

**PRIMER RECONOCIMIENTO DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE
ORIGEN A UNA MENOR NACIDA EN PATERA CUANDO SE DIRIGÍA A LA
COSTA GADITANA***

Nota SAP de Gipuzkoa de 11 de mayo de 2022 - Sentencia N.º 341/2022

Gorka Acha García
Estudiante del Grado en Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 09 de enero de 2023

1. CONTEXTO

La madre y la menor llegaron en una embarcación irregular a Tarifa, la menor es hija biológica de la madre de nacionalidad camerunesa. Desde su llegada se encuentran ambas viviendo en España, le fue denegado el permiso de residencia y no disponía de pasaporte.

El 4 de marzo de 2019 la madre dirigió una carta a la Embajada Camerunesa en España bajo conducto notarial, los cuales contestaron, con cita de la Orden 81/002 de 29 de junio, que la hija al haber nacido en Marruecos debía dirigirse a dicho país para obtener el acta de nacimiento o en su defecto acudir a Camerún.

Posteriormente el 1 de agosto de 2021 envió un escrito en el que solicitó al Registro Civil de San Sebastián la declaración con valor simple de presunción de la nacionalidad española de su hija, la cual fue rechazada por presentarse fuera de plazo declarándose incompetente y denegándose la inscripción del nacimiento por acuerdo el 14 de enero de 2021 del Registro Civil Central.

* Trabajo realizado bajo la tutela de la profesora Ana I. Mendoza Losana en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-128913NBI00, del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances”, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.

Tras el anterior hecho se dirigen a la Embajada de Marruecos en España bajo conducto notarial, solicitando la inscripción de nacimiento de su hija y el reconocimiento de nacimiento nacionalidad marroquí y la obtención de pasaporte para la misma. Dicha carta no obtuvo respuesta.

2. ANÁLISIS SINTÉTICO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.1 Motivos de recurso

La línea de argumentación presentada en el recurso de apelación por parte de la Abogacía de Estado defiende que la sentencia dictada en primera instancia no se ajusta a Derecho, por lo que pide su revocación, sin que ello vulnere los intereses superiores del menor y los objetivos constitucionales legítimos tutelados por los Tratados Internacionales. Alega lo siguiente:

1º. La denegación de la inscripción del nacimiento de la menor en el Registro Civil:

No existe recurso por parte de la demandante ante la Dirección General de Seguridad y Fe Pública, estamos ante un acuerdo firme por el cual no cabe recurso por vía judicial, por lo cual no puede pretenderse la inscripción del nacimiento con nacionalidad española con valor de simple presunción, otorgando la nacionalidad sin ningún precedente legal que avale esta decisión en el Registro Civil por incumplimiento del plazo de presentación del recurso.

2º. Infracción del artículo 17.1. c) y d) del Código Civil:

Literalmente, el artículo 17.1, del Código Civil español en sus letras c) y d) dispone lo siguiente; *“Son españoles de origen”*:

c) *“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.”*

d) *“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 territorio español.”*

Impugna el incumplimiento de ambos apartados, ya que no se aplican bajo una perspectiva plena de derecho. La madre es camerunesa, sí que tiene nacionalidad, por lo tanto, la filiación resulta determinada respecto a la madre de la menor, esto conlleva que la denegación de la inscripción de la nacionalidad española a la menor fuese una resolución ajustada a nuestro ordenamiento. En este contexto, el Estado español no estaría obligado

a reconocer la nacionalidad en virtud de los Tratados Internacionales. Así según la Abogacía del Estado (AE), *“por el mero hecho de ser apátrida, no se obtiene la nacionalidad de origen”*, vinculando el artículo 11.1 de la CE con el artículo 17.1 c) y d) del CC: *“La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido en la ley”*.

3º. No vulneración de ningún derecho fundamental:

De los derechos fundamentales invocados en la demanda no todos gozan de dicha naturaleza. El artículo 13.1 de la Constitución española dispone *“Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.”*. Este precepto no tiene relación con el contexto jurídico de la menor. Situación de vacío administrativo total que conlleva una clara desigualdad frente a los demás menores y la vulneración de sus derechos fundamentales.

2.2 Respuesta de la Audiencia Provincial (AP)

1º. Preceptos constitucionales:

Según el artículo 39.4 de la CE: *“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”*

El artículo 96.1 de la CE que dispone: *“Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”*.

Además, se invoca también el artículo 10.2 de la CE: *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*.

Tres preceptos de la Constitución que son la base para la postulación de los objetivos constitucionales, plasmados tanto por los Tratados Internacionales como en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, de los cuales derivan los deberes a cumplir por el Estado en las circunstancias que acaecen.

2º. Preceptos de los Tratados Internacionales:

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, cuyos artículos 3.1, 3.2 y su artículo 7.2 disponen lo siguiente:

3.1. “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los

órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

3.2. “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ello.”

7.2 “Los Estados Parte velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.”

El carácter vinculante de la CDN ha sido declarado por el Tribunal Constitucional en la STC 99/2019: “los menores de edad son titulares de plenos derechos fundamentales y de interés superior del menor de edad, siendo un objetivo constitucionalmente legítimo.”

Para designar a la persona apátrida; la Convención sobre el Estatuto de los apátridas de 1954 determina en su artículo 1.1 que “a los efectos de la presente Convención, el término «apátrida» designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación.”

Por último, el artículo 15.1 de la Declaración de los Derechos Humanos que declara: “Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.”

3º. Protección Jurídica del menor:

La LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹, establece en su artículo 2.1:

“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.”

La protección de los intereses superiores de los menores, con el añadido de una protección “extra” por la condición de apatridia, proteger los intereses constitucionales legítimos de nuestro ordenamiento jurídico, integrados en los Tratados Internacionales de los que el Estado español forma parte, es el pilar sobre el que se asienta la sentencia comentada.

¹ Ley modificada por la LO 8/2021, 2 de junio, reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La condición de apatridia no fue cuestionada expresamente en el recurso de apelación por la AE, fuere por la localización del nacimiento en aguas marroquíes o por la filiación de la madre. La Audiencia Provincial hace referencia a este hecho, el cual no se toma en cuenta para la valoración y configuración del fallo e incluye la consideración del responsable del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados que estima pertinente el deber de reconocer a la menor como apátrida. Además de ser admitido por la propia Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que se da una situación de apatridia originaria, *“cuando solo por el hecho del nacimiento no se otorga la nacionalidad”*.

Por lo tanto, la protección de los derechos fundamentales recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los Tratados Internacionales y la protección ulterior del menor en las resoluciones por parte de la Administración General del Estado como principio rector en las resoluciones de las Administraciones públicas y en la jurisdicción son clave en la aplicación de nuestro ordenamiento.

4º. La interpretación extensiva del artículo 17 del CC, conforme al interés superior del menor:

El interés superior está consagrado tanto en las normas constitucionales como internacionales, aunque resulte un concepto jurídico indeterminado, cuyas implicaciones habrán de concretarse a la luz de cada caso concreto.

Según el Comité de los derechos del niño tiene una dimensión de Derecho sustantivo, es decir, es una consideración primordial tener en cuenta los intereses primarios del menor para tomar una decisión sobre esta cuestión debatida, con la garantía ulterior de protección del niño o grupo de niños.

Debemos hacer referencia al principio rector de las actuaciones públicas y judiciales, por su vital importancia dentro de este debate teniendo referencias jurisprudenciales por parte de la STC 16/2016 de 1 de febrero, con cita de SSTC 124/2002 de 20 de mayo:

“constituye un principio rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionados con el niño, tanto administrativas como judiciales, de suerte que el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar el Juez a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el interés prevalente del niño.”

La atribución primordial y superior del interés del menor como principio de orden público se invoca en la reciente STS 208/2022 y así lo determina el anteriormente reproducido artículo 2.1 de la LO 1/1996 de 15 de enero, Protección Jurídica del menor.

El interés superior del niño como principio jurídico interpretativo, cumple una función integrativa de las normas legales, establecidas mediante una interpretación extensiva y una aplicación analógica de la norma (artículo 4.1 CC).

Tradicionalmente en nuestro ordenamiento jurídico se atribuye la nacionalidad por el criterio del *ius sanguinis*, la filiación natural o linaje. Por este criterio se adquiere la nacionalidad sin necesidad de otro requisito.

Camerún no atribuye automáticamente la nacionalidad de origen a la menor. Esto unido al silencio sepulcral de Marruecos, constituyen una condición de apatridia clara: con el nacimiento no adquiere la nacionalidad. Como hemos visto anteriormente, todas las personas tienen el derecho de obtener la nacionalidad por el nacimiento dentro de nuestro Código Civil, hecho que no se da en este caso por la indeterminación y el vacío administrativo de la menor.

Tras la reforma del Código Civil operada en la Ley 51/1982, de 13 de julio, se introdujo la modificación relativa de los supuestos de apatridia, ampliando la atribución de la nacionalidad española para incluir a los nacidos en España de progenitores extranjeros. En este caso la reforma no se podría aplicar de manera certera, ya que la madre ostenta la nacionalidad camerunesa y se presume que el nacimiento de la menor fue en territorio marroquí.

Estas modificaciones respondieron a las obligaciones de España establecidas en los Tratados Internacionales. La Convención sobre el Estatuto de los apátridas de 1954 y la Convención sobre los Derechos del niño de 1989 introducen en nuestro ordenamiento el principio de *favor nationalitatis*, concesión de la nacionalidad con el objetivo de evitar la apatridia, circunstancias que sí concurren en el caso de esta menor.

La aplicación extensiva, del artículo 17 y su aplicación analógica al caso planteado, conduce a la concesión de la nacionalidad de origen español a la menor².

² La relación directa que existe entre el criterio analógico y la interpretación y aplicación extensiva de una norma; la analogía supone un proceso inductivo a partir del cual una norma puede ascender hasta un principio general, derivando en la aplicación de esta norma como un principio general sin serlo, atendiendo a la casuística del presupuesto de hecho. HERNANDEZ GIL ALVAREZ-CIENFUEGOS, (2015, 27). La analogía y la aplicación extensiva se distinguen como dos fases sucesivas de un modo de razonar semejante de un procedimiento de interpretación, como se recoge en la Tesis doctoral sobre “*La función de la analogía en el razonamiento jurídico*” de HERNANDEZ GIL ALVAREZ-CIENFUEGOS (2015, 27 – 37) la analogía limitará la aplicación extensiva por su parte inferior, y la aplicación extensiva en su parte superior a la analogía, este autor se remite a otros dentro de sus tesis como es DIEZ PICAZO que dice: “*El ámbito de aplicación de una norma jurídica tiene una doble limitación; la delimitación genérica, que se produce a partir del marco institucional dentro del cual la norma actúa y la delimitación específica que es el ámbito específico en el que la norma actúa, que resulta de la configuración de su propio presupuesto de hecho.*” En este caso en concreto podemos visualizar como la analogía es en cierta manera un puente a la interpretación y aplicación extensiva de la norma en favor de la menor, convirtiendo o dando el valor de principio rector a la norma en este presupuesto de hecho para su aplicación, velando por cumplir con los objetivos ulteriores de nuestra Constitución y de los Tratados Internacionales.