

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL CASO DE LOS HIJOS NACIDOS EN ESPAÑA DE MADRES QUE NO TRANSMITEN SU NACIONALIDAD POR APLICACIÓN DEL DERECHO ISLÁMICO. EN PARTICULAR, LA REFORMA DEL DERECHO MARROQUÍ

THE SUPERIOR INTEREST OF THE CHILD IN THE CASE OF CHILDREN BORN IN SPAIN OF MOTHERS WHO DO NOT TRANSMIT HER NATIONALITY BY APPLYING THE ISLAMIC LAW. IN PARTICULAR, THE REFORM OF MOROCCAN LAW

ISABEL ZURITA MARTÍN
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

Recibido: 24.10.2017 / Aceptado: 10.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4132>

Resumen: La imposibilidad de la mujer de transmitir la nacionalidad a sus hijos en algunos ordenamientos islámicos lleva consigo la apatridia del menor en caso de madre no casada, dado que los hijos nacidos fuera del matrimonio carecen de filiación paterna. Esta circunstancia ha obligado a la DGRN a pronunciarse sobre la solicitud de nacionalidad española de los hijos nacidos en España de padres marroquíes no casados, dando lugar a una doctrina al respecto que ha venido a ser refrendada por la modificación de la Ley de Nacionalidad marroquí. El objetivo de este trabajo es reflejar, a la luz del principio de igualdad constitucional, la evolución de la legislación marroquí en esta materia, tomando como referencia las resoluciones emitidas por la DGRN, a fin de valorarlas teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Palabras clave: nacionalidad, filiación, Derecho islámico, Derecho marroquí, interés superior del menor.

Abstract: The inability of a woman to transmit her nationality to her children in some Islamic systems entails the statelessness of the child in the case of an unmarried mother, since children born out of wedlock are deprived of paternal filiation. This circumstance has forced the DGRN to pronounce on the application of Spanish nationality of the children born in Spain of Moroccan unmarried parents, giving rise to a doctrine in this respect that has been endorsed by the modification of Moroccan Nationality Law. The aim of this paper is to reflect, in the light of the principle of constitutional equality, the evolution of Moroccan legislation in this area, taking as reference the resolutions issued by the DGRN, in order to assess them taking into account the best interests of the child.

Keywords: nationality, filiation, Islamic law, Moroccan law, the best interest of the child.

Sumario: I. Introducción. II. La determinación de la filiación en el Código de familia de marroquí. 1. Filiación legítima e ilegítima. 2. La filiación paterna. 3. La filiación materna. III. La adquisición de la nacionalidad marroquí. IV. Solicitud de nacionalidad española para los hijos nacidos en España de padres marroquíes no casados. V. El principio de igualdad de los hijos con independencia de su filiación, la excepción de orden público español y el interés superior del menor.

I. Introducción

1. Entre las consecuencias derivadas de la falta de atención al principio de igualdad y no discriminación propia de los ordenamientos jurídicos islámicos, se encuentra la imposibilidad de la mujer de transmitir la nacionalidad a sus hijos, lo que lleva consigo la apatridia del menor en caso de madre no casada, pues, también por aplicación de principios básicos del Derecho islámico, los hijos nacidos fuera del matrimonio carecen de filiación paterna. Estas circunstancias concurren en más de una veintena de países, entre los que pueden citarse Arabia Saudita, Bahréin, Barbados, Bahamas, Burundi, Irak, Jordania, Líbano, Omán, Malasia o Nepal.

2. No obstante, frente al rigor de estos ordenamientos, en otros Estados se viene observando en los últimos años una relajación en la aplicación rigurosa de principios islámicos tradicionales del Derecho de Familia, al objeto de avanzar hacia una consagración más efectiva del principio de igualdad. Entre estos países destacan Egipto, Túnez, Argelia y Marruecos, que han ido incorporando a sus respectivos ordenamientos de forma sucesiva diversas reformas, tanto constitucionales, como en sus Estatutos Personales o Códigos de Familia y, más específicamente, en sus leyes sobre nacionalidad, que han permitido a la madre la transmisión de su nacionalidad a sus hijos en las mismas condiciones que el padre. Efectivamente, hasta muy recientemente, en todos los países árabes la madre solo transmitía su nacionalidad cuando el hijo no tuviera padre conocido o este fuera apátrida, provocando situaciones de desprotección de los menores nacidos fuera del matrimonio o de matrimonios no reconocidos por la legislación de su país de origen. A fin de preservar los derechos de los menores, armonizar la normativa sobre nacionalidad con otras leyes nacionales y adecuarla a normas internacionales, las nuevas leyes de la nacionalidad egipcia, tunecina, argelina y marroquí posibilitan que, al igual que el padre, la madre transmita a sus hijos su nacionalidad como nacionalidad de origen, eliminándose así la desigualdad legal existente entre hombres y mujeres con respecto a sus descendientes en este ámbito. Dicha reforma se ha producido en la Ley de la Nacionalidad egipcia, modificada por la ley 154 de 2004; en la Ley argelina, por medio de la modificación introducida por la Orden nº 01-05, de 27 de febrero de 2005; en la Ley marroquí, a través del Dahir 01/07/80, de 23 de marzo de 2007; y en la norma tunecina, en su última reforma por medio de la Ley 55, de 1 de diciembre, de 2010¹.

3. Pues bien, la trascendencia de estas reformas legales en materia de nacionalidad adquieren particular relevancia en nuestro país en el caso del Derecho marroquí, por cuanto los ciudadanos marroquíes constituyen el segundo colectivo más numeroso de población extranjera residente en España (667.189 a fecha 1 de enero de 2017, según datos del INE), tras los ciudadanos provenientes de Rumanía². Este hecho ha provocado no pocos litigios relacionados con la solicitud, en distintas circunstancias, de nacionalidad española por parte de ciudadanos nacionales de Marruecos. Entre dichos litigios queremos destacar aquí el conflicto sobre la adquisición de la nacionalidad española de los hijos de padres marroquíes no casados, que venía suscitando desde hace años un largo debate en el seno de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN); debate que debería cerrarse definitivamente por aplicación de la nueva normativa sobre nacionalidad marroquí.

4. A nadie cabe duda que las reformas que en los últimos años ha venido introduciendo el legislador marroquí en el Derecho de familia han de ser bienvenidas tanto desde el ámbito político como desde el más estrictamente jurídico, especialmente en lo concerniente a su preocupación por adecuar el

¹ No obstante, explica C. RUÍZ ALMODÓVAR, Túnez fue el primer país árabe en el que la ley de nacionalidad posibilitó que la madre pudiera transmitir a sus hijos la nacionalidad tunecina como nacionalidad de origen. Pero la equiparación de ambos progenitores se hizo en dos momentos: en primer lugar de manera limitada, cuando, “además de lo ya establecido de que la madre tunecina podía transmitir su nacionalidad al hijo cuando el padre fuera desconocido, apátrida o de nacionalidad desconocida, al igual que en resto de los países árabes, se amplió dicha posibilidad también a la madre tunecina casada con un extranjero, pero solamente si dicho hijo nacía en Túnez y, en segundo lugar, tras la modificación de 2010 en la que se produjo la equiparación total al establecer únicamente que es tunecino el nacido de padre tunecino o madre tunecina”, “La Ley tunecina de nacionalidad”, *MEAH*, Sección Árabe-Islam [0544-408X//1696-5868] 66, 2017, pp. 279-280.

² Pueden consultarse todos los datos en http://www.ine.es/prensa/cp_2017_p.pdf

Código de Familia –Mudawana 2004– al principio de igualdad entre los esposos. No obstante, la efectiva igualdad de derechos se encuentra aún por alcanzar, no solo en el marco de las relaciones horizontales, sino muy particularmente en el de las relaciones paterno-filiales³. La subsistente discriminación de los hijos nacidos fuera del matrimonio, que carecen de filiación respecto del padre, choca frontalmente con el principio de igualdad de los hijos con independencia de su filiación que recoge el artículo 39.2 de la Constitución Española, que encuentra reflejo, como es sabido, en el artículo 108 de nuestro Código Civil.

5. Entre las consecuencias que se derivan de esta distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, se hallaba la imposibilidad para estos últimos, a la luz del Código de Nacionalidad marroquí de 1958, de adquirir la nacionalidad marroquí de su padre en el caso de que este no procediera a su reconocimiento, dado que la nacionalidad marroquí se transmitía por línea paterna y solo resultaba posible la transmisión de la nacionalidad de la madre cuando se trataba de un hijo de padre desconocido. Esta situación había obligado a la DGRN a pronunciarse sobre la solicitud de nacionalidad española de los hijos nacidos en España de padres marroquíes no casados, dando lugar a un cuerpo doctrinal al respecto que sufrió, no obstante, algunas oscilaciones. Pero, entre los cambios producidos recientemente en Marruecos siguiendo una política dirigida hacia la igualdad de género, debe incluirse la mencionada modificación de la Ley de Nacionalidad marroquí a través del Dahir 01/07/80, de 23 de marzo de 2007, que ha supuesto un respaldo legal claro y específico a la solución que, por otros cauces, venían otorgando al problema las últimas resoluciones de la DRGN. A pesar de esta modificación, las resoluciones posteriores a la promulgación de la nueva ley de nacionalidad marroquí siguen apoyándose en la doctrina asentada de la DGRN, y no en la solución otorgada por la referida reforma legal.

6. El objetivo de este trabajo no es otro, pues, que reflejar la evolución de la legislación marroquí en esta materia, tomando como referencia las resoluciones de la DGRN que han abordado las solicitudes de nacionalidad española para hijos de padres marroquíes no casados nacidos en España, analizando su adecuación al principio de igualdad y no discriminación que abandera el artículo 14 de nuestra Carta Magna, y al interés superior del menor que debe presidir la búsqueda de la solución a estos conflictos.

II. La determinación de la filiación en el Código de Familia marroquí

1. Filiación legítima e ilegítima

7. Como ha quedado señalado, no puede decirse que, en materia de filiación, la aparición de la nueva Mudawana, que entró en vigor en Marruecos el 5 de febrero de 2004, por medio de la Ley 70-03, haya significado cambios sustantivos en el ordenamiento jurídico marroquí. En realidad, el vigente Código de Familia sigue en buena medida los principios básicos del Derecho islámico (*Sharia*) sobre los que se construyó el antiguo Estatuto Personal que la Mudawana 2004 vino a sustituir.

8. El artículo 83 del antiguo Estatuto Personal establecía con claridad los principios sobre los que, tradicionalmente, se regulaba la filiación en el Derecho islámico⁴: el principio de la línea paterna, que establece que el niño accede al parentesco de su padre⁵, siendo esto el fundamento de los derechos sucesorios; el principio, vinculado con el anterior, que dispone la asunción por el hijo de la religión de su padre; el no reconocimiento de efectos de parentesco respecto del padre de los niños nacidos fuera del matrimonio; y, por último, la prohibición de la adopción. Y el vigente Código de Familia –aunque bien es cierto

³ Véase a este respecto M.D. CASAS PLANES/P. GARCÍA LÓPEZ, “La igualdad en el Derecho de familia marroquí y español: estudio comparativo de la normativa jurídica de filiación y de la autoridad parental (su incidencia en la protección jurídico-civil del menor de edad durante la vida conyugal de sus padres y las crisis matrimoniales)”, *ADC*, tomo LXVII, 2014, fasc. IV, pp. 1253-1337.

⁴ Ver F.J. PANSIER/K. GUELLATY, *Le Droit musulman*, Paris, 2000, p. 74.

⁵ Y así es revelado en el Corán –edición preparada por Julio Cortés, Ansariyan Publicación, 2001, 5ª edición–, rezando la Sura 33, 5: “Llamadles por su padre. Es más equitativo ante Alá. Y si no sabéis quién es su padre, que sean vuestros hermanos en religión y vuestros protegidos”.

que con algunas modificaciones–, a pesar de sus plausibles intenciones de velar por la igualdad jurídica entre hombre y mujer, se apoya en líneas generales en estos principios del Derecho musulmán clásico⁶, lo que dificulta de extraordinaria manera la garantía del respeto al principio de igualdad en su plenitud.

9. El primer reflejo de la subsistencia de algunos de estos principios lo encontramos en la distinción entre dos clases de filiación (*bunuwa*): la legítima y la ilegítima. El artículo 142 del Código de Familia marroquí, que es el que da comienzo al Título primero del Libro III, distingue entre estas dos clases fundamentales de filiación, aclarando que la filiación parental resultará de la procreación del hijo por sus padres. El artículo siguiente viene a reforzar la incidencia de la filiación legítima en relación al padre y a la madre, estableciendo una presunción *iuris tantum* de legitimidad, al puntualizar que “la filiación será legítima por línea paterna y materna siempre que no existan pruebas que demuestran los contrario”⁷.

10. La segunda manifestación de contradicción del principio de igualdad queda reflejada en las distintas consecuencias que se derivan de la determinación de la filiación paterna y de la materna en lo que se refiere a la filiación ilegítima. Así, mientras la filiación legítima y la ilegítima producen los mismos efectos en relación a la madre (art. 146), no sucede así para con el padre, para el que la filiación ilegítima no produce ninguno de los efectos que se derivan de la filiación legítima –*nasab*– (art. 148), cuyo establecimiento implicará la adopción por el hijo de la religión del padre, que aparezcan impedimentos para contraer matrimonio, el nacimiento de derechos y deberes para padre e hijo y el derecho de ambos a heredarse mutuamente (art. 145).

11. Según dispone el artículo 144 de la Mudawana 2004, la filiación respecto del padre será legítima en los casos en que exista una de las causas de filiación, y producirá todos los efectos que legalmente se derivan de ella. A continuación, el artículo 145 especifica que, cuando se establezca la filiación de un hijo de filiación desconocida, sea por reconocimiento de paternidad o por sentencia judicial, el hijo de origen desconocido pasará a ser legítimo en el momento mismo de establecerse la filiación.

12. En definitiva, el llamado hijo ilegítimo, esto es, aquel no nacido o concebido en el matrimonio o no reconocido por el padre, carece de todo derecho respecto de este. La ilegitimidad del hijo en el Derecho marroquí no genera relación de filiación paterna respecto al mismo; en realidad, más que de ilegitimidad, debe hablarse de inexistencia de filiación. De esta manera, si la filiación no queda establecida legítimamente, no podemos hablar propiamente de filiación ilegítima, sino de filiación inexistente; al no existir, pues, relación paterno-filial, no nace deber alguno del padre respecto del hijo⁸. De este modo, puede decirse que en el momento en que se determina la paternidad queda determinada también la legitimidad del hijo⁹.

13. Esta concepción de la filiación se deriva del Derecho de familia islámico, que, según se ha señalado, se halla presidido por el principio básico, sentado desde los tiempos del Profeta, de transmisión del parentesco por línea masculina¹⁰; la legitimidad de la filiación se manifiesta, pues, en la prueba de la consanguinidad del padre respecto del hijo. A este respecto, los artículos 150 a 162 regulan los medios de determinación de la filiación paterna, que es definida como el parentesco legítimo entre el padre y su hijo, que se transmite en línea familiar descendente de padres a hijos (*nasab*). Esta relación filial de parentesco se establece en el Derecho islámico mediando matrimonio válido, presumiéndose que la concepción se deriva de las relaciones conyugales dentro del matrimonio legítimo, en la medida en que es característico de este Derecho el monopolio de las relaciones sexuales con la esposa.

⁶ M.C. FOBLETS/J.I. CARLIER, *Le Code marocain de famille. Incidences au regard du Droit International privé en Europe*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 76.

⁷ Según traducción literal de A. ABKARI AZOUZ, ATEMI, 2008.

⁸ En este sentido, A. MOTILLA/P. LORENZO, *Derecho de Familia Islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Ed. Colex, Madrid, 2002, p. 96.

⁹ Así lo resumen D. PEARL/W. MENSKI, *Muslim Family Law*, Ed. Thomson Sweet&Maxwell, London, 1996, p. 400.

¹⁰ G. ESTEBAN DE LA ROSA (Coord.), *Nuevo Código de Familia marroquí y su aplicación en España*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009, p. 93; M.C. FOBLETS/J.I. CARLIER, *op. cit.*, p. 76.

14. Estas reglas nacen de la preocupación constante por la legitimidad propia del Derecho islámico, que estigmatiza fuertemente el nacimiento ilegítimo, esto es, fuera del matrimonio, al amenazar el principio básico de pureza de la línea sanguínea paterna. No puede obviarse, sin embargo, que aunque esta preocupación busca evitar la confusión sobre la paternidad, también viene a reflejar la finalidad de mantener costumbres morales apropiadas y evitar las relaciones sexuales ilícitas (*zina*)¹¹.

2. La filiación paterna

15. A pesar de todo, este principio fundamental del Derecho islámico, que basa la filiación en el matrimonio válido, no impide que se reconozcan otras posibilidades de determinación de la filiación paterna con base en el citado ordenamiento. Prueba de ello es el artículo 152 de la Mudawana, que enuncia los medios de establecer la filiación respecto del padre, recogiendo las causas de determinación de la filiación paterna conocidas por el Derecho musulmán. Dispone este precepto que la filiación paterna vendrá determinada, además de por las relaciones conyugales o cohabitación (*al firach*)¹², por las relaciones erróneas (*chubha*) y el reconocimiento del padre (*iqrar*).

16. Por lo que se refiere a las relaciones conyugales, se considera que, concurriendo los requisitos de la cohabitación, esta constituye una prueba irrefutable de la filiación paterna, que solo podrá ser impugnada por el marido mediante el juramento de anatema (*li'an*) –acusación jurada de adulterio– o la presentación de un peritaje, con dos requisitos: que el esposo afectado presente pruebas sólidas que respalden sus alegaciones y que el informe pericial sea emitido por una orden judicial. En la gran mayoría de los casos, será la cohabitación matrimonial la que funde la presunción de paternidad legítima. En la actualidad, los Códigos y Estatutos Personales normalizan esta materia, estableciendo el período mínimo de gestación en seis meses. La determinación del plazo de seis meses, fruto de la interpretación de la escuela *maliki*, es la acogida por la vigente Mudawana –ya lo hacía también así el Estatuto Personal– en el artículo 154. La filiación paterna se establecerá si el hijo nace como mínimo entre los seis meses posteriores al matrimonio o dentro del año siguiente a la fecha de separación. El nacido al margen de los plazos señalados es considerado por el Derecho islámico fruto de la fornicación¹³, lo que comporta, como hemos señalado anteriormente, la denegación de todos los derechos que se les reconocen a los hijos legítimos.

17. En segundo lugar, el establecimiento de la filiación paterna legítima también puede acaecer cuando las relaciones sexuales de la pareja han tenido lugar por error, esto es, sin que exista matrimonio entre los progenitores (*chubha*). Se trata de reconocer la filiación del niño concebido durante el período de noviazgo concurriendo las circunstancias legalmente previstas¹⁴, aunque, lamentablemente, los otros hijos nacidos fuera del matrimonio sigan sin beneficiarse de este derecho¹⁵. El artículo 155 de la Mu-

¹¹ D. PEARL/W. MENSKI, *op. cit.*, p. 399.

¹² La expresión árabe que utiliza este precepto –*firach*–, que equivale literalmente a “lecho conyugal”, hace referencia a las relaciones carnales que tienen lugar entre los esposos, que consuman de este modo su matrimonio. Como explica G. ESTEBAN DE LA ROSA, aunque la consumación no es un requisito para la celebración del matrimonio, puede tener trascendencia en orden a desplegar un conjunto de efectos, entre ellos el de la determinación del vínculo paterno-filial. “Sin embargo, la existencia de tales relaciones sexuales se presume tras la celebración del matrimonio (art. 153 CF), salvo cuando se ha establecido en el pacto matrimonial que la cohabitación entre los cónyuges tendrá lugar en un momento posterior a su celebración (p. ej., a la llegada a la mayoría de edad de la mujer menor de edad). Esto es, la consumación del matrimonio tiene trascendencia para establecer la filiación paterna, dado que, en caso de que no haya tenido lugar, no hace nacer el referido vínculo”, *op. cit.*, p. 93

¹³ Explica F. MAÍLLO SALGADO, que el Derecho islámico distingue entre dos clases de filiación ilegítima: la del hijo concebido dentro de los plazos del matrimonio, pero al que el esposo deniega su paternidad –llamado *walad al-mula'ana*, o hijo objeto de maldición–, y la del hijo nacido de relaciones sexuales ilícitas, el llamado *walad az-zina*, o hijo de la fornicación. El estatuto de ambos viene a ser casi el mismo, diferenciándose en que la ruptura de la filiación paterna en el primer caso es reparable, si el padre se retracta de su denegación, y en el segundo la ruptura es definitiva, ya que si la fornicación de la madre ha sido jurídicamente probada, la mayoría de los juristas prohíben que tenga un padre legal, *Diccionario de Derecho Islámico*, Ediciones Tre, S.L., Gijón, 2005.

¹⁴ D.Z. MSEFFER, “De la Mudawana al Código de la Familia de Marruecos”, *Página Abierta*, nº 190, marzo 2008, p. 2; <http://www.pensamientocritico.org/doumse0308.html>

¹⁵ N. NAIR, “El Código de la Familia y la mujer emigrante”, *Mugak*, nº 27, 2004, p. 3; <http://revista.mugak.eu/articulos/show/287>

dawana prevé que, cuando una mujer se queda embarazada como resultado de unas relaciones sexuales erróneas (*chubha*), y da a luz a un hijo en el período comprendido entre la duración mínima y la duración máxima del embarazo, la filiación paterna de ese hijo se atribuirá al autor de esas relaciones; esta filiación paterna se establecerá con todos los medios de prueba legalmente previstos.

18. El legislador marroquí ha reforzado, por tanto, la protección de los derechos del niño concebido, incluso nacido, fuera del matrimonio, al reconocer de este modo la paternidad, aunque se trate de supuestos en los que, por razones de fuerza mayor, el matrimonio no se haya formalizado; se trata del conocido como error de acta (*subhat al'aqd*), que tiene lugar cuando las relaciones sexuales mantenidas por los novios se han producido como consecuencia de la imposibilidad de formalizar el acta del matrimonio, tras la celebración del acto de los esponsales, bien al hallarse en un lugar en el que no ha sido posible encontrar un testigo cualificado (*adul*), o bien porque falten determinados documentos administrativos, o los novios se encuentran en el extranjero en un lugar en el que no existe un consulado marroquí¹⁶.

19. Por último, el reconocimiento consiste en la confesión de un hombre acerca de su paternidad respecto de un hijo, mayor o menor de edad, con independencia de que se trate o no de un hijo biológico o de que el confesor no haya estado casado con la madre, siempre que el reconocido no tenga filiación conocida. Aclara la Guía Práctica para la aplicación de la Mudawana, que no se requiere del padre que aporte prueba alguna a estos efectos, sino que resulta suficiente su simple declaración, sin que, por otra parte, tenga que declarar que el hijo reconocido es fruto de un adulterio. Ahora bien, la declaración no puede ser desmentida por hechos contrarios a la razón o la lógica, como sería que el padre y el hijo fueran de la misma edad, sabiendo que el texto no exige que el reconocido sea menor. Este acto –entiende la doctrina– no es meramente declarativo de derechos, sino que atribuye la autoridad paterna a la persona que realiza la citada confesión, sin necesidad de probar ni la verdad biológica de la filiación ni la existencia del matrimonio¹⁷. Por lo que se refiere a los requisitos formales, el artículo 162 requiere al reconocimiento escritura pública o declaración manuscrita e inequívoca de la persona que lo ha realizado.

20. Consecuencia de las antedichas reglas es la absoluta discriminación de los hijos cuya filiación no pueda determinarse por alguno de los medios señalados, lo que constituye un problema de imposible solución para el vigente Derecho marroquí de la familia, inspirado en los principios de la *Sharia*. Efectivamente, al margen de estos supuestos no cabe otra forma de determinación de la filiación paterna, por cuanto, en contraste con los ordenamientos jurídicos no islámicos, la *Sharia* prohíbe que el juez, a instancias del hijo, de su representante, o de otra persona con interés legítimo, inste la declaración judicial de la filiación e inicie el procedimiento de investigación de la paternidad¹⁸.

3. La filiación materna

21. Por lo que se refiere a la filiación materna, lo preceptuado por el artículo 142 del Código de Familia –que, como se ha señalado, declara que la filiación resultará de la procreación del hijo por

¹⁶ Junto al error de acta, la doctrina –G. ESTEBAN DE LA ROSA, *op. cit.*, p. 93– distingue en el Derecho islámico clásico otros dos tipos de error: el error de derecho (*subhat al milk*) –que puede tener lugar cuando, por ejemplo, el hombre considera que puede yacer con la esposa-esclava de su hijo, al tener potestad también sobre ella–, y el error de hecho (*subhat al-fi'l*), que puede tener lugar cuando el hombre pensaba que podía yacer con la mujer, que es su hermana por lactancia (con la que no puede contraer matrimonio al existir un impedimento). Ambos tipos de error son infrecuentes en el momento actual, siguiendo la evolución que ha experimentado la sociedad marroquí. Como explica M.C. FOBLETS/J.I. CARLIER, *op. cit.*, p. 83–, la protección que ofrece la nueva disposición del artículo 156 de la Mudawana es, así, circunstancial, traducándose en la ampliación del ámbito probatorio, por cuanto las disposiciones del antiguo Estatuto sólo permitían, a los efectos de la prueba de la paternidad del hijo nacido fuera del matrimonio, la presentación de testigos –testimonio de dos adules–, que obedecía a un procedimiento complicado.

¹⁷ En este sentido, G. ESTEBAN DE LA ROSA –*op. cit.*, p. 94–, siguiendo a Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de Droit musulman comparé. Filiation. Incapacité. Liberalités entre vifs*, Mouton and Co., Paris/La Haye, 1973, p. 25.

¹⁸ En tal sentido, A. MOTILLA/P. LORENZO, para quienes, “aparte de la presunción de filiación matrimonial, el cauce del reconocimiento de la filiación descansa exclusivamente en la voluntad del padre y ninguna otra persona o autoridad, ni siquiera el juez, puede sustituirla. Este hecho es, en fin, una prueba más de la estructura patriarcal con que se concibe la familia en el Derecho islámico”, *op. cit.*, p. 96.

sus padres— se aparta de la discriminación que para la mujer suponía lo establecido en el artículo 83 del derogado Estatuto Personal, que definía la filiación legítima como aquella por la que el hijo adquiere el parentesco de su padre. Por su parte, el artículo 143, como también hemos visto, establece una presunción legal de legitimidad, disponiendo que “la filiación en relación al padre y a la madre se considera legítima hasta que se pruebe lo contrario”¹⁹.

22. En virtud del artículo 147, la filiación materna se establecerá por el hecho de dar a luz, el reconocimiento de la madre en las condiciones que determinan los artículos 160 y siguientes —esto es, con los mismos requisitos que se exigen para el reconocimiento por el padre— y por sentencia judicial. El último inciso del precepto especifica que la filiación por línea materna será legítima en los casos en que resulte de matrimonio, una relación errónea (*chubha*) o una violación.

23. La nueva norma, si bien resultando plausible, no alcanza a igualar completamente los derechos de hombre y mujer en materia de filiación. Así, como ha puesto de manifiesto la doctrina, mientras los padres no puedan decidir de común acuerdo dar al niño el nombre de su madre, con la exclusión de aquel del padre, o los dos nombres a la vez, y mientras la madre no transmita su nacionalidad —desde la mirada del derecho marroquí su hijo ha nacido de un padre extranjero—, el derecho de la madre a transmitir su filiación a su hijo, tal como prevé el citado artículo 142, seguirá siendo papel mojado y no tendrá más que un valor declaratorio, a efectos exclusivamente políticos²⁰.

24. En esta línea, entre los problemas que plantea la falta de tratamiento igualitario por razón de sexo en materia de filiación, que no parecen recibir en la Mudawana soluciones conformes a las exigencias de los tiempos que vivimos, se encontraba el de la transmisión de la nacionalidad de la madre, del que nos ocuparemos a continuación, que, como se ha adelantado en la introducción de este trabajo, ha sido objeto de reforma por parte del legislador marroquí.

III. La adquisición de la nacionalidad marroquí

25. El cambio de política respecto a las mujeres que se ha ido experimentando en Marruecos en los últimos años, con la finalidad de mejorar su situación en ámbitos diversos, ha tenido también reflejo en la ley reguladora de la nacionalidad, que ha sido modificada en diversas ocasiones, la última de ellas con posterioridad a la Mudawana 2004.

26. Efectivamente, la Ley de la Nacionalidad Marroquí (LNM), promulgada por el Dahir 01/58/250, de 6 de diciembre de 1958 ha sido reformada en dos ocasiones, concretamente en 1960 y en 2007. La ya mencionada reforma de 2007, por medio del Dahir 01/07/80, de 23 de marzo, modifica 21 artículos de la norma, introduciendo novedades significativas en consonancia con la política de cambio respecto a la situación jurídica de la mujer. Los objetivos fundamentales de esta reforma se centran en posibilitar, al igual que en el caso de los hombres respecto de sus hijos, que la madre casada con un extranjero transmita a sus hijos la nacionalidad marroquí como nacionalidad de origen —eliminándose en este caso concreto la desigualdad legal existente entre el padre y la madre—, preservar los derechos de los menores, armonizar esta ley con otras leyes nacionales y adecuarla a la leyes internacionales²¹.

27. Esta reforma, propiciada por la política de igualdad que inspira al legislador de Marruecos, facilita sobremedida, entre otras cuestiones, la solución a la controversia sobre la adquisición de la nacionalidad marroquí del hijo nacido en España de padres marroquíes no casados suscitada a lo largo de las dos últimas décadas en el seno de la Dirección General de los Registros y del Notariado, al introducir una importante modificación en el artículo 6 de la Ley de la Nacionalidad.

¹⁹ C. RUÍZ DE ALMODÓVAR, *El nuevo Código Marroquí de la Familia*, MEAH, Sección Árabe-Islam 53, 2004, pp.209-272.

²⁰ En este sentido, O. MOUNIR, *Le nouveau Droit de la famille au Maroc*, Cheminements, 2005, p. 101.

²¹ C. RUÍZ ALMODÓVAR, “La Ley Marroquí de Nacionalidad”, *MEAH*, Sección Árabe-Islam (0544-408X//1696-5868), 59 (2010), 115-135.

28. En virtud de los antiguos artículos 6 y 7 de la citada Ley, la madre no transmitía la nacionalidad a su hijo, salvo que el padre fuera desconocido. Así, primeramente, con anterioridad a la reforma disponía el artículo 6: “Se considera marroquí: 1º. El niño descendiente de padre marroquí. 2º. El niño nacido de madre marroquí y padre desconocido. A continuación, el artículo 7 rezaba del siguiente modo: “Se considera marroquí: 1º. El niño nacido en Marruecos de madre marroquí y de padre apátrida. 2º. El niño nacido en Marruecos de padres desconocidos.

29. La madre, por tanto, no transmite la nacionalidad a su hijo sino cuando es de padre desconocido, o de padre apátrida si el hijo ha nacido en Marruecos. Como ha señalado la doctrina, si la madre no puede transmitir la nacionalidad a su hijo es como si la mujer careciera de existencia jurídica. A ello se añade la circunstancias de que, a veces, no se reconoce a los niños nacidos de padre extranjero tampoco como tales por el Estado del que es nacional su padre, por lo que carecen de nacionalidad cuando son adultos. Tal como lo expresa MOUNIR, la identidad humana de estos niños es fundamentalmente marroquí, al haber nacido de madre marroquí de carne y hueso, y no haber conocido ninguna otra sociedad, pero son verdaderos apátridas en virtud de la ley marroquí²².

30. A la luz de estos preceptos, debe observarse cómo la puesta en relación o aplicación conjunta de la normativa sobre nacionalidad y la correspondiente a la filiación, hacía inviable atribuir al niño nacido en España de padres marroquíes no casados la nacionalidad de Marruecos, dado que el hijo carece de filiación legítima respecto del padre —a falta de matrimonio de sus progenitores y de reconocimiento paterno—, y la madre no transmite la nacionalidad a sus hijos salvo cuando se trate de padre desconocido. Este extraño juego de normas ha llevado a algunas parejas marroquíes no casadas a solicitar la nacionalidad española de su hijo nacido en España.

31. Pero la reforma llevada a cabo en la LNM por medio del mencionado decreto real de 2007, otorga nueva redacción a los artículos 6 y 7, dispensando a la madre el mismo tratamiento que al padre en la transmisión de la nacionalidad. El artículo 6 vigente se limita a declarar que se considerará marroquí “el niño nacido de padre o madre marroquí”. A continuación, el artículo 7 dispone que se considera marroquí el niño nacido en Marruecos de progenitores desconocidos. Sin embargo, se considera que este niño no ha sido nunca marroquí si se establece, durante su minoría de edad, que su filiación proviene de un extranjero, pues gozará de la nacionalidad a la que pertenece ese extranjero, aplicándosele su ley nacional.

32. Claramente, la nueva normativa, al equiparar al padre y a la madre a los efectos de la transmisión de la nacionalidad a los hijos, hace desaparecer cualquier duda que pudiera existir sobre la adquisición de la nacionalidad marroquí de los niños nacidos en España de padres marroquíes no casados, resolviendo hacia el futuro cualquier posible solicitud de concesión a aquellos de la nacionalidad española. Así, incluso si se entendiera que el hijo carece de filiación paterna legítima que le privara de la nacionalidad del padre, adquiriría en cualquier caso la nacionalidad marroquí a través de la madre.

33. La solución que la nueva LNM otorga a la citada controversia, no hace vana la reflexión que a continuación se expone sobre las distintas corrientes doctrinales que, a lo largo de veinte años, se han venido manifestando a través de diversas resoluciones de la DGRN, especialmente porque entendemos que, en algunas de ellas, han faltado argumentos jurídicos fundamentados en el desconocimiento del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo y de nacimiento de la ley marroquí sobre filiación y la transgresión del orden público español que la aplicación de dicha normativa suponía, así como la contemplación del interés superior del menor. Por otra parte, la reforma de la LNM no da respuesta al problema cuando se trata de padre marroquí y madre de otro país que no atribuye al hijo su nacionalidad.

²² O. MOUNIR, *op. cit.*, p. 104. Por el contrario, explicita este autor, la madre extranjera puede siempre inscribir, a su nombre, en su estado civil, a su niño nacido de un padre marroquí y darle su nacionalidad. Pero este niño no podría prevalerse de esta nacionalidad en sus informes con la administración y la justicia marroquí; en relación con la administración y la justicia él es marroquí.

IV. Solicitud de nacionalidad española para los hijos nacidos en España de padres marroquíes no casados

34. La DGRN ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la concesión de la nacionalidad española a niños nacidos en España de progenitores marroquíes no casados, hasta el punto de haber dado lugar, siguiendo distintas trayectorias, a un cuerpo doctrinal al respecto, como hemos adelantado. Los hechos de los que se han derivado estos pronunciamientos tienen por base la promoción de expediente ante el Registro Civil para la declaración con valor de simple presunción de la nacionalidad española del hijo, bien de progenitores marroquíes no casados, o bien de padre marroquí y madre extranjera tampoco unidos por vínculo matrimonial. Al imposibilitar la LNM la atribución de la nacionalidad marroquí al hijo de progenitores no casados, la solicitud se justifica jurídicamente en el artículo 17.1.c) del Código Civil español, que atribuye la nacionalidad española a los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad²³.

35. La solución de la DGRN a dicha problemática ha sido oscilante, pero ha quedado claramente reflejada en dos grandes líneas argumentativas, que han ido alternándose en el tiempo sosteniendo la aplicación o no del artículo 17.1.c) del Código Civil.

a) Aplicabilidad del artículo 17.1.c) del CC: situación de apatridia originaria y concesión de la nacionalidad española.

36. Aunque inicialmente la DGRN negara la nacionalidad española a los niños nacidos en España de padres marroquíes no casados, al entender que por aplicación de la ley marroquí aquellos adquirirían *de iure* la nacionalidad de su padre, la resolución de 15 de febrero de 1999 resolvió, en sentido contrario, que en estos casos –aunque en el supuesto concreto la madre fuera peruana– se producía un supuesto de apatridia originaria. Esta situación venía provocada por el hecho de que el hijo nacido en el extranjero de ciudadanos marroquíes, únicamente puede ser considerado de esta nacionalidad si ha nacido dentro de un matrimonio que sea válido conforme a la legislación marroquí. Por lo tanto, el matrimonio contraído en el extranjero debe hacerse con arreglo a las normas que correspondan según el estatuto personal del contrayente marroquí. En consecuencia, los hijos nacidos de una relación no matrimonial o ilegítima no pueden ser considerados marroquíes²⁴.

37. En esta corriente abundan las resoluciones de 16 de enero de 2002, 13 de diciembre de 2003 y 14 de junio de 2005, que sostienen que el reconocimiento de la paternidad no matrimonial realizado por un marroquí ante las autoridades españolas no lleva consigo, al no seguirse el principio *ocus regit actum*, la atribución de la nacionalidad marroquí del padre. Y, por otra parte, si bien se considera también marroquí el nacido de madre marroquí y padre desconocido, en este caso el progenitor sí es conocido, encontrándose inscrito el menor como hijo no matrimonial de ambos, por lo que tampoco por esta vía corresponde al nacido *iure sanguinis* la nacionalidad marroquí²⁵.

²³ Véase A.P. ABARCA JUNCO / M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “El artículo 17.1 c) del Código Civil. ¿Mecanismo de lucha contra la apatridia o un “nuevo” modo de adquisición voluntaria de la nacionalidad española?”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 14, 2007; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Normativa vigente e interpretación jurisprudencial*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2008, pp. 49-59; id. *Cuestionario práctico sobre nacionalidad española*, León, Eolas Ediciones-Dirección General de la Ciudadanía Española en el Exterior, 2009, pp. 24-26; id. “Inmigrantes e hijos de inmigrantes nacidos en España: vías de acceso a la nacionalidad española”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Migraciones internacionales*, núm. 90, 2010, pp. 115-119; id. *Nociones básicas de Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, Madrid, Servicios a la Ciudadanía. Formación Continua, Ediciones GPS, 5ª ed., 2015, pp. 108-118; M. MOYA ESCUDERO, “Nacionalidad de los nacidos en España de madres marroquíes”, C. Ruiz Sutil / R. Rueda Valdivia (Coords.), *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Sevilla, Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de la Mujer, 2008, pp. 393-410.

²⁴ RDGRN 15 febrero 1999 (RJ 1999\10181). En el caso de esta resolución, conforme al certificado expedido al efecto por el Consulado de Marruecos en Madrid, “se considera marroquí todo sujeto nacido de padre marroquí, sea cual sea la nacionalidad de la madre y el lugar de nacimiento, dentro de un matrimonio conforme a la legislación vigente en Marruecos”.

²⁵ RRDGRN 16 enero 2002 (JUR 2002\119608), 13 diciembre 2003 (RJ 2003\2173) y 14 julio 2005 (RJ 2005\7535). La

b) Inaplicabilidad del artículo 17.1.c) del CC: adquisición de la nacionalidad marroquí del padre.

38. La doctrina inicial de la DGRN, como se ha señalado, niega la nacionalidad española a los niños nacidos en España de padres marroquíes no casados, sosteniendo, en general, la inaplicabilidad del artículo 17.1.c) del CC al adquirir estos hijos la nacionalidad marroquí de sus progenitores. Esta línea de principio, no obstante, da respuesta a dos situaciones distintas: la de los hijos inscritos con filiación paterna y materna y la de los hijos inscritos solo como hijos de la madre, sin filiación respecto del padre. Este segundo caso, ciertamente, no plantea dudas de legalidad, por cuanto el antiguo artículo 6.2º de la Ley de Nacionalidad marroquí atribuía la nacionalidad marroquí a los hijos de madre marroquí y padre desconocido²⁶.

39. La primera situación, sin embargo, no resulta tan clara como la segunda, al no ajustarse estrictamente al supuesto recogido por el artículo 6.2º de la mencionada Ley, ya que, al estar determinada e inscrita la filiación paterna, no estamos hablando verdaderamente de hijo de padre desconocido. A pesar de ello, la DGRN continuó otorgando la misma respuesta, denegando la nacionalidad española al niño sobre la base de la transmisión al hijo de la nacionalidad marroquí. Tal doctrina, aunque se ha mantenido fiel a la solución inicial, ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, ofreciéndose progresivamente por el Centro Directivo argumentos jurídicos más elaborados y de mayor calado hasta el momento presente, habiéndose convertido en cualquier caso en la doctrina imperante en la DGRN.

40. Esta evolución podemos observarla con claridad si partimos de la RDGRN de 7 de diciembre de 1995, que, resolviendo la solicitud de nacionalidad española para una niña nacida en España, inscrita como hija no matrimonial reconocida por sus padres solteros, declara que los hijos de padre marroquí, así como los hijos de madre marroquí y padre desconocido tienen la nacionalidad marroquí *de iure*. A ello añade la siguiente reflexión: si el reconocimiento otorgado por el padre no tiene eficacia para el ordenamiento marroquí, la situación equivale a la de una hija de madre marroquí y de padre desconocido, en la que también está atribuida por filiación la nacionalidad marroquí²⁷. La DGRN primeramente opta, pues, por aplicar por analogía el artículo 6.2º LNM.

41. Frente a la sencillez de esta resolución, la más reciente de 31 de octubre de 2005 profundiza en los fundamentos de derecho de la decisión, recogiendo además un resumen de la doctrina hasta el momento emitida por la DGRN²⁸. En ella se observa cómo la DGRN había mantenido, hasta su resolución de 27 de octubre de 1998, que el artículo 17.1.c) del CC no era aplicable a los hijos de padre marroquí, porque por aplicación de la ley marroquí –en concreto, el art. 6 del Dahir nº 250-58-1, de 6 de septiembre de 1958– los hijos de padre marroquí ostentaban *de iure* la nacionalidad marroquí por nacimiento; esta doctrina estaba basada en el conocimiento entonces adquirido de la citada ley marroquí, que al no condicionar expresamente la atribución de la nacionalidad a la filiación matrimonial del hijo, hizo interpretar a este Centro Directivo que el dato del carácter matrimonial o no matrimonial del hijo resultaba indiferente a los efectos de adquirir la nacionalidad marroquí del padre. Esta doctrina sufre una primera inflexión con la Resolución de 15 de febrero de 1999 antes mencionada, pero fue retomada por la de 5 de febrero de 2002, entendiendo que el nacido fuera de Marruecos de padre marroquí, siendo su filiación matrimonial, tiene *de iure* desde su nacimiento la nacionalidad marroquí de su padre, con independencia de las dificultades de facto con que se encuentre el interesado en el Consulado marroquí para documentarse como nacional de este país y para que sea reconocido el matrimonio de su padre; sostiene la citada

primera de las decisiones citadas ha sido objeto de múltiples comentarios, entre otros, véase A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “La doctrina de la DGRN en materia de nacionalidad y estado civil (enero-abril 2002)”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, noviembre 2002, pp. 206-208; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ / OBSERVATORIO PERMANENTE DE LA INMIGRACIÓN, *Nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en España (Regulación legal e interpretación jurisprudencial sobre un análisis de datos estadísticos de los nacidos en territorio español durante el período 1996-2002)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Observatorio Permanente de la Inmigración, 2006, pp. 67-69.

²⁶ Supuesto de la RDGRN 10 septiembre 1994 (RJ 1994º7828) y de la RDGRN 24 enero 1996 (RJ 1996º2396).

²⁷ RDGRN 7 diciembre 1995 (RJ 1996º1403).

²⁸ RDGRN 31 octubre 2005 (JUR 2006º266672).

Resolución que no hay dificultades insuperables en este caso, para que sea reconocida en Marruecos la validez de un matrimonio civil celebrado en España entre un marroquí musulmán y una cristiana²⁹.

42. Finalmente, la propia resolución de 31 de octubre de 2005 sostiene la inaplicabilidad del artículo 17.1.c) del CC español a estos supuestos al entender, por interpretación de lo preceptuado por la nueva Mudawana, que no tiene lugar situación de apatridia para el menor. En virtud de esta doctrina, la DGRN por medio de esta resolución añade otros cuatro argumentos a los anteriormente reseñados:

- El nuevo Código de Familia marroquí admite la celebración de los matrimonios contraídos por ciudadanos marroquíes fuera de Marruecos en la forma local propia del país de la residencia habitual de estos, sin perjuicio de depositar una copia del acta matrimonial en el Consulado de Marruecos correspondiente al lugar de celebración;
- Son medios legales para la determinación de la filiación paterna en el Derecho marroquí, no solo la presunción legal que se deriva del matrimonio, sino también el reconocimiento y la cohabitación (art. 152 de la Mudawana). Por su parte, el artículo 157 del nuevo Código admite el establecimiento de la filiación también en los casos de matrimonios viciados o impugnables o incluso en los supuestos de las denominadas relaciones por error.
- En cuanto a los efectos probatorios de la filiación no matrimonial, no puede obviarse el hecho de que la propia inscripción del nacimiento en el Registro Civil español constituye prueba de la filiación, de especial importancia cuando la inscripción ha sido promovida por el padre conjuntamente con la madre, y practicada dentro del plazo legal, siempre que no se aprecie imposibilidad biológica para la paternidad y que no se haya acreditado otra distinta, y siempre que no pueda dudarse de la autenticidad del reconocimiento.
- Por último, debe atenderse a la importancia en esta materia de la asunción del principio *favor filiationis* por el Derecho marroquí, que sienta la presunción de que la filiación es legítima respecto del padre y de la madre mientras no se demuestre lo contrario (art. 143 CF)³⁰.

43. Esta doctrina se reproduce en todas las resoluciones emitidas con posterioridad, componiendo la respuesta definitiva de la DGRN a la controvertida cuestión, incluso en resoluciones emitidas después de la promulgación de la nueva normativa marroquí sobre la nacionalidad³¹.

V. El principio de igualdad de los hijos con independencia de su filiación, la excepción de orden público español y el interés superior del menor

44. Aunque la RDGRN de 31 de octubre de 2005 que acabamos de analizar resolviera finalmente la controversia en estudio con apoyo en los fundamentos jurídicos expuestos, seguidos fielmente por las resoluciones posteriores, previamente reflexiona, como una primera aproximación al tema, sobre la aplicabilidad de la cláusula de orden público internacional, partiendo del principio de igualdad y no discriminación que consagra la Constitución Española. Efectivamente, a pesar de que la cuestión se dilucida desde la exclusiva perspectiva del Derecho marroquí, la DGRN evidencia que al tratar de aplicar el artículo 17.1.c) del CC, surge una situación paradójica caracterizada por un efecto de “doble espejo” entre los artículos 17.1.c) y 9.1 y 4 CC, en la que la nacionalidad y la filiación del menor son respectivamente

²⁹ La RDGRN 5 febrero 2002 (JUR 2002\146153) recoge un caso de un matrimonio entre una mujer ecuatoriana –cuya legislación niega esta nacionalidad a los nacidos fuera de Ecuador que no estén al servicio del país– y un hombre marroquí. Alinéandose con esta, la RDGRN 26 enero 2004 (JUR 2004\138610) niega la condición de español *iure soli* al nacido en España hijo no matrimonial de padre marroquí y madre ecuatoriana.

³⁰ RRDGRN 31 octubre 2005 (JUR 2006\266672).

³¹ RRDGRN 10 febrero 2006 (JUR 2007\112157), 27 marzo 2006 (JUR 2007\112102), 18 junio 2008 (JUR 2009\397311), 24 noviembre 2008 (RJ 2010\458) –en este caso se trataba de la filiación de un hijo de madre marroquí y padre desconocido–, 26 enero 2009 (JUR 2010\99179), 16 febrero 2011 (JUR 2012\74786), 23 septiembre 2011; 21septiembre 2012 (JUR 2013\283271); 3 enero 2014 (JUR 2014\209973); 17 febrero (JUR 2014\210674); y 3 septiembre 2014 (JUR 2015\251641), siendo esta la última resolución que se ha pronunciado sobre el tema; debe presumirse que por mor de la modificación de la LNM.

cuestiones previas la una respecto de la otra, sin que ninguna de la dos se pueda definir sin determinar antes la otra: el hijo es nacional marroquí si se establece su filiación respecto de un padre marroquí, pero para determinar esta filiación ha de hacerse aplicación del estatuto personal del hijo que, a su vez, se determina por la nacionalidad del mismo, nacionalidad que no puede afirmarse sin el *prius* de la filiación.

45. Tratándose, pues, de determinar previamente la filiación del menor, y teniendo en cuenta la discrepancia que existe entre la distinción subsistente en el Código de Familia marroquí entre filiación legítima e ilegítima y el principio de igualdad y no discriminación por razón de filiación que recogen los artículos 14 y 39 de la Constitución Española, la aplicación de la norma marroquí que ordena el artículo 9.4 CC –el carácter y contenido de la filiación se regirán por la ley personal del hijo–, podría ser desplazada a través de la cláusula de orden público español que enuncia el artículo 12.3 CC: “En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”. Y el estatuto jurídico del menor, tal como ha declarado el Tribunal Constitucional, es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos³².

46. Por otra parte, la ley española como ley del foro es asimismo la que resulta aplicable si se parte de la idea de que, por ser la filiación una cuestión previa y condicionante de la de la nacionalidad del menor, el establecimiento del vínculo filial se ha de resolver partiendo como premisa del carácter indeterminado de la nacionalidad del hijo, lo que supone aplicar como punto de conexión la residencia habitual de este (art. 9.4 y 10 CC). Finalmente, en este complejo proceso interpretativo, abundando en la solución apuntada, se ha de ponderar de forma decisiva el principio del *favor filiationis*, que igualmente aconseja aplicar la ley que reconoce el vínculo de filiación como vínculo jurídico resultante del hecho biológico de la procreación (ley española), descartando la ley que niega tal vínculo (ley marroquí).

47. A pesar de este reconocimiento de aplicabilidad de la excepción de orden público, la DGRN entiende que si paralelamente la misma conclusión sobre la nacionalidad del menor no se alcanzara por la legislación marroquí, ello daría como resultado el incumplimiento de la finalidad del artículo 17.1.c) CC, esto es, la evitación de la apatridia. Desde esta perspectiva, para lograr la finalidad a la que propende la norma, se impondría admitir la excepción de la excepción, es decir, la inaplicación al caso de la cláusula de orden público, lo que lleva a estas resoluciones a analizar el tema de la filiación del menor exclusivamente desde la perspectiva del Derecho marroquí.

48. Esta argumentación de la DGRN sobre la aplicación de la excepción de orden público internacional ha sido puesta en entredicho por algún sector de la doctrina, que ha entendido que esta complejidad en el razonamiento jurídico expuesto es innecesaria, y la invocación de la cláusula de orden público errónea, al menos en cuanto al efecto que produciría la excepción. Se sostiene, en esta línea, que según el análisis de la legislación marroquí sobre filiación llevado a cabo, esta queda determinada con el carácter de no matrimonial, pero equiparada en efectos a la matrimonial, lo que significa que el hijo no matrimonial sigue la nacionalidad marroquí de su padre; por tanto, no resulta necesaria la invocación de la cláusula de orden público. “Pero al no haber procedido de manera coherente y lógica, la resolución debe realizar una compleja argumentación por la vía de la excepción que es a su vez exceptuada para llegar nuevamente al punto de partida, y encontrarnos con la sorpresa de que no existía motivo alguno para realizar la primera excepción”³³.

³² STC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000\141). El mismo Tribunal Constitucional ha hecho aplicación práctica de esta idea para rechazar la intervención de la ley extranjera que prohíbe las acciones de filiación del hijo, aplicando en su lugar sustitivamente la Ley española, activando así la previsión del artículo 12.3 CC (STC 7/1994, de 17 de enero). Igualmente actúa en tal dirección la existencia de normas materiales imperativas en el Derecho español que limitan el alcance de las normas de conflicto antes vistas, como es el caso de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo artículo 1 declara aplicable la Ley a todo menor de dieciocho años que se encuentre en España, sean estos nacionales o extranjeros.

³³ En este sentido, J.A. GARCÍA GARCÍA, “La doctrina de la DGRN sobre la aplicabilidad del artículo 17.1.c) del Código civil a los hijos de padres marroquí nacidos en España. Un viaje de ida y vuelta”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 15, 2007, p. 217. Véase A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Nociones básicas de Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, Madrid, Servicios a la Ciudadanía. Formación Continua, Ediciones GPS, 5ª ed., 2015, pp. 11-112 y nota 269; A. ÁLVAREZ

49. Para este sector doctrinal, aunque procediera la aplicación de la excepción de orden público respecto de la legislación marroquí, el efecto no es aplicar las reglas españolas sobre determinación de la filiación, para provocar la consecuencia jurídica de que el hijo sigue la nacionalidad marroquí del padre, con arreglo a las normas marroquíes. Esta desconexión entre ley aplicable a la filiación y ley aplicable para determinar la nacionalidad, provocaría resultados absurdos, como es el caso ante el que nos encontramos. Por ello –concluye GARCÍA GARCÍA–, la ley española aplicable, una vez constatado que el hijo no sigue la nacionalidad del padre –por aplicación de las normas del Derecho extranjero relativas a la determinación de la filiación–, conforme a la ley nacional de este, no es otra que el artículo 17.1.c) CC, debiéndose conceder la nacionalidad española del hijo solicitada.

50. Ciertamente, no resulta fácil decantarse por uno u otro razonamiento jurídico, que obviamente llevan a resultados opuestos. Desde nuestro punto de vista, aunque la excepción de orden público resulte a todas luces aplicable, por cuanto la ley marroquí sobre filiación atenta contra el principio de igualdad por razón de nacimiento, el efecto que sobre la protección del menor se pretende alcanzar con su llamada, al impedirse su discriminación por haber nacido fuera del matrimonio, puede resultar fallido si lo que se consigue finalmente no es otra cosa que la apatridia del niño. Este efecto indeseado puede observarse claramente en la resolución de 5 de febrero de 2002, que sostuvo, como vimos, que el nacido fuera de Marruecos de padre marroquí, siendo su filiación matrimonial, tiene *de iure* desde su nacimiento la nacionalidad marroquí de su padre, “con independencia de las dificultades de facto con que se encuentre el interesado en el Consulado marroquí para documentarse como nacional de este país y para que sea reconocido el matrimonio de su padre”.

51. De la propia resolución se desprende la falta de certeza sobre el desenlace exitoso del conflicto, en la medida que no queda garantizado que las autoridades competentes de Marruecos concedan finalmente al niño la nacionalidad marroquí aplicando adecuadamente su ordenamiento jurídico. Idéntica reflexión puede realizarse respecto de la resolución de 5 de diciembre de 1995, que aplica por analogía la determinación de la filiación materna en caso de padre desconocido, al asumir que para el ordenamiento marroquí puede resultar ineficaz el reconocimiento otorgado en España por el padre³⁴; la única posibilidad de considerarse eficaz el reconocimiento sería que el *iqrar* se hiciera en consonancia con la ley marroquí. Al hilo de esta reflexión, la doctrina no ha dejado de poner de manifiesto la inseguridad jurídica, incluso la desconfianza, que produce el hecho de que la DGRN deba aplicar e interpretar en estos casos una ley extranjera³⁵. Y es esta inseguridad en la definitiva atribución de la nacionalidad al niño la que nos lleva a concluir que, por encima de otras cuestiones, debe atenderse en estos casos al principio del interés superior del menor. Ante la posibilidad de que el niño quede apátrida, o ante las azarosas vicisitudes por las que se ha de atravesar para que adquiera definitivamente una nacionalidad, lo que parece más acertado en esta tesitura, en aras de la protección del menor, es la aplicación del artículo 17.1.c) CC, debiéndose responder, pues, positivamente a las solicitudes de concesión de la nacionalidad española elevadas en estas circunstancias.

52. En cualquier caso, la modificación operada en marzo de 2007 en la LNM ha solventado la problemática sobre la aplicabilidad del artículo 17.1.c) CC en estos supuestos. Al transmitirse al hijo la nacionalidad marroquí del padre o de la madre en condiciones de igualdad, desaparece el problema de las dificultades existente para determinar la filiación paterna en los casos de parejas marroquíes no

RODRÍGUEZ /G. MARRERO GONZÁLEZ, “Attribution of Spanish Nationality to Children Born in Spain with the purpose of avoiding situations of statelessness at birth”, S. Carrera Nuñez / G-R. De Groot (Eds.), *European Citizenship at the Crossroads: The Role of the European Union on Loss and Acquisition of Nationality*, Wolf Legal Publishers, 2015, p. 277.

³⁴ De hecho, sostiene C. RUÍZ SUTIL que cuando un padre marroquí residente en España reconozca a un hijo ilegítimo de conformidad con el Derecho español, tal declaración voluntaria de la paternidad, que no está prevista abiertamente en el CFM, nunca podrá ser considerada válida por las autoridades marroquíes al resultar contraria al orden público marroquí, *La determinación de la filiación del nacido en España de progenitor marroquí*, Granada, 2009, p. 239.

³⁵ GARCÍA GARCÍA, J.A. sostiene que buen ejemplo de esta inseguridad o desconfianza es la aplicación de la ley marroquí que lleva a cabo la RDGRN de 7 de diciembre de 2006, que constituye un auténtico banco de pruebas sobre las dificultades que, en la aplicación del art. 17.1.c) CC, se presentan de manera habitual ante los órganos registrales de nuestro país, *op. cit.*, p. 210.

casadas, al objeto de poder atribuir la nacionalidad marroquí del padre de los niños nacidos en España. Las resoluciones posteriores a esa fecha debieron, pues, haber aplicado la nueva normativa, incluso en los casos en los que la solicitud se elevara con anterioridad a su entrada en vigor, teniendo en cuenta que el artículo 2 de la LNM prevé que las nuevas disposiciones en relación a la atribución de la nacionalidad marroquí como nacionalidad de origen se aplicarán a las personas nacidas antes de la entrada en vigor de tales disposiciones, si en dicha fecha no habían alcanzado la mayoría de edad.

53. No obstante, no podemos olvidar que la cuestión subsiste en los casos de los hijos de padre marroquí y madre de otra nacionalidad que no se hallen unidos por vínculo matrimonial, si el país de procedencia de la madre no atribuye al hijo la nacionalidad de esta; y también en los supuestos de parejas de otros Estados sometidos al Derecho islámico que no hayan modificado sus normas sobre adquisición de la nacionalidad del correspondiente país. En caso de duda sobre el resultado definitivo de la aplicación de la ley extranjera, el interés del menor, entendemos, se halla por encima de los demás argumentos jurídicos expuestos.