

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA. SECCIÓN SEGUNDA -
UPAD**
**ZULUP - GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIKO BIGARREN
ATALA**

SAN MARTIN, 41-1ª planta - C.P./PK: 20007

TEL.: 943-000712 Fax / Faxes: 943-000701

Correo electrónico/ Helbide elektronikoa: audiencia.s2.gipuzkoa@justizia.eus / probauzitegia.2a.gipuzkoa@justizia.eus

NIG PV / IZO EAE: 20.05.2-21/005079

NIG CGPJ / IZO BJKN :20069.42.1-2021/0005079

Recurso apelación procedimiento ordinario
LEC 2000 / Prozedura arrunteko
apelazio-errekurtsoa; 2000ko PZL 2209/2022 - R
O.Judicial origen / Jatorriko Epaitegia: Juzgado de Primera
Instancia nº 5 de San Sebastián - UPAD Civil / Arlo Zibileko
ZULUP - Donostiako Lehen Auzialdiko 5 zenbakiko Epaitegia
Autos de Procedimiento ordinario 450/2021 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: ADMINISTRACION
GENERAL DEL ESTADO - MINISTERIO DE
JUSTICIA-DIRECCION GENERAL DE LOS
REGISTROS Y DEL NOTARIADO
Procurador/a/ Prokuradorea:
Abogado/a / Abokatua: ABOGACIA DEL ESTADO EN
GIPUZKOA
Recurrido/a / Errekurritua: I
- y MINISTERIO FISCAL
Prokuradorea / Prokuradorea: FERNANDO CASTRO
MOCOROA, FERNANDO CASTRO MOCOROA
Abogado/a/ Abokatua: JOSE ALBERTO NAVARRO
MANICH

S E N T E N C I A N.º 341/2022

ILMOS./ILMAS. SRES./SRAS.

D. I
D. I
D.ª

En Donostia / San Sebastián, a once de mayo de dos mil veintidós.

La Audiencia Provincial de Gipuzkoa. Sección Segunda - UPAD, constituida por los/as Ilmos/Ilmas. Sres./Sras. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario 450/2021 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de San Sebastián - UPAD Civil, a instancia de ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO (MINISTERIO DE JUSTICIA-DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO), apelante - demandada, representada y defendida por el ABOGADO DEL ESTADO, contra que actúa en nombre de su hija menor de edad D.ª I
apelada - demandante, representada por el procurador D. FERNANDO CASTRO MOCOROA y defendida por el letrado D. JOSE ALBERTO NAVARRO MANICH, siendo parte el MINISTERIO FISCAL (apelado); todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 24 de noviembre de 2021.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 24 de noviembre de 2021 el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de San Sebastián, dictó Sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"SE ESTIMA INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. FERNANDO CASTRO MOCOROA, en nombre y representación de Dña. MINISTERIO FISCAL, y en consecuencia se declara la vulneración de derechos fundamentales de la menor y por ello se declara asimismo su nacionalidad española de origen acordándose librar exhorto al Registro Civil Central para inscribir el nacimiento fuera de plazo de la menor, y tras dicha inscripción se acuerda que se libere exhorto al Registro Civil de San Sebastián (o el que proceda en su caso) para que se proceda a inscribir la nacionalidad que se declara, al margen de la inscripción de nacimiento de la citada. Todo ello sin imposición de las costas causadas a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso Recurso de apelación contra ella que fue admitido, y elevados los autos a esta Audiencia se señaló día para Votación y Fallo el 25 de abril de 2022.

TERCERO.- Ha sido el Ponente en esta instancia el Ilmo. Sr. Magistrado. D.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Planteamiento del debate en esta instancia*

Frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de San Sebastián que acuerda declarar la vulneración de derechos fundamentales de la menor por carecer de nacionalidad y reconocer (aunque en el fallo de la sentencia se utilice la expresión "declarar") la nacionalidad española de origen de la citada menor con fundamento en el art. 17 apartados c) y d) del Código Civil, se alza el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado en representación del Ministerio Justicia solicitando que se declare no ajustada a derecho la misma y su revocación, dejándola sin efecto.

La parte apelante fundamenta su recurso con base en las alegaciones que, en síntesis, son las siguientes:

1.- El Magistrado-Juez encargado del Registro Civil acordó denegar la inscripción de nacimiento de [redacted] sin que por parte de la demandante se haya presentado recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, por lo que estamos ante un acuerdo firme y no cabe ahora, en vía judicial, pretender la inscripción, en el Registro Civil Central, de nacimiento de la menor con marginal de nacionalidad española declarada con valor de simple presunción.

2.- El Juez de instancia ha infringido el art. 17.1.c) del Código Civil al reconocer a la menor [redacted] la nacionalidad española de origen conforme al citado precepto. No concurren los presupuestos exigidos por dicho precepto ya que la menor no ha nacido en España, sino en Marruecos. Y tampoco es aplicable el art. 17.1.d) del Código Civil, que viene referido a supuestos en que la filiación no resulte determinada, y en el caso de autos la filiación de [redacted] está determinada respecto de su madre.

3.- No es cierto que el Estado español esté obligado en este caso, en virtud de los tratados internacionales de los que es parte, a reconocer a la menor [redacted] la nacionalidad española. Por el mero hecho de ser apátrida, no se tiene derecho a la nacionalidad española de origen, si no concurren los requisitos previstos para ello en la legislación nacional, ya que, como establece el artículo 11 de la Constitución Española, la nacionalidad española se adquiere de acuerdo con lo establecido por la ley. El estado ha actuado correctamente en aplicación de su legislación nacional (art. 17 del Código Civil).

4.- No se ha producido vulneración de ninguno de los derechos fundamentales de invocados en el escrito de demanda. No todos los derechos que se mencionan como vulnerados en la demanda tienen naturaleza de derecho fundamental. No es cierto que por el hecho de no reconocer a la menor [redacted] la nacionalidad española de origen, ésta se vea privada de los derechos que menciona en su escrito de demanda, ya que, según el artículo 13.1 de la Constitución española los extranjeros gozan en España de las libertades públicas que garantiza el Título Primero en los términos establecidos por los tratados y la ley.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso de apelación interpuesto e interesa su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida.

La representación de D^a [redacted] y D^a [redacted] se opone igualmente al recurso de apelación interpuesto y solicita su desestimación, así como la confirmación íntegra de los pronunciamientos de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Marco normativo

De conformidad con lo previsto en el art. 39.4 de la Constitución los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, disponiendo igualmente el art. 96.1 de la Constitución que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Por último, el art. 10.2 de la Constitución determina que 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. En este sentido, como señala la STC 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 5, “el artículo 10.2 CE no es canon autónomo de

constitucionalidad, sino que se limita a definir una pauta hermenéutica obligatoria destinada al Tribunal Constitucional y al resto de los intérpretes y aplicadores del título I de la Constitución”.

El derecho a una nacionalidad viene reconocido en el art. 15.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos siendo esencial para la participación plena en la sociedad.

Por otra parte, entre los tratados internacionales válidamente celebrados por España figura la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (en lo sucesivo CDN) que dispone en su artículo 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, y en su artículo 7 dispone: “1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad [...]. Así también lo dispone el art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus apartados 2 y 3. Igualmente, el apartado 2 del art. 7 CDN dispone: Los Estados Partes 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”.

Igualmente, España es parte de la Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas determina en su art. 1.1. que se designará como tal a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación y dispone que todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida.

La LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, establece en su art.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 [...] los Tribunales o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Por último, el art. 17 del Código Civil en su apartado c) dispone que son españoles de origen “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” y ostentan la misma condición, de acuerdo con el apartado 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”.

TERCERO.- *Marco fáctico*

En el caso de autos la prueba practicada revela que:

- 1.- El 8 de mayo de 2018 llegaron en una embarcación de forma irregular a Tarifa D^a y D^a , residiendo desde entonces en España.
- 2.- es hija biológica de D^a

- 3.- D^a [redacted] tiene nacionalidad camerunesa.
- 4.- D^a [redacted] se encuentra residiendo regularmente en España. Sin embargo, a [redacted] le ha sido denegado el permiso de residencia y no dispone de pasaporte.
- 5.- Con fecha 4/3/2019 la Sra. [redacted] dirigió carta al Embajador de Camerún en España por conducto notarial solicitando la inscripción de nacimiento de [redacted], el reconocimiento de nacimiento de la nacionalidad de Camerún y la obtención de pasaporte para la misma. Las autoridades de Camerún, a través de la Embajada de Camerún en España, comunicaron a la Sra. [redacted] con cita de la Orden nº 81/002 de 29 de junio de 1981, que al haber nacido la hija en Marruecos puede dirigirse a dicho país para obtener un acta de nacimiento de su hija o, en su defecto, puede acudir a Camerún.
- 6.- Por escrito de fecha 1/8/2019 la Sra. [redacted] solicitó ante el Registro Civil de San Sebastián la declaración con valor de simple presunción de la nacionalidad española de [redacted] y, subsidiariamente, solicitud de inscripción de nacimiento fuera de plazo, declarándose éste incompetente y denegándose la inscripción de nacimiento de [redacted] por acuerdo de 14/1/2021 del Registro Civil Central.
- 7.- Con fecha 2/3/2021 la Sra. [redacted] dirigió carta al Embajador de Marruecos en España por conducto notarial solicitando la inscripción de nacimiento de [redacted] el reconocimiento de nacimiento de la nacionalidad de Marruecos y la obtención de pasaporte para la misma. Dicha carta no ha obtenido respuesta.
- 8.- A Anna se le ha denegado la posibilidad de darse de alta en el padrón municipal de San Sebastián lo que afecta a su posibilidad de acceder a los servicios públicos municipales, solicitar prestaciones sociales y estar asignada a un centro de atención primaria donde se le adjudique un médico de cabecera. Como refirió la testigo Sra. [redacted], la menor no puede cambiar de centro escolar, no puede cursar actividades extraescolares y no tiene tarjeta sanitaria.

Por último, se ha de indicar que la situación de apatridia de la menor establecida en la sentencia de instancia (fundamento jurídico cuarto de la sentencia impugnada) no es cuestionada en el recurso de apelación.

CUARTO.- *Interés superior del niño e interpretación extensiva del art. 17.1 c) CC*

El interés superior del niño consagrado en las normas internacionales y nacionales constituye un concepto jurídico indeterminado. Según el Comité de los derechos del niño tiene en primer lugar una dimensión de derecho sustantivo consistente en el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. En este sentido, el art. 3 párrafo 1 CDN establece una obligación para los Estados que puede invocarse ante los tribunales. Y, como recuerda la STC 16/2016, de 1 de febrero, con cita de las SSTC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4, y 47/2009, de febrero, FJ, 3 y 127/2013, de 3 de junio, FJ 6, constituye principio rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales, de suerte que el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor. Igualmente, también destaca el carácter vinculante de la CDN la STC 99/2019, de 18 de julio, que recuerda que los menores de edad son

titulares plenos de sus derechos fundamentales y que el interés superior del menor de edad es un objetivo constitucionalmente legítimo. Por último, la atribución de la condición de primordial y superior al interés del menor, así como su significación como principio de orden público se reitera en la reciente STS 208/2022, de 19 de abril, con cita, entre otras, de las (SSTS 569/2016, de 28 de septiembre y 251/2018, de 25 de abril y SSTC 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3 y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2). Y así lo viene a determinar el art. 2.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Por otra parte, el interés superior del niño también constituye un principio jurídico interpretativo que puede servir para cumplir una función integrativa de las normas legales mediante su interpretación extensiva. En este sentido, el Código Civil reconoce la analogía como método de integración al disponer en su art. 4 CC que procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecia identidad de razón. Para proceder a realizar una aplicación analógica, deben reunirse según el citado precepto tres requisitos, a saber: 1.- En primer lugar, que las normas no contemplen un supuesto específico para el caso que se pretende resolver. La analogía significa regular una determinada materia por Ley que en realidad regula otra distinta, por ello la analogía surge como regulación supletoria a falta de regulación explícita; 2.- En segundo lugar, es necesario que la normativa jurídica contemple otro supuesto de hecho semejante. No es preciso que el legislador autorice la analogía, bastando con que no la haya prohibido expresamente; 3.- Y, por último, es preciso que entre ambos supuestos exista identidad de razón, esto es, que exista una similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya normado, con sometimiento a los principios ordenadores del ordenamiento jurídico y encuadrado dentro de un sistema lógico y de buen sentido que permita y aconseje la utilización del criterio analógico.

En nuestro ordenamiento jurídico tradicionalmente ha sido el *ius sanguinis* el criterio base de atribución de la nacionalidad española. Sin embargo, la reforma del Código Civil operada por la Ley 51/1982, de 13 de julio, introdujo una modificación relativa a los supuestos de apatridia, ampliando los supuestos de atribución de la nacionalidad española para incluir a los nacidos en España de progenitores extranjeros “si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad” (actual 17.1 c) CC). Dicha modificación respondió a las obligaciones contraídas por España a través de los tratados internacionales con el objeto de evitar en lo posible la existencia de situaciones de apatridia. Por tanto, nos encontramos con una norma anterior a la a la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y su posterior integración en el ordenamiento jurídico español inspirada en el principio del *favor nationalitatis* con el propósito de evitar situaciones de apatridia.

Como se ha expuesto, en el caso de autos, el Abogado del Estado al recurrir en apelación la sentencia de instancia no cuestiona la apatridia de la menor. El Sr. _____, responsable de apatridia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), estima que debemos considerar a _____ apátrida (el país de nacionalidad de origen de su progenitora -Camerún- no le atribuye automáticamente su nacionalidad de origen), habiendo admitido la DGRN que se da una situación de apatridia originaria cuando por el solo hecho del nacimiento no se adquiere automáticamente la nacionalidad (así, por ejemplo, Resolución de 22 de marzo de 2019).

Por todo lo cual, atendidas las circunstancias que presenta el caso de autos, en que consideramos se ha hecho un esfuerzo genuino por parte de la demandante por remover los obstáculos para intentar el reconocimiento de la nacionalidad camerunesa de la menor, estimamos que es factible una aplicación extensiva del art. 17.1 c) CC, como la que ha llevado a cabo el órgano de instancia, reconociendo a la menor la nacionalidad española de origen, y constituye el único mecanismo que permite dar cumplimiento a las previsiones legales contenidas en los tratados internacionales en los que España es parte respetando y cumpliendo de manera efectiva el interés superior de la menor consagrado en las disposiciones nacionales, pues consentir que la menor permanezca en el limbo de la apatridia, en situación de desigualdad con respecto de otros menores, con merma significativa para sus derechos básicos y fundamentales (como puede ser, entre otros, el derecho a la educación -art. 27 de la Constitución-), con las consecuencias presentes que ello comporta para ella y que se han puesto de relieve, supone desatender dicho interés en su perjuicio.

En consecuencia, por todo lo anteriormente expuesto, procede desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución impugnada.

QUINTO.- Costas

No obstante la desestimación del recurso de apelación interpuesto, no procede la imposición de costas derivadas del mismo a la parte apelante, pues no se ha interesado dicha condena por la parte apelada y el asunto planteado presenta serias dudas de derecho (art. 394.1 LEC por remisión del art. 398.1 LEC).

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que me viene conferida por la Soberanía Popular

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta del MINISTERIO DE JUSTICIA, contra la sentencia de fecha 24 de noviembre de 2021, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de San Sebastián en los autos nº 450/2021, **CONFIRMANDO** la misma.

No se efectúa expresa imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en la alzada.

Frente a la presente resolución se podrá interponer en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante esta Sala recurso de casación en los supuestos previstos en el art. 477 LEC y recurso extraordinario por infracción procesal fundado en los motivos previstos en el art. 469 LEC, pudiendo presentarse únicamente este último recurso sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1º y 2º del art. 477.2 LEC.

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 1858/0000/12/2209/22. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. Magistrados/as que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.