta a esta última cuestión relacionada con el juramento de fidelidad al rey, como requisito para la adquisición de la nacionalidad española, la Asociación de Descendientes del Exilio Español presentó queja al defensor del pueblo español para que, a través de dicha institución, se estudie la viabilidad de suprimir el

realice el juramento y obediencia. La Instrucción de la DGRN estipula la exigencia, cuando el optante fuese mayor de 14 años y capaz para prestar una declaración por sí mismo, y no cuando la opción hubiese sido formulada por sus representantes legales, en cuyo caso se dispensa de la misma.

Por último, en cuanto al tercer condicionamiento, la elección de una vecindad civil se invoca el artículo 15, Cc, el cual vincula la adquisición de la nacionalidad española con la determinación de una vecindad civil, la cual no es arbitraria, sino que está en función de la causa por la que el extranjero adquiere la nacionalidad española.

Las opciones más evidentes para elegir la vecindad civil, a tenor de la DA 7 y sus dos apartados, serán:

a) La última vecindad civil que hubiera tenido el padre o la madre en España (progenitor, español de origen).

b) Si el que adquiere la nacionalidad española tiene intención de residir en España, puede elegir la vecindad civil del lugar concreto donde va a ubicar su residencia habitual.

Ni qué decir tiene, que la elección de la vecindad civil requiere de la plena capacidad del sujeto. Una vez más, a través de la Instrucción de la DGRN se declara que ésta la puede elegir el propio interesado, siempre y cuando éste sea mayor de 18 años y tenga plena capacidad, y en el caso de un mayor de 14 años, éste debe ser asistido por

trámite de jurar fidelidad al rey y se modifique la Instrucción de la DGRN exponiendo, la Asociación, que ello supone “la vulneración del principio de igualdad y de libertad ideológica, además de un agravio comparativo con los españoles de origen que no han tenido que realizar este trámite”. La contestación a dicha queja termina exponiendo, después de incoar los artículos de la Constitución Española que vienen al caso, jerarquía y recursos, que “En aras del respeto de los derechos individuales de cada ciudadano y, en particular del derecho a libertad ideológica que reconoce nuestra Constitución (artículo 16), se ha admitido, como refiere en su queja, la posibilidad del establecimiento de reservas como la utilización de la fórmula ‘por imperativo legal’ en el momento en el que se exige el juramento o promesa. En el caso que somete a nuestra consideración, una reserva como la mencionada o la que el afectado estime más oportuna, deberá realizarse de forma individual y personalizada, en el momento de aplicación de la Instrucción anteriormente citada, sin que se pueda establecer como un criterio de aplicación general”, culmina expresando que hasta este momento no hay constancia en dicha institución, defensor del pueblo, de algún acto aplicativo de dicha Instrucción que pudiese haber lesionado los derechos fundamentales de algún ciudadano, es decir, no hay constancia de una vulneración concreta y efectiva de los mismos que legitime la intervención del defensor del pueblo. www.exiliados.org.

su representante legal o el representante legal del menor de 14 años o incapacitado. En este último supuesto, igualmente, el propio juez o cónsul que autoriza la opción de la nacionalidad española, debe establecer la vecindad civil por la que se tiene que optar.

III. CONCLUSIONES

Como adelantábamos desde el inicio de este trabajo, teórico y práctico, en el análisis de la proyección que da cobertura al derecho de opción a la nacionalidad española de origen, a tenor de la DA 7 de la Ley 52/2007, sólo nos hemos limitado a tratar de vislumbrar o determinar el derecho de opción de la nacionalidad española, los beneficiarios, así como las condiciones que se deben seguir una vez autorizada la misma. La última cuestión señalada, es decir, el procedimiento para ejercitar la opción por la nacionalidad española, la derivamos al multitudinario y espléndido artículo de la profesora Sánchez Jiménez; no obstante, el lector interesado en primera instancia por el tema, el lector que busca dar respuesta a la posibilidad personal de la adquisición de la nacionalidad española dispone, a través de Internet, de una página actualizada y completa que contiene información desde cómo iniciar el procedimiento (solicitud) hasta la relación de documentos, su legalización, apostilla, etcétera; nos referimos a <http://www.maec.es/es/MenuPpal/Consulares/SolicitudNacionalidad/Paginas/SolicitudNacionalidad.aspx>.

Por otra parte, hay que redundar que de la simple lectura de la DA 7, en apariencia inocua, se desprenden multitud de dudas que encajan en un número importante de supuestos distintos. Definitivamente, la disposición adicional séptima no se caracteriza por una redacción clara. Fueron muchas las dudas que se plantearon desde el momento mismo de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, lo cual condujo a la implementación de una Instrucción de la Dirección General del Registro y Notariado español, la Instrucción del 4 de noviembre de 2008, Instrucción que vio la luz prácticamente unos días antes de que entrara en vigor la Ley 52/2007, para dar claridad y salvedades a dicha DA 7.

De hecho, la disposición final segunda, que se refiere a la entrada en vigor de esta Ley de Memoria Histórica, estableció que la ley en-

trará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, con excepción de la disposición adicional séptima (la referida a la adquisición de la nacionalidad española) que lo hará al año de su publicación. De esta manera, la Ley establece una moratoria de un año para poder solicitar la nacionalidad, es decir, a partir del 27 de diciembre de 2008. Hasta esa fecha, no se pudieron iniciar los trámites, concibiendo para ello un plazo de dos años, prorrogable por un año más, previo acuerdo del Consejo de Ministros.

La moratoria de un año se entendía, y se entiende, como la puesta a punto de los consulados y embajadas para poder afrontar una avalancha de solicitudes de la nacionalidad española. Tan sólo en México tenemos el caso de los “Niños de Morelia”, 456 menores acogidos en México por órdenes del presidente Lázaro Cárdenas en junio de 1937, además de los cientos de refugiados que también fueron recibidos por Cárdenas en México, sin olvidar aquellos hijos de españoles, sin ser exiliados *stricto sensu*, que aún no han conseguido su nacionalidad española, después de la consagración de la doble nacionalidad a través de la Ley de Nacionalidad Mexicana de 1998, y que en su momento no recuperaron o adquirieron, y a los que ahora se les vuelve a abrir esta posibilidad.

Pregunta: ¿Es posible realizar el trámite o presentar la solicitud para optar a la nacionalidad española, regulado en la Ley 52/2007, en otro país, por ejemplo, en España?

Respuesta: En España es perfectamente posible presentar la solicitud.

Pregunta: ¿Cuánto tiempo puede durar el trámite?

Respuesta: El trámite debe durar, aproximadamente, y en concreto así se da en el consulado de España en México, entre dos y tres meses, en condiciones normales; ahora bien, en las circunstancias actuales de la multitud de solicitudes, quizás se demore más.

Otra cuestión importante que se plantea la población que quiere optar a la nacionalidad española de origen, y que acude a esta Ley 52/2007, y que concluye que no se encuentra dentro de ninguno de los dos apartados enunciados, es la posibilidad de obtener la nacionalidad española atendiendo lo rubricado en la Instrucción de la DGRN (DGI/SGRJ/10/2008), del 3 de diciembre de 2008, sobre las Autorizaciones de Residencia Temporal por Circunstancias Excepcio-

nales, cuando se Trate de Hijos de Padre o Madre que Hubieran sido Originariamente Españoles. Así, de conformidad con los artículos 31.1, 3 y 4 de la Ley Orgánica 4/2000 y artículo 45.2.c) de su Reglamento, se podrá conceder una autorización de residencia temporal, por circunstancias excepcionales, al extranjero que acredite ser hijo de padre o madre que hubieran sido españoles de origen, siempre y cuando reúnan una serie de requisitos, entre los que se encuentran: carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o de anterior residencia por delitos existentes en el ordenamiento español, para el supuesto de solicitantes mayores de edad penal, y no tener prohibida la entrada en España, y no figurar como rechazable en el espacio territorial de los Estados miembros del Espacio Schengen.