

HEINONLINE

Citation: 3 Anuario Espanol Derecho Int'l Priv. 969 2003



Content downloaded/printed from [HeinOnline](#)

Wed Apr 19 17:26:10 2017

- Your use of this HeinOnline PDF indicates your acceptance of HeinOnline's Terms and Conditions of the license agreement available at <http://heinonline.org/HOL/License>
- The search text of this PDF is generated from uncorrected OCR text.
- To obtain permission to use this article beyond the scope of your HeinOnline license, please use:

[Copyright Information](#)

como ciudadano español, de lo que se deriva que no ha existido vulneración del art. 1 RD 1784/1980, por lo que el motivo de casación debe ser desestimado.

POR FIN SE DECLARA LA INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA DEL ART. 17.2º CC EN SU REDACCIÓN ANTERIOR A LA L 51/1982

2003/171.- Audiencia Provincial de Madrid, Sección Novena, Sentencia de 14 de setiembre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Angel Moreno García. AC 2001\2222.

Adquisición española por nacimiento.- Hijo de madre española y padre extranjero que sigue la nacionalidad del padre nacido con anterioridad a la reforma del art. 17 Cc realizada por L 13 de julio de 1982 pero con posterioridad a la Constitución.- Inconstitucionalidad sobrevenida por ser contrario al principio de igualdad el art. 17 Cc según redacción de la L 15 de julio de 1954: trato discriminatorio respecto de los hijos nacidos de padre español y madre extranjera: carencia de justificación objetiva y razonable: pérdida de vigencia.

Normas aplicadas: Art. 14 CE; art. 17.2º Cc según redacción de la L 15 de julio de 1954.

[...]

La primera de las cuestiones que se plantean en la demanda y por lo tanto en el recurso de apelación, es si los órganos judiciales integrantes de la Jurisdicción Ordinaria pueden dejar de aplicar una norma de rango legal anterior a la Constitución por ser contraria a los principios y derechos fundamentales recogidos en ella, en base a la eficacia derogatoria que debe atribuirse a la misma a tenor de la Disp. Derog. 3ª.

Esta cuestión ha venido ser planteada y resuelta entre otras en la STC Pleno, 2 de febrero de 1981, nº 4/1981, al señalar «La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una Ley superior –criterio jerárquico– y posterior –criterio temporal–. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar –de una parte– a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución, y –de otra– a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación».

Esta pérdida de vigencia se encuentra expresamente preceptuada por la Disp. Derog. de dicha norma fundamental, que dice en su nº 3: «Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución».

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

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

Sin perjuicio de la afirmación anterior, conviene poner de manifiesto la especial dificultad que presenta esta valoración en el caso de un recurso de inconstitucionalidad abstracto –es decir, sin conexión con un supuesto concreto– en el que se trata de enjuiciar la conformidad de una regulación específica con un principio general cuyo alcance indubitado es difícil de precisar con exactitud, dado que –en definitiva– la autonomía es un concepto jurídico indeterminado que ofrece un margen de apreciación muy amplio.

De aquí que, dadas las especiales características que presenta el recurso, sea necesario apurar las posibilidades de interpretación de los preceptos impugnados conforme a la Constitución y declarar tan sólo la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente derogación de aquellos cuya incompatibilidad con la misma resulte indudable por ser imposible el llevar a cabo tal interpretación.

El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad –es decir, el que actúe previamente un Juez o Tribunal al que se le suscite la duda– no es un requisito para que el TC pueda enjuiciar las leyes preconstitucionales. El enjuiciamiento de la conformidad de las Leyes con la Constitución es, por el contrario, una competencia propia del mismo que, sólo excepcionalmente, en cuanto a las anteriores a la Constitución,

corresponde también a los Jueces y Tribunales integrados en el Poder Judicial; los cuales, al inaplicar tales leyes, no enjuician realmente la actuación del legislador —al que no le era exigible en aquel momento que se ajustase a una Constitución entonces inexistente—, sino que aplican la Constitución, que ha derogado las leyes anteriores que se opongan a lo establecido en la misma y que —por ello— son inconstitucionales. En definitiva, no corresponde al Poder Judicial el enjuiciar al Poder legislativo en el ejercicio de su función peculiar, pues tal enjuiciamiento está atribuido al TC.

En este mismo sentido se manifiesta la S TC Pleno, S 2 de febrero de 1981, n° 4/1981. El primero de los temas ha sido decidido por este TC en la S 2 febrero actual, en la que dijimos que «asi como frente a las leyes posconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación con las preconstitucionales, los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al TC por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad». El criterio de la ex posterior evitará planteamientos de cuestiones que puedan resolverse por la vía de la derogación afirmada en sede jurisdiccional, dejando la intervención del TC para aquellos supuestos en que la persistencia de interpretaciones contrarias a la Constitución o la dispersión de criterios reclamen una solución de alcance general, con los efectos que disponen los arts. 38.1°, 39.1° y 40.2° LOTC. Y la S TC de fecha 18 de febrero de 1983 n° 8/1983.

Como segunda cuestión a resolver es determinar si la redacción del art. 17.2° dado por L 15 de julio de 1954 y vigente al momento de nacer el actor, que priva de la nacionalidad española de origen a los hijos de madre española, y de padre extranjero a los cuales se les atribuye por la ley personal del padre la nacionalidad de éste, constituye o no una discriminación por razón de nacimiento contraria al art. 14 CE.

Como señala la S TC, 2ª, 20 de diciembre de 1982, n° 80/1982 la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su art. 9.1° donde se dice que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución», sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente de indicativo, esto es, desde su entrada en vigor, que tuvo lugar, según la disposición final, el mismo día de su publicación en el BOE. Decisiones reiteradas de este Tribunal en cuanto intérprete supremo CE (art. 1 LOTC) han declarado ese indubitable valor CE como norma. Pero si es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los arts. 39 a 52 en los términos del art. 53.3° CE, no puede haber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los arts. 14 a 38, componentes del capítulo segundo del título primero, pues el párrafo 1° art. 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo «vinculan a todos los poderes públicos». Que el ejercicio de tales derechos haya de regularse sólo por Ley y la necesidad de que ésta respete su contenido esencial, implican que esos derechos ya existen, con carácter vinculante para todos los poderes públicos entre los cuales se insertan obviamente «los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial» (art. 117 CE), desde el momento mismo de la entrada en vigor del texto constitucional. Uno de tales derechos es el de igualdad ante la Ley que tienen todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna entre ellos por razón de nacimiento (art. 14 CE).

Así, pues, como consecuencia de estos erróneos razonamientos las dos sentencias impugnadas han aplicado, después de entrar en vigor la Constitución, el art. 137 Cc en su redacción anterior, y como éste contenía un criterio discriminatorio por razón de nacimiento contrario a la igualdad en punto al régimen de las acciones de filiación, entre las pertenecientes a los hijos que pretendieran el reconocimiento de la filiación matrimonial o el de la extramatrimonial, tanto la sentencia de apelación como la de casación contienen fallos contrarios al derecho de igualdad que perpetúan en el presente posconstitucional un trato discriminatorio nacido al amparo de la legislación preconstitucional, por todo lo cual deben ser anuladas por este Tribunal. Ahora bien no todo trato discriminatorio como señala la S TC de fecha 4 de mayo de 1983 implica vulneración del derecho a la igualdad recogido en el art. 14 CE, dado que para que exista violación de este precepto, es necesario que el tratamiento desigual esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable, el propio TC en sentencia de fecha 21 de marzo de 1986, n° 38/1986 ha puesto de relieve que en los supuestos en que se alegue una discriminación, este Tribunal ha mantenido que la dificultad probatoria que esa conducta siempre comporta impone en ocasiones la necesidad de aliviar su prueba, si es preciso, mediante la inversión de las reglas que regulan su carga (S TC 38/1981, de 23 noviembre, F. 3°), porque así lo impone «un principio de justicia, que opera en el tratamiento de las reglas de la prueba», que puede ser deducido en otros supuestos distintos de aquellos que originaron la citada resolución, puesto

que sin él, en ocasiones, probar una discriminación real y existente puede originar dificultades casi insalvables que el Juez no puede permitir que contribuyan a perpetuar una situación contraria a la Constitución Española.

En el presente caso es evidente que la redacción del art. 17.2º Cc vigente en 1980, según redacción dada al mismo supone una discriminación de los hijos nacidos de madre española, frente a los hijos de padre español y de madre extranjera, dado que a estos últimos el citado precepto les reconoce la nacionalidad de origen española aunque la ley personal del padre también les reconozca su nacionalidad, por el contrario al hijo de madre española casada con un extranjero sólo se les reconoce la nacionalidad española en el supuesto que la Ley Personal del padre no les atribuya su nacionalidad. De lo expuesto se pone de relieve la existencia de un trato discriminatorio en función de las circunstancias y nacionalidad de los padres en el momento del nacimiento, dándose un trato distinto, promulgándose afín de superar y eliminar esa trato discriminatorio la L 51/1982 de 13 de julio, que da una nueva redacción al art. 17 Cc, reconociendo el carácter de españoles de origen a los hijos de padre o madre españoles, sin que se mantenga ya la diferencia en función de si el hijo es de padre español y de madre extranjera o viceversa. Una vez que se constata la existencia de este trato discriminatorio ha de examinarse si el mismo y con arreglo a la jurisprudencia constitucional citada carece o no de justificación objetiva y razonable, a este respecto si bien dicho trato discriminatorio como se alegó en su momento por el Ministerio Fiscal tenía como finalidad evitar supuestos de doble nacionalidad, no puede entenderse que tenga una base objetiva y razonable, en cuanto si bien se evitan supuestos de doble nacionalidad de los hijos de española casada con extranjero, no ocurre lo mismo cuando se trate de hijos de español casado con una extranjera, por lo que tal trato discriminatorio no se justifica en base a ningún criterio objetivo de diferenciación.

Como señala la SS TC, 1ª, 28 de octubre de 1998, nº 1026/1998. En el caso al omitirse la aplicación del art. 18 Cc, se ha incurrido en desigualdad discriminatoria, puesto que el supuesto fáctico ampara la situación del actor. Con razón la doctrina civilística especializada, en materia de nacionalidad al estudiar los posibles casos de discriminación, establece que «la persona que teniendo derecho a la nacionalidad española no es considerada como española sufre, en relación con los demás españoles, una injustificada discriminación no en uno, sino en un bloque de derechos en que se concretan las diferencias típicas del Derecho de extranjería. Puede, por tanto, recabar el amparo constitucional porque el derecho a la igualdad, reconocido en el art. 14 CE, está específicamente incluido entre los que gozan de esa especial protección [cf. arts. 53 y 161, 1 b), CE y 41 LOTC], y desde que se niega el derecho a la igualdad, hay recurso para restablecer o promover este derecho».

Queda por examinar si dicha discriminación debe entenderse superada y por lo tanto carente de objeto este litigio en cuanto la L 29/1995, de 2 de noviembre de 1995, en su Disp. trans. 1ª establece la posibilidad de que las personas cuyo padre o madre hubieran sido originariamente españoles y nacido en España puedan optar por la nacionalidad española si formaliza su declaración antes del 7 de enero de 1997, con relación a esta previsión normativa y que a juicio del Ministerio Fiscal y la sentencia apelada hace desaparecer dicha discriminación, ha de destacarse que si bien pueden tener y desplegar todos sus efectos con relación a las personas que se hallen en esa situación y nacidos con anterioridad a la entrada en vigor CE, con relación al apelante que nació el día 23 de junio de 1980, después de la entrada en vigor CE, no excluye el trato discriminatorio que prohíbe el art. 14 por razón de nacimiento, en cuanto es indudable que sigue suponiendo un trato discriminatorio, dado que por tal disposición no se deduce que se adquiera la nacionalidad de origen, debiendo optar a ella y por lo tanto cumplir los requisitos que establece el art. 26 Cc, por lo que indudablemente con relación al ahora apelante sigue existiendo un trato discriminatorio con relación a los nacidos de padre español y de madre extranjera durante la vigencia del art. 17.2º Cc desde la entrada en vigor CE hasta su modificación por la Ley de 13 de julio de 1982, por lo que en virtud de la aplicación directa de los derechos y libertades recogidos en la sección segunda capítulo primero del Título I CE, y en especial el art. 14 de la misma que prohíbe toda discriminación por razón de nacimiento, ha de entenderse que con relación al caso examinado el citado precepto art. 17.2º Cc por vulnerar el derecho fundamental a la igualdad debe entenderse derogado como consecuencia de la eficacia normativa directa CE, y en consecuencia reconocer al apelante su condición de español de origen, por haberse vulnerado en las resoluciones del Registro Civil Central el derecho constitucional a la igualdad.

Observaciones: 1. La lectura de las consideraciones jurídicas vertidas por la AP de Madrid en la presente decisión no sorprenderá a las nuevas generaciones de juristas que ya han celebrado los veinticinco años de vigencia de nuestro texto constitucional. Sólo si se retrotraen a cierta literatura jurídica española sobre

nacionalidad producida a mediados de los años ochenta, que giró en torno a la reforma del Cc operada por la L 51/82 en materia de nacionalidad y, sobre todo, a la singular doctrina de la DGRN emanada en aquél contexto (*Vid.* J.C. Fernández Rozas, "Anotaciones a la Instrucción de 16 de mayo de 1983, de la DGRN, sobre nacionalidad española", *ADC*, t. XXXVI, 1983, pp. 1299-1319) podrán comprobar el significado de la decisión pronunciada. Tal literatura jurídica y la doctrina registral mantenían una posición basada en dos pilares fundamentales: el principio de la unidad jurídica de la familia y la concepción civilística de la irretroactividad de la ley, justificada en que la regulación de la nacionalidad descansa en España en el Código civil (prácticamente el único país del mundo que conserva esta reliquia de técnica normativa). La consecuencia es que el texto introducido en 1982 en el art. 17 Cc, que estableció de una vez por todas el principio de igualdad entre los padres a la hora de transmitir la nacionalidad española a los hijos, sólo se aplicaba a los nacidos con posterioridad a la entrada en vigor de la ley. De esta suerte el principio savignyano garantista de la seguridad jurídica, al margen de cualquier consideración de justicia, recogido en el art. 2.3º Cc y de aplicación adecuada para las transacciones patrimoniales (*cf.* art. 17 CR), se aplicó inexorablemente a lo largo casi veinte años a un supuesto de derechos fundamentales que había sido ignorado en la legislación anterior. A título de curiosidad, y dentro de la controvertida noción de "memoria histórica", es aconsejable para las nuevas generaciones de juristas una lectura retrospectiva de la literatura de los años ochenta en la seguridad de que se encontrarán con grandes sorpresas, en un contexto caracterizado por una sutil *lautitia iuris* (*vid.* L. Díez-Picazo, "El principio de la unidad jurídica de la familia y la nacionalidad", *ADC*, t. XXXVI, 1983, pp. 691-701; J. Díez del Corral, "Principios de la reforma en materia de nacionalidad", *RDP*, 1983, pp. 791-819). El resultado de tan depurada construcción jurídica podía dar lugar, como así fue en muchos casos, a resultados subrealistas. Si, por ejemplo, una española casada con un francés tenía un hijo unas horas antes de la entrada en vigor de la Ley 51/81 dicho hijo no sería español, pero sí lo sería el nacido unas horas después de tal evento. La interpretación "oficial" acerca de la aplicación temporal del nuevo art. 17 Cc daba lugar a situaciones como estas, regodeándose el intérprete con la referencia a la "posibilidad de optar" del menos favorecido de los menores de nuestro ejemplo. La solución era claramente inaceptable. De ahí el mérito de la decisión que se reproduce.

El fallo, a partir de una correcta interpretación de la "inconstitucionalidad sobrevenida", apreciada casi veinte años después, por un tribunal perteneciente a la justicia ordinaria, aconseja desempolvar antiguos materiales de la doctrina y de la práctica, casi olvidados, y volver sobre la cuestión resuelta por la AP de Madrid.

2. Si se examinan de forma aislada las distintas instituciones del Derecho español de la nacionalidad a través de las numerosas modificaciones que este ha experimentado nos encontraremos con un sorprendente número de supuestos susceptibles de generar problemas de Derecho intertemporal (con referencia a los suscitados por la L 18/1990, de 17 de diciembre *Vid.* la interesante monografía de J. Gil González, *La nacionalidad española y los cambios legislativos*, Madrid, Colex, 1993). Los casos en los cuales se han suscitado problemas de este tipo pueden clasificarse, al margen de los producidos por la sucesión de Estados de la última descolonización, en dos grandes apartados. De un lado, el conflicto transitorio que se genera dentro de una misma institución, afectando la sucesión de las normas a distintos aspectos, señaladamente al ámbito de los beneficiarios, al procedimiento para poner en marcha el mecanismo legal, o al momento de realizar las correspondientes declaraciones de voluntad. De otro lado, el conflicto transitorio que se genera cuando la referida sucesión normativa trae como consecuencia la supresión de una institución en vigor o su modificación, involucrando en ambos casos situaciones de *facta pendencia*. El caso abordado por la AP de Madrid se incluye en el apartado primero e incide directamente en el ámbito de los beneficiarios.

La práctica española registra diversos precedentes como consecuencia de las reiteradas reformas del Cc en la materia, que pueden ser de utilidad para el supuesto que ahora nos ocupa: hijos de madre española y padre extranjero nacidos con anterioridad a la L 51/82.

A) Soluciones contrarias a la retroactividad: Así en orden a la atribución de la nacionalidad ésta se extendió a partir de la reforma operada por la Ley de 1954 a los hijos de padres desconocidos y a los nacidos en España de padres extranjeros domiciliados en España al tiempo del nacimiento. Dado que la referida Ley no contenía disposiciones transitorias se suscitaba para estas situaciones el interrogante de qué ocurría a los nacidos con anterioridad a la Ley y que reunían los requisitos establecidos en el nuevo art. 17 Cc: ¿se convertían automáticamente en españoles?. Tal interrogante recibió una respuesta positiva por parte de J. Pérez Raluy con base en dos razones: la conveniencia de dirimir todos los supuestos de duda a favor de la naciona-

lidad española y el respaldo de la Dip. trans. 1ª Cc (cf. *Derecho de la nacionalidad*, Madrid, Bosch, 1955, pp. 80-81). Mas lo que no dijo la Ley sería formulado meses después por el D 2 de abril de 1955, en cuyo art. 19 se estableció que el nuevo art. 17.3º sólo se aplicaría a los nacidos a partir de la Ley de 1955. Esta norma transitoria de carácter tan restrictivo, formulada *a posteriori*, recibió serias objeciones: en primer lugar que el Decreto en su totalidad había sido sustituido tres años más tarde por el D 14 de noviembre de 1958 por el que se aprobó el RRC cuya Disp. fin. 1ª derogaba a su vez la totalidad de dicha disposición; en segundo lugar, que la norma en cuestión era de dudosa legalidad, por oponerse a una norma de rango superior cual era la referida Disp. trans. 1ª Cc (cf. J. Peré Raluy, *Derecho del Registro Civil*, Madrid, Aguilar, 1962, p. 580). No deja de ser revelador la consulta realizada por el Oficial Habilitado del Juzgado Municipal de Ciudad Real realizada a la Revista *Pretor* en la que preguntaba si dos nacionales italianos nacidos en España con anterioridad a la Ley de 1954 eran españoles. En la respuesta, tras afirmarse la doctrina que hemos señalado, se aconsejó intentar una declaración de nacionalidad española por parte de los interesados a través de un juicio de mayor cuantía, declaración que “se podría simplificar mediante un expediente con valor de simple presunción”, pero que en el caso consultado no podría realizarse por constar en el Registro civil la nacionalidad italiana de los interesados. La única solución era, pues, acudir al juicio declarativo (*Pretor*, 1961, nº 4, pp. 621-622). Desdichadamente la judicial vía no se intentó asisténdose a una práctica contraria por parte del organismo directivo como evidenciaron la Res. DGRN 20 de junio de 1972 (*Anuario DGRN*, 1972, p. 462), la Res. DGRN 30 de abril de 1974 (*ibid.*, 1974, p. 398) y la Res. DGRN 20 abril de 1978 (*BIMJ*, nº 1130, 1978, p. 71), que no puede sino calificarse de incongruente, pues de haberse aplicado las normas transitorias del Cc hubiese tenido cabida la retroactividad, y, por supuesto, profundamente injustas; sobre todo en el último caso porque la solicitante, italiana *iure sanguinis*, si hubiera nacido en España un mes después hubiera obtenido la nacionalidad española.

B) Soluciones favorables a la retroactividad: La misma modificación del Cc que realizó la Ley de 1954 afectó singularmente al régimen de la nacionalidad de la mujer casada. Aunque no suprimió el principio de la unidad jurídica de la familia, el nuevo art. 23.3º Cc contempló la pérdida de la nacionalidad de la española casada con extranjero caso de adquirir la nacionalidad del marido. Una norma de tanto alcance no es extraño que también suscitase situaciones transitorias respecto a los matrimonios contraídos con anterioridad a la Ley. Aunque la famosa S TS 1 de julio de 1955 (“Borbón c. Patiño”) entendió que una española que había contraído matrimonio con extranjero con anterioridad a la ley había perdido la nacionalidad española (RGJL, JC, t. LII, 1955, nº 1), la jurisprudencia posterior se inclinó hacia la aplicación del criterio contrario (S TS 21 de mayo de 1968, RAJ 4830 y S TS 13 de febrero de 1974, CLJC, nº 66 y M. Aguilar Benitez de Lugo, “Reflexiones en torno a la S TS de 13 de febrero de 1974, *RFDUCM*, nº 44, 1972, pp. 483-512, esp. pp. 485-500). Otro paso importante, aunque no definitivo, en la consecución del principio de igualdad de sexos en materia de nacionalidad lo dio la reforma del Cc realizada por la Ley de 2 de mayo de 1975, al establecer que el matrimonio por sí sólo no modificaba la nacionalidad de los cónyuges. Es evidente que una reforma de tal magnitud iba a producir numerosos problemas de Derecho transitorio y en esta ocasión tampoco el legislador tuvo el tino de introducir una disposición transitoria *ad hoc*, pese a que el problema se suscitó en los debates en las Cortes, y resolver la cuestión con carácter general. Nuevamente esta tarea corrió a cargo del organismo directivo siempre presto a resolver las situaciones “caso por caso” y su doctrina, a partir de la Circular 22 de mayo de 1975 y de la Instrucción 11 de diciembre de 1975, fue prolífica y en gran parte contradictoria como evidenció la Res. DGRN 14 de enero de 1981 (*BIMJ*, nº 1232, 1981, pp. 58-62).

3. Volviendo al supuesto suscitado por la AP de Madrid debe retenerse que pese a la reforma del Cc de 1975 aún persistió en los preceptos relativos a la nacionalidad una actitud discriminatoria en relación a la madre española respecto a la adquisición de nuestra nacionalidad por sus hijos de padre extranjero. Se contemplaba la imposición del *ius sanguinis* del padre sobre el de la madre, lo cual era contrario al principio de igualdad proclamado por el art. 14 CE. La única solución posible para acomodar el art. 17.1º Cc al texto constitucional era volver a la primitiva fórmula del art. 17.2º Cc (redacción de 1889) que establecía que eran españoles “Los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España”. Pero hasta que la Ley 51/82 no entró en vigor, solucionando una discriminación lamentable se plantearon una serie de interrogantes: ¿los menores incluidos en la situación descrita debían reputarse españoles? ¿cuál era la nacionalidad de éstos si ya les había concluido el plazo para solicitar la opción conforme al antiguo art. 18 Cc? Para responder a estos interrogantes era evidente, como hace más de veinte años después la AP de Madrid, que debía estarse ante la aplicación directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales cuando éstos se refieren a Leyes posteriores a la Constitución (art. 11.1º), tomando como referente la S TC 2 de febrero de

1981 [“supuestos en que existe una incompatibilidad entre los preceptos impugnados y los plasmados en la Constitución, procederá declararlos inconstitucionales y derogarlos, por ser opuestos a la misma”, *BOE*, 24-II-81)]. Por consiguiente, no existía una derogación expresa del art. 17.1º y 2º Cc pero se abría la vía del art. 53.2º CE para los afectados llegándose, si era menester, al recurso de amparo ante el TC. Si este cauce se hubiera utilizado en su momento todos los problemas posteriores en la materia que nos ocupa hubieran desaparecido, pero no se registró ningún precedente.

4. Ya hemos adelantado que la redacción del art. 17.1º Cc efectuado por la Ley 51/82 extendió la nacionalidad española de origen a los nacidos tanto de padre como de madre españoles. Era una consecuencia del principio constitucional de igualdad. Pero tampoco el legislador reguló para este supuesto el problema transitorio y lo hizo de forma consciente, pues sí añadió una disposición transitoria expresa en relación con el art. 26 respecto de la recuperación de la nacionalidad española de quienes la hubiesen perdido “por razón de emigración”. Es indudable que la aplicación totalmente retroactiva del nuevo precepto podría tener unas consecuencias imprevisibles para la población española por lo que prefirió confiar en el organismo directivo la tarea de “control” de la nacionalidad española. Lamentablemente no se planteó en ese momento (valga aquí el inciso), ni en los años posteriores la posibilidad de pasar el Servicio de Nacionalidad y Registro Civil de la DGRN al Ministerio del Interior, que era y es hoy su sede natural: pero eso es otra historia. Dicho control en el caso que nos ocupa fue muy fácil. Ya había tradición y la propia “sede” de las normas favoreció el empleo riguroso del art. 2.3º Cc estimando que la novedad de la ley no podía tener carácter retroactivo y esta interpretación restrictiva, según la cual sólo eran españoles de origen los nacidos de madre española con posterioridad a la entrada en vigor de la L 51/82, fue reiterada por las Resoluciones de 13 y 17 de marzo de 1986 (*BIMJ*, supl. nº 17, 1986, pp. 56-61 y 61-66) en aplicación estricta de la doctrina sentada por la Instrucción DGRN 16 de mayo de 1983 (*Anuario DGRN*, 1983, pp. 541-548). Esta doctrina entiende que no puede admitirse la retroactividad pues no es pertinente (se insiste en la posición de 1955) la aplicación de la Disp. trans. 1ª Cc ya que la nacionalidad no es solamente un derecho, sino un estado civil y, como tal, un conjunto de derechos y deberes.

Frente a esta posición, que contradice la línea favorable a la retroactividad observada por la DGRN en otros sectores del Derecho de la nacionalidad, que hemos apuntado, podían oponerse otros criterios propios del sistema y que tuvimos ocasión de exponer en su día aunque con poco éxito (“Anotaciones...”, *loc. cit.*). Por eso no podemos por menos de celebrar el fallo que motiva la presente nota.

5. Descartada la invocación del art. 9.3º CE, la evocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de la petrificación del ordenamiento jurídico; antes al contrario, debe lograrse una adecuación de la ley al lugar y al tiempo en que se desarrolla [S TS 1088/1986, de 29 de julio (*BOE*, 13-VIII-86)]. A este respecto, la alusión al principio de igualdad contenido en el art. 14 CE parece obligada. Dicho principio quedaría vulnerado si se estima la posición adoptada por la DGRN, que los nacidos de madre española con anterioridad a la reforma de 1982 acudiesen al régimen de la opción del art. 19 Cc. Dicha interpretación implicaría que estas personas nunca lograrían obtener la nacionalidad española de origen, pese a la equiparación por razón de nacimiento dispuesta en el art. 14 CE. Además, para ser españoles no originarios tendrían que esperar al menos al cumplimiento de los catorce años (art. 19 Cc), siendo hasta entonces extranjeros y, lo que es más grave, si el hijo de española y extranjero tuviese más de veinte años ni siquiera podría contar con la vía de la opción, a no ser que el plazo computado para su ejercicio se entendiese computado desde su emancipación, posterior a los dieciocho años, prevista por su ley personal. En consecuencia la declaración de la retroactividad absoluta del art. 17.1º Cc introducido por la Ley 51/82 resultaba excesiva desde el momento en que el propio principio de igualdad debía de actuar como límite a la irretroactividad inmediata de la CE. No en vano L. Díez Picazo y A. Gullón entienden que aunque existen casos en los que la retroactividad puede conducir a consecuencias injustas, en otros la injusticia se engendraría a través de la absoluta irretroactividad. Por eso es menester, en su opinión, fijar una serie de criterios que permitan deslindar los casos. Y, en casos como el que examinamos, en los que “la norma no fuese sancionadora ni desfavorable ni restrictiva de derechos individuales, cabría deducir su retroactividad, aunque ésta no se disponga expresamente” (*cf. Sistema de Derecho civil*, vol. I, 5ª ed, Madrid, 1984, p. 119). La propia Disp. trans. 13ª Cc puede conducir a una apreciación retroactiva del precepto que nos ocupa, pese a la posición contraria de J. Díez del Corral, en línea con la mantenida por la DGRN por obvias razones, que no considera la nacionalidad como un “derecho declarado por primera vez” (Disp. trans. 1ª Cc) y estimar perjudicada la nacionali-

dad extranjera por la eventual adquisición de la española (“Principios...”, *loc. cit.*, pp. 791 ss). Negar la retroactividad supondría una lesión al principio de no discriminación de los hijos ante la ley (la posición que mantenemos ha sido respaldada por L. Santos Arnau y B. Vilá Costa, “Comentario a la Ley 51/1982, de 13 de julio de modificación de los arts. 17 a 16 del Código civil en materia de nacionalidad”, *RJC*, 1983, pp. 852-853 y por J.M. Martínez Irigoyen, “La nacionalidad de los hijos de madre española menores no emancipados nacidos antes de la entrada en vigor de la Ley 51/1982, de 13 de julio”, *Informaciones de la Asociación Hispano-Alemana de Juristas*, III, 1986, pp. 48 ss). Además, la pretendida irretroactividad no puede acomodarse con la retroactividad de efectos de la declaración legal de la filiación del art. 112 Cc y su aplicación específica para la atribución de la nacionalidad española de origen en el párrafo último del mismo art. 17 Cc. Ello podría generar una evidente distorsión que sólo es factible evitar por el cauce de la Disp. trans. 1ª en su inciso 2º, es decir, estimando el sentido innovador y, por ello, retroactivo de la atribución de la nacionalidad a través de la madre española frente a la anterior regulación (*cf.* J.D. González Campos, “Art. 17”, *Comentario a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 39). Téngase en cuenta que la retroactividad de efectos del art. 112 Cc se condiciona a que ésta sea compatible con la naturaleza de los efectos de suyo correspondientes a tal determinación legal de la filiación. Con anterioridad a la Ley 51/82 podía ser español de origen: a) el nacido de madre española cuando sólo constase la maternidad; b) el nacido de madre española con paternidad inicialmente desconocida y posteriormente determinada respecto de un extranjero; c) el nacido en España de padres desconocidos y al que con posterioridad y al mismo tiempo se le determinase una filiación mixta: madre española y padre extranjero. Se evidencia así cómo en el sistema legal anterior existían criterios de interpretación para considerar español de origen al hijo de madre española; por tanto, a partir de esta interpretación, y por exigencias del principio de igualdad, debería considerarse español de origen al hijo de madre española, entendiéndose esta hipótesis como un supuesto no contemplado en la anterior regulación y expresamente previsto en la posterior, lo que daría como resultado la aplicación de la Disp. trans. 1ª Cc.

La AP no ha precisado de argumentos como los expresados, gravitando su razonamiento en la vulneración del principio de igualdad y en la situación de inconstitucionalidad sobrevenida a dirimir por la justicia ordinaria, pero ha dado una solución drástica resolviendo con acierto una situación claramente injusta que, al amparo de una cobertura jurídica muy discutible, ha afectado sensiblemente a un derecho fundamental de la persona cual es el derecho a poseer una nacionalidad. **José Carlos Fernández Rozas.**

PERSONA Y ESTADO CIVIL

AUTORIZACIÓN PARA USAR EN ESPAÑA UN TÍTULO NOBILIARIO EXTRANJERO

2003/172.- Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 20 de marzo de 2001. Ponente: Ilma. Sra. Dª Emma Galcerán Solsona. JUR 2001\178234.

Títulos nobiliarios: Rehabilitación.- Título extranjero.- Título pontificio: motivos por los que se concedió.-Prueba: existencia.- Reconocimiento procedente.

Normas aplicadas: Art. 17 RD de 27 de mayo de 1912.

[...]

Un título extranjero puede tener en España un relieve extraordinario por la resonancia histórica que vaya asociada a su denominación o a la figura de su concesionario o de alguno de sus poseedores, y también puede consistir en la importancia para España de las obras por cuya realización fue retribuido el concesionario con el título, siempre que tales obras sigan teniendo proyección en el momento de la solicitud (dictámenes del Consejo de Estado 1816/1994) de 12 de enero de 1995 y 141/1995, de 22 de junio de 1995).

Ha quedado debidamente acreditada mediante la documental aportada en las presentes actuaciones, la relevancia histórica que se asocia a la figura de su concesionario.