

EL STATUS JURÍDICO DEL HIJO DE EXTRANJEROS NACIDO EN ESPAÑA. NACIONALIDAD Y NORMATIVA DE EXTRANJERÍA

M^a ÁNGELES SÁNCHEZ JIMÉNEZ

Profesora de Derecho Internacional Privado

Universidad de Murcia

Paralelamente al aumento del fenómeno de la inmigración en España discurre el importante número de hijos de extranjeros nacidos en territorio español, ya sea de progenitores que se encuentran en situación regular (con autorización de residencia y trabajo), o irregular. Como muestra, baste constatar el incremento de los casos de madres embarazadas que vienen clandestinamente a España en pateras, quizá engañadas por las mafias que les aseguran que el nacimiento del hijo en territorio español les va a permitir obtener la ansiada autorización de residencia cuando, como vamos a comprobar, no es cierto. Aquí se enmarca el objetivo ahora perseguido, que es el de determinar la incidencia que el hecho del nacimiento en España pueda tener en la atribución de un *status* privilegiado respecto a los nacidos en el extranjero. Para ello es preciso considerar el alcance que el legislador atribuye a este hecho en la normativa reguladora de la nacionalidad española por una parte y, por otra, en la de extranjería¹.

I. CONSIDERACIÓN DEL NACIMIENTO DEL EXTRANJERO EN ESPAÑA EN NUESTRA NORMATIVA REGULADORA DE LA NACIONALIDAD.

1. EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA ATRIBUCIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR EL NACIMIENTO EN ESPAÑA

Los artículos 17 y siguientes del Código civil regulan las distintas formas de adquirir la nacionalidad española², así como la pérdida y la recuperación de la misma. Del conjunto de esta reglamentación, lo que ahora nos interesa es determinar si la atribución de la nacionalidad española viene incidida por el hecho del nacimiento en España.

1. Excluimos de nuestro análisis el caso de los extranjeros, hijos o nietos de españoles de origen, puesto que a ellos se refiere específicamente la Ley de extranjería para otorgarle un trato singular.

2. La nacionalidad española, además de atribuirse en el momento del nacimiento del sujeto, que es.

La respuesta a esta cuestión pasa por señalar que en la regulación del Código civil se combinan dos criterios esenciales para la atribución de la nacionalidad española en el momento del nacimiento: (1) El del *ius sanguinis*, según el cual son españoles los hijos de españoles y (2) El del *ius soli*, en cuya virtud son españoles los nacidos en España. No obstante, el primer criterio es claramente predominante, tanto es así que, realmente, el segundo (*ius soli*) es empleado con carácter marginal, para casos restringidos. La causa deriva del tradicional carácter de España como país de emigración, ya que, al adoptar como base de la atribución de la nacionalidad española el criterio del *ius sanguinis*, se pretendía continuar vinculando a los emigrantes y sus descendientes con España. Ahora bien, durante los últimos años, España se ha convertido en país de inmigración, lo que podría haber tenido reflejo al dar entrada a una mayor amplitud de los supuestos de atribución de la nacionalidad española mediante el criterio del *ius soli*, y sin embargo no ha sido así. Este criterio continúa teniendo un carácter residual, únicamente matiza, en ocasiones, la generalidad del criterio del *ius sanguinis*.

Por esta razón, con carácter general y como consecuencia de la amplitud con que opera este último criterio en el momento del nacimiento, son españoles los nacidos de español o española³ (art.17.1 a) Cc), sean hijos matrimoniales o extramatrimoniales (art.39CE) y hayan nacido en España o en el extranjero —Por ejemplo, un hijo no matrimonial de madre española y padre turco nacido en Turquía es español—.

En sentido contrario, son extranjeros los nacidos de progenitores extranjeros, con independencia de que hubieran nacido en el extranjero o en España. Así pues, como regla general, el hecho de nacer en España no es considerado para la atribución de la nacionalidad española al hijo de extranjeros, y ello con independencia de la inscripción del nacimiento en el Registro civil español (art. 15 LRC)⁴.

Ahora bien, esta regla general tiene sus excepciones, de modo que, en ciertos casos, al nacido en España se le atribuye por este hecho la nacionalidad española.

el supuesto que ahora nos interesa, puede adquirirse por adopción, posesión de estado, opción, residencia en España y por carta de naturaleza.

3. Se trata de considerar este criterio en el momento del nacimiento, porque también en base a él, la adopción por un español determina la nacionalidad española de origen del hijo adoptivo si es menor de 18 años (art. 19.1 Cc), y si es mayor, tiene el derecho a optar por ella (art. 19.2 Cc).

4. Según el cual “En el Registro constarán los hechos inscribibles que afectan a los españoles y los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros”.

Sin embargo se trata de excepciones limitadas, pues sólo se producen en los escasos supuestos en que se da entrada al criterio del *ius soli* con la intención de evitar, únicamente, la perpetuación de las estirpes de extranjeros en España y los casos de apatridia. Así se comprueba si nos adentramos en el análisis de los mismos, tal y como los recoge el art. 17 Cc, en cuya virtud, son españoles de origen⁵:

(1) “*Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España*” (art. 17.1 b). La atribución de la nacionalidad española en este caso tiene el objetivo de evitar la perpetuación de linajes de extranjeros indefinidamente en España, se entiende por ello que en la segunda generación del nacido en España, esto es, los nietos de los inmigrantes, existe el arraigo suficiente que motiva la atribución de la nacionalidad española con la que se facilita definitivamente su integración. No obstante, se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España, ya que falta la vinculación o el arraigo, que motive la atribución de la nacionalidad española. Sin embargo, esta excepción no comprende a los hijos del resto del personal administrativo, técnico o de servicio doméstico de la Embajada o Consulado.

(2) Igualmente son españoles de origen “*los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad...*” (art. 17.1.c) Cc). Este supuesto contempla el caso de los nacidos en España de padres apátridas y obedece al cumplimiento de los Convenios internacionales que nos obligan, y que, integrados en la protección de los Derechos Humanos, tienen el objetivo de proteger al menor y evitar su apatridia⁶. En consecuencia, nuestras leyes tienen que atribuir la nacionalidad española al nacido en España de padres apátridas para, en base al principio del interés superior del menor, evitar que el niño también sea apátrida. En este caso los padres han de probar que carecen de nacionalidad en el momento del nacimiento.

(3) Es también español de origen el nacido en España “*...cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos se presumen nacidos en territorio español los*

5. La distinción entre españoles de origen y no originarios deriva de la Constitución (art.11) y consiste en un *status* jurídico diferenciado en ciertos aspectos, siendo el más importante que los españoles de origen no pueden ser privados de su nacionalidad (aunque pueden perderla en los casos establecidos por la Ley).

6. El artículo 7 del Convenio sobre los Derechos del Niño de 1989 señala en su apartado 1: “*El niño...tendrá derecho desde que nace...a adquirir una nacionalidad...2.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*”. A este precepto hay que unir el art. 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; el art. 24.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; o el art. 1.1 de la Convención para reducir la apatridia de 1961.

menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español” (art. 17.1 d) Cc). Se trata del caso en que los padres sean desconocidos en el momento del nacimiento, de ahí que, la consideración del criterio del *ius soli*, y con él la atribución de la nacionalidad española por el hecho de nacer en España, obedece, como en el anterior, a evitar la apatridia del nacido en España. La atribución es definitiva, de manera que no perdería la nacionalidad española aunque posteriormente se acreditara su filiación y fueran sus progenitores extranjeros. Así se ha de entender, tanto por la seguridad jurídica, como por la protección del menor que justifica esta atribución.

(4) Es también español el nacido en España “...de padres extranjeros...si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad” (art. 17.1.c). En este supuesto, y con la misma finalidad de evitar la apatridia del menor, se contempla la atribución de la nacionalidad española al hijo nacido en España de padres extranjeros cuando la Ley del país de los progenitores no atribuyera al hijo una nacionalidad en el mismo momento del nacimiento. Esto ocurre cuando los padres tienen la nacionalidad de un país que sigue únicamente el criterio del *ius soli*, y por tanto, sólo le atribuye al hijo la nacionalidad de los padres cuando hubiera nacido en su territorio. En este caso, para evitar la apatridia del hijo derivada de su nacimiento en España, se le atribuye la nacionalidad española. Este supuesto se produce tratándose de los nacidos en España hijos de argentinos, peruanos, uruguayos o portugueses⁷. También en este caso pueden encontrarse los nacidos en España de padres ecuatorianos o marroquíes, supuestos que más interés presentan por ser cuantitativamente los colectivos de inmigrantes más numerosos en nuestro país. Sin embargo, en ambos es necesaria una mayor precisión.

7. Respecto a estos supuestos Vid. las Resoluciones de la DGRN en CARRASCOSA GONZÁLEZ, J./SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., *Legislación sobre nacionalidad y extranjería comentada y con jurisprudencia*, 2002, pp. 13-15: Así, La DGRN ha confirmado, en esta línea, que son españoles: a) Los nacidos en España de padres argentinos RDGRN 30 mayo 1991, RDGRN 6 octubre 1993, RDGRN 22 marzo 1994, RDGRN 15 enero 2000, RDGRN 21 enero 1999; RDGRN 3 de junio de 2002; b) Los nacidos en España de padres peruanos: RDGRN 8 mayo 1991, RDGRN 24 mayo 1991, RDGRN 20 junio 1991, RDGRN 30 septiembre 1991, RDGRN 12 noviembre 1991, RDGRN 13 enero 1992, RDGRN 23 marzo 1992, RDGRN 28 mayo 1993, RDGRN 28 junio 1993, RDGRN [1^a] 3 julio 1993, RRDGRN [1^a, 2^a, 3^a, 4^a, 5^a] 10 septiembre 1993, RDGRN 1 octubre 1993, RDGRN [3^a] 16 abril 1994, RDGRN 10 diciembre 1996, RDGRN [1^a] 20 noviembre 2001, RGRN (2^a), de 8 de mayo de 2002 entre otras, y no importa que el nacido en España pueda, posteriormente y mediante una inscripción en el Registro civil peruano, adquirir la nacionalidad peruana, pues hay que evitar a toda costa su apatridia en el momento de su nacimiento; c) Los nacidos en España de padres uruguayos (RDGRN 15 diciembre 1992); d) Los nacidos en España de progenitores peruano y argentino (RDGRN 23 marzo 1992); e) Los nacidos en España de padres portugueses (RDGRN 24 mayo 1994, RDGRN 19 octubre 1993, RDGRN [5^a] 17 junio 1998); f) Los nacidos en España de padres de Cabo Verde (RDGRN [2^a] 15 junio 1998); g) El nacido en España de padre peruano y madre rusa (RDGRN [1^a] 22 junio 2001), h) El nacido en España de colombiano y ecuatoriana, cuando la residencia de esta en España no pueda estimarse transitoria (RDGRN (2^a) de 21 de enero de 2002).

En lo que respecta al hijo de ecuatorianos nacido en España, hay que partir de la base de que la Ley de Ecuador establece que el nacido de padres que transitoriamente se hallan fuera de Ecuador es ecuatoriano (en virtud del art. 7 de su Constitución), por tanto no se le atribuye la nacionalidad española, en ese caso inscribirán al hijo en el Registro Consular alegando la transitoriedad de su residencia en España. Sin embargo, si los padres residen con carácter definitivo en otro país, la Ley de Ecuador no le atribuye la nacionalidad ecuatoriana si el hijo nace fuera de Ecuador, este supuesto es el que motiva la atribución de la nacionalidad española⁸.

Respecto al hijo de marroquíes nacido en España, es preciso considerar que, de acuerdo con la legislación marroquí, son marroquíes aunque hubieran nacido en el extranjero los hijos de padre marroquí con filiación paterna legítima, así como los hijos de madre marroquí y padre desconocido. Por el contrario, no se les atribuye tal nacionalidad a los hijos extramatrimoniales de madre marroquí y padre conocido⁹. En estos casos es cuando se les atribuye la nacionalidad española.

En todos los casos anteriores es preciso probar que el hijo nacido en España no tiene atribuida la nacionalidad de ninguno de los progenitores. En realidad, y dado

8. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J./SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., *Legislación... Cit.*, p. 14: RDGRN [2ª] 21 junio 1999, RDGRN 27 agosto 1999, RDGRN 5 julio 1999, RDGRN [3ª] 15 octubre 1999, RDGRN [4ª] 15 octubre 1999, RDGRN [1ª] 21 octubre 1999, RDGRN [2ª] 13 abril 2000, RDGRN 19 julio 2000, RDGRN [1ª] 12 febrero 2001, RDGRN 13 diciembre 2001, RDGRN [2ª] 20 noviembre 2001, RDGRN [1ª] 21 enero 2002, RDGRN [2ª] 21 enero 2002, RDGRN 28 enero 2002, RDGRN [1ª] 31 enero 2002, RDGRN [2ª] 31 enero 2002, RDGRN 4 febrero 2002, RDGRN [2ª] 27 marzo 2002, RDGRN [3ª] 27 marzo 2002; RDGRN [3ª] 5 abril 2001, RDGRN [3ª] 13 mayo 2002; RGRN, de 8 de mayo de 2002, entre otras, pues son muy abundantes los pronunciamientos en este sentido. En particular destacar la RDGRN [1ª] de 14 de junio de 2002, donde se trata de una declaración con valor de simple presunción de la nacionalidad española de ecuatoriana nacida en 2001 en España que el Encargado del Registro Civil había denegado por ausencia de conocimiento de la transitoriedad o de la estancia de la progenitora en España. Ante este supuesto se interpuso recurso ante la DGRN, pero fuera del plazo establecido de los quince días hábiles a partir de la notificación del auto, por lo que no se admitió.

9. Como señalan MOTILLA, A./ LORENZO, P. (*Derecho de Familia Islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Madrid, 2002, pp. 95 ss), el Derecho de familia islámico está presidido por el principio básico de que el parentesco se trasmite por línea masculina. Así pues, la legitimidad de la filiación se fundamenta en la prueba de la consanguinidad del padre respecto del hijo. Si éste es hijo matrimonial, su filiación es legítima, y con ella, se le atribuye la nacionalidad marroquí. Ahora bien, si se trata de hijos extramatrimoniales, el Derecho marroquí otorga los mismos efectos que a la filiación legítima respecto de la progenitora (art. 83.2 de la *Mudawana* cuando señala que en relación con la madre el reconocimiento de ésta del hijo entraña "...los mismos efectos que la filiación legítima..."). Por ello, el art. 6 del *Dahir*, permite interpretarlo en el sentido de que la legislación marroquí sigue el principio del *ius sanguinis* en orden a los nacidos fuera de Marruecos, pues basta con ser hijo de padre marroquí con filiación paterna legítima o de madre marroquí y padre desconocido para ser considerado marroquí, salvo este caso, no se le atribuye al hijo de mujer marroquí tal nacionalidad. Ahora bien, desde hace algunos años el Consulado marroquí acreditado en Madrid se ha negado a inscribir a los hijos de marroquíes que habían contraído matrimonio al margen de la ley

que en los últimos años se han incrementado las solicitudes de nacionalidad española al hijo de inmigrantes basadas en esta causa, la DGRN examina de manera cautelosa cada caso para constatar que, efectivamente, este menor sería apátrida, lo que justifica la atribución de la nacionalidad española¹⁰.

De acuerdo con todo lo anterior se puede concluir que, salvo estos supuestos excepcionales, el hecho de nacer en España no incide en la atribución de la

marroquí, es decir, los matrimonios civiles celebrados en España. La causa deriva de no considerar válidos tales matrimonios, razón por la cual, los hijos nacidos de esa relación matrimonial, no reconocida como tal, no son documentados como marroquíes, de ahí que para resolver este problema, se les ha atribuido la nacionalidad española. (RDGRN (1^a) de 16 de enero de 2002; RDGRN (4^a) de 23 de abril de 2002).

10. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J./SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., *Legislación...Cit.*, pp. 14-15: La DGRN insiste en el hecho de que no son españoles: a) Los nacidos en España de padres chinos: RDGRN 30 diciembre 1992, RDGRN 9 febrero 1993, RDGRN 20 abril 1993, RDGRN 11 enero 1995, RDGRN [2^a] 18 abril 1998; RDGRN (7^a) de 16 de septiembre de 2002; b) Los nacidos en España de padres dominicanos: RDGRN 21 octubre 1993, RDGRN 23 abril 1996, RDGRN [2^a] 26 junio 1998, si bien con ciertas cautelas; c) Los nacidos en España de padres zaireños: RDGRN 6 septiembre 1995, RDGRN 15 marzo 1996, RDGRN [3^a] 11 junio 2001; RDGRN [2^a] 5 enero 2002; d) Los nacidos en España de progenitores angoleño y zaireño: RDGRN [3^a] 23 noviembre 1995, RDGRN 20 febrero 1996; e) Los nacidos en España de padres angoleños: RDGRN 17 septiembre 1996, RDGRN [1^a] 15 septiembre 2000, RDGRN [10^a] 10 septiembre 2001; f) Los nacidos en España de padres marroquíes: RDGRN 7 diciembre 1995, RDGRN 24 enero 1996, RDGRN [1^a] 27 febrero 1996, RDGRN 5 marzo 1996, RDGRN [3^a] de 18 enero 1997, RDGRN 27 octubre 1998, RDGRN [2^a] 27 marzo 2001; mantiene otro criterio, luego abandonado, la RDGRN [5^a] 15 febrero 1999, en relación a una hija nacida en España de padre marroquí y madre peruana, como demuestra la RDGRN [1^a] 1 septiembre 1999, la RDGRN [1^a] 9 septiembre 1999, la RDGRN [2^a] 11 febrero 2000, la RDGRN [3^a] 9 marzo 2000, la RDGRN [4^a] 31 mayo 2000, la RDGRN [1^a] 12 septiembre 2000, la RDGRN [1^a] 5 mayo 2001 y la RDGRN 1 junio 2001; tampoco son españoles *iure soli*, pues ostentan la nacionalidad marroquí *iure sanguinis*, los nacidos en España de madre marroquí y padre desconocido: RDGRN [8^a] 7 septiembre 2001, aunque este criterio ha sido variado posteriormente en la RDGRN [1^a] 16 enero 2002; h) Los nacidos en España hijos de padres rumanos: RDGRN [2^a] 29 mayo 1998; i) Los nacidos en España de padres suizos: RDGRN [1^a] 1 septiembre 1998; j) Los nacidos en España de padres búlgaros: RDGRN [2^a] 22 septiembre 2000; k) Los nacidos en España de padres nigerianos, que son nigerianos de origen *iure sanguinis*: RDGRN [1^a] 5 abril 2001, RDGRN 11 abril 2001, RDGRN [4^a] 4 septiembre 2001, RDGRN [1^a] 10 septiembre 2001, RDGRN [1^a] 13 octubre 2001, RDGRN [1^a] 1 diciembre 2001. Tampoco son españoles los hijos nacidos en España de madre nigeriana y padre desconocido, pues ostentan la nacionalidad nigeriana: RDGRN [7^a] 7 septiembre 2001, RDGRN [2^a] 12 septiembre 2001, RDGRN [1^a] 17 diciembre 2001. Ni tampoco son españoles *iure soli* los nacidos en España de padre guineano y madre nigeriana, porque poseen la nacionalidad nigeriana *iure sanguinis*: RDGRN [4^a] 3 noviembre 2001; l) Ni los nacidos en España de padres argelinos, pues siguen dicha nacionalidad: RDGRN [2^a] 5 mayo 2001; m) Los nacidos en España de padre iraquí, pues ostentan nacionalidad iraquí: RDGRN [1^a] 24 septiembre 2001; n) Los nacidos en España de padre marroquí y madre ecuatoriana, porque son marroquíes *iure sanguinis*: RDGRN [4^a] 5 febrero 2002; ñ) Los nacidos en España en España de progenitores ruso y marroquí, pues son rusos *iure sanguinis*: RDGRN [2^a] 17 noviembre 2001; o) Los nacidos en España de padre argentino y madre rusa por atribución de la nacionalidad de la progenitora: DGRN (5^a), de 20 de mayo de 2002.

nacionalidad española al hijo de extranjeros, pues con independencia de que estos tengan, o no, autorización de residencia en España, su hijo, por regla general, es también extranjero.

2. LA INCIDENCIA DEL NACIMIENTO EN ESPAÑA PARA LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Aunque el nacido en España no se encuentre en una de las situaciones excepcionales por las que se le atribuye la nacionalidad española desde el momento de su nacimiento, éste hecho le reporta una indudable ventaja para su posterior adquisición mediante el criterio de la residencia. Concretamente en cuanto que, para ello, es suficiente que acredite su residencia legal y continuada en territorio español por un plazo de sólo un año, frente a los diez que se exigen con carácter general (art. 22.2 a) Cc).

A tal efecto, la prueba de la inscripción en el Registro civil del nacimiento en España es fundamental. Por esta razón, si la inscripción del nacimiento en España no se practicó dentro del plazo, lo que ocurre frecuentemente en relación a los nacidos en Melilla de padres marroquíes, su inscripción posterior resulta más compleja puesto que la DGRN exige la información de dos personas (testigos), a quienes les conste el hecho del alumbramiento en España (art. 313 II RRC) y además, el Encargado del Registro puede proceder a la investigación de oficio cuando lo entienda oportuno (arts. 312 y 316 RRC)¹¹.

En todo caso, los requisitos para que un extranjero pueda obtener la nacionalidad española por razón de residencia son:

(1) La residencia en España, que ha de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición (art. 22.3 Cc).

El requisito de la legalidad supone que ha de tener la autorización de residencia a la que se refiere la Ley de extranjería, de otro modo no tiene la oportunidad de acceder a la nacionalidad española, ni siquiera aunque probara que permanece en territorio español durante tal plazo en situación irregular, pues no se trata de la presencia física en España. Este es el requisito más difícil para el extranjero por la razón que luego señalamos.

Además, la residencia en España ha de ser continuada. Se trata de exigir el *animus* de permanencia, razón por la cual no han de interrumpir la continuidad los desplazamientos breves al extranjero. Ahora bien, ¿qué se entiende por un

11. *Ad.ex.*, RDGRN 11 de octubre 1973, RDGRN 16 de noviembre de 1988, RDGRN de 2 de febrero de 1989, RDGRN de 13 de febrero de 1989, RDGRN de 3 de noviembre de 1989, RDGRN de 7 de junio de 1991, RDGRN de 27 de abril de 1992.

desplazamiento breve o largo, caso este último que afectaría al cómputo de la continuidad de la residencia? Por mi parte entiendo que, para responder a esta cuestión, podría aplicarse analógicamente el art. 72.2 del Reglamento de la Ley de extranjería que establece cuáles son las ausencias que no interrumpen el cómputo del plazo para valorar la continuidad de la residencia a los efectos de la obtención de la autorización de residencia permanente, y entiende como tales, las efectuadas mediante salida regular que tengan lugar por periodos de hasta seis meses, siempre que sumadas no superen un total de un año.

(2) A la residencia hay que unir la concesión otorgada por el Ministro de Justicia, que podrá denegarla por motivos razonados de orden público o interés nacional (art. 21.2), aunque la que resuelve es la DGRN por su delegación. En consecuencia, la adquisición de la nacionalidad española depende finalmente de la concesión por el Ministerio de Justicia, sin embargo sólo puede denegarla por motivos “razonados”, y concretamente que sean relativos al orden público o al interés nacional. En todo caso la denegación deja a salvo la vía judicial contencioso-administrativa (ar. 22.5 Cc).

(3) Una vez facultado para adquirir la nacionalidad española, y en el plazo de los 180 días siguientes (de no cumplirlo caduca la concesión), se ha de formular la solicitud por los sujetos señalados en el art. 21.3 Cc¹², ante el funcionario Encargado del Registro civil correspondiente al lugar de su domicilio. Con ello se trata de que el sujeto demuestre su voluntad de que quiere ser español. Además, también ante el Encargado del Registro correspondiente se ha de cumplir con los requisitos formales señalados en el Art. 23 Cc.¹³

(4) Justificación por el interesado, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, de buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española (art. 22.4 Cc)¹⁴. Habría que entender que, puesto que el plazo de un año se supone que deriva de la vinculación de estos sujetos que presentan con España, no habría que exigir adicionalmente otra prueba.

12. El interesado emancipado o mayor de dieciocho años; el mayor de catorce años asistido por su representante legal; el representante legal del menor de catorce años; o el representante legal del incapacitado o el incapacitado, por sí solo o debidamente asistido, según resulte de la sentencia de incapacitación. No obstante, para estos dos últimos casos, el representante legal sólo podrá formular la solicitud si previamente ha obtenido autorización conforme a lo previsto en el art. 20.2 a) Cc.

13. En virtud de este precepto, para la validez de la adquisición de la nacionalidad española es preciso: 1) Que el mayor de catorce años y capaz para prestar una declaración por sí, jure o prometa fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes, 2) Que la misma persona declare que renuncia a su anterior nacionalidad, salvo que se tratara de nacionales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, y 3) Que la adquisición se inscriba en el Registro Civil español.

14. En este sentido es particularmente clarificadora la STS, Sala 3^a, de 9 de febrero de 2004, que, aunque en relación a un supuesto de solicitud de la nacionalidad española por razón de matrimonio

II. LA CONSIDERACIÓN DEL NACIMIENTO EN ESPAÑA EN LA NORMATIVA DE EXTRANJERÍA

El hecho del nacimiento en España es considerado en determinados preceptos de Ley de extranjería (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre de 2003) –a partir de ahora LOE—, y desarrollados por su Reglamento de ejecución (aprobado por RD 2393/2004, de 30 de diciembre).

En todo caso, puesto que el extranjero nacido en España puede adquirir la nacionalidad española mediante la residencia legal de un año en territorio español, la normativa de extranjería que considera el hecho del nacimiento en España, obviamente, sólo tiene sentido en tanto no adquiera la nacionalidad española, pues en este caso, como español, la Constitución impone su igualdad con los nacionales (art. 14 CE) sin discriminación alguna por razón de raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Dejando aparte este caso vamos a adentrarnos en la normativa de extranjería para constatar la protección que otorga al nacido en España.

1. PROTECCIÓN DEL EXTRANJERO EN EL MOMENTO DEL NACIMIENTO EN ESPAÑA

La protección del menor impone su específica consideración en las normas reguladoras de la extranjería desde incluso antes de su nacimiento. Me refiero a lo que puede decirse que es un tipo de inmigración que se produce, cada vez más frecuentemente, cuando el niño entra en España en el seno de la madre embarazada. La protección que de estos niños realiza la LOE¹⁵ se extiende a la madre, de ahí la

con española, se refiere al requisito de la “buena conducta cívica”, que es, como dice la Sentencia, un concepto jurídico indeterminado que debe ser valorado por la Administración y, en su caso, por el órgano jurisdiccional que conozca de la materia en vía de recurso contencioso. Asimismo indica que es necesario distinguir el supuesto de concesión de nacionalidad, de aquellos otros en que se solicite el reconocimiento de un derecho subjetivo, ya que la concesión de la nacionalidad es un estado de manifestación de la soberanía de un Estado. El supuesto a que se refiere el artículo 22 del Código Civil es a la concesión de nacionalidad, bien distinto del mero reconocimiento de un derecho. Igualmente reciente es, en este sentido, la STS, 24 de mayo de 2004.

15. Protección efectuada de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, aplicable en España desde 1991, pues el eje central de dicha Convención es el principio del “interés superior del menor” que, como indica en su artículo 3.1, ha de respetarse 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.

denominación de “niños-ancla”. Ahora bien, es necesario desechar radicalmente la idea de que la madre va a conseguir la residencia en España por la protección de nuestro Ordenamiento hacia el hijo, y mucho menos que ese hijo va a ser español pues, salvo los casos excepcionales arriba señalados, al hijo no se le atribuye la nacionalidad española y, además, en todo caso, la protección de que es objeto viene limitada al tiempo que dura el embarazo y finaliza tras el postparto.

Concretamente la LOE se refiere a estos casos, por una parte en su art. 12.4, cuando reconoce a las extranjeras embarazadas que se encuentren en España el derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto y, por otra, en los artículos 57.6 y 58.3, cuando establecen respectivamente, que no pueden ser expulsadas ni devueltas a su país las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre. En este caso, aun cuando se hubiera adoptado la orden de devolución, no podría llevarse a cabo, quedando en suspenso su ejecución. Es constatable que la protección otorgada en estos casos a la madre, cuya entrada en España se produjo de forma irregular, se ciñe a la atención médica hasta el momento del nacimiento —ello con independencia de que el hijo tenga una posición privilegiada, en perspectiva de futuro, tanto para la adquisición de la nacionalidad española, como en relación a los aspectos recogidos en la normativa de extranjería a los que después nos referimos—.

Ahora bien, distinta y evidentemente más favorable, es la situación del hijo nacido en España de padres extranjeros cuando éstos cuentan con la autorización de residencia, esto es, se encuentran en España en situación regular, puesto que, en estos casos el hijo adquiere automáticamente el mismo tipo de permiso de residencia del que sea titular cualquiera de sus progenitores sin necesidad de obtener exención de visado y además, este permiso de residencia se renueva paralelamente al de cualquiera de ellos. El nuevo Reglamento desarrolla ésta previsión legal en su art. 94 cuando establece que, “Los hijos nacidos en España de extranjero que se encuentre residiendo legalmente en España adquirirán automáticamente la misma autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de ellos. A estos efectos, el padre o la madre deberán solicitar personalmente la autorización de residencia para el hijo desde que turviera lugar el nacimiento ó desde que alguno de sus progenitores acceda a la situación de residencia legal, acompañando original y copia de la partida de nacimiento, así como copia de la autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus progenitores”.

A la vista de estos supuestos puede concluirse señalando que, el alcance de la protección, y con ella la situación del hijo en el momento del nacimiento en España, viene marcada por la situación de sus progenitores. Ahora bien, a partir de aquí la normativa de extranjería considera, en ciertos aspectos, el hecho del nacimiento en España para otorgar al extranjero un trato más favorable que, en principio y desde el punto de vista de la norma, es independiente de las circunstancias del momento

del nacimiento. No obstante, como vamos a comprobar ahora, desde un punto de vista práctico el que realmente queda favorecido por tales normas es el hijo de extranjeros que cuentan con la autorización de residencia, ya que puede cumplir, más fácilmente que el extranjero nacido en España de padres en situación irregular, los requisitos a los que se supedita la protección y el trato ventajoso que de ellas se deriva.

2. EL NACIMIENTO DEL EXTRANJERO EN ESPAÑA Y LA CONCESIÓN DEL PERMISO DE RESIDENCIA PERMANENTE

La residencia permanente, de acuerdo con el art. 32 de la LOE, es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles. La regla general es que tienen derecho a residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada, sin embargo, también señala este precepto que, con carácter reglamentario y excepcionalmente, se establecerán los criterios para que no sea exigible el citado plazo en supuestos de especial vinculación con España. El desarrollo de esta previsión legal se contiene en el art. 72.3 del Reglamento, y en virtud de la letra c), el permiso de residencia permanente se concederá a los extranjeros nacidos en territorio español que, al llegar a la mayoría de edad, acrediten haber residido en España de forma legal y continuada durante, al menos, los tres años consecutivos inmediatamente anteriores a la solicitud.

En este caso el nacimiento en España se considera por el legislador para favorecer al extranjero, en cuanto que, una vez llegado a la mayoría de edad, no es necesario que obtenga la autorización para trabajar que le permita conseguir la autorización de residencia permanente, basta que acredite haber residido en España durante los tres años anteriores a la solicitud¹⁶. Ciertamente que se trata de una posición favorable, no obstante, al venir condicionada al requisito de la residencia en España durante tres años, la ventaja pierde en parte su operatividad práctica si se tiene en cuenta que el nacido en España puede adquirir la nacionalidad española con sólo un año de residencia legal y continuada. En consecuencia, realmente la trascendencia y sentido de esta previsión queda limitada al caso en que el extranjero llegara a la mayoría de edad y no hubiera solicitado (o se le hubiera denegado) la nacionalidad española. Pero es más, dentro de este caso, quien verdaderamente queda beneficiado por tal regulación es el extranjero nacido en España de padres con autorización de residencia si esta situación se prolonga hasta la mayoría de edad del hijo, y es que en ese momento, dado que su situación de residencia es paralela a la de sus progenitores, puede demostrar que la ha tenido durante los tres años anteriores a la solicitud de la autorización de residencia permanente. Si se cumplen

16. A diferencia de los hijos de extranjeros nacidos en el extranjero que hubieran venido a España por la vía de la reagrupación familiar, pues éstos, en virtud del art. 19.2 de la LOE, obtendrán una autorización de residencia independiente cuando alcancen la mayoría de edad y obtengan una autorización para trabajar.

tales circunstancias esta autorización le ha de ser concedida necesariamente y no se trata de una posibilidad a valorar por la Administración, puesto que la terminología del precepto establece que “se concederá”. Frente a este supuesto, el extranjero nacido en España de progenitores en situación irregular, al no cumplir el requisito de la residencia, no le alcanza del mismo modo en la práctica la ventaja para obtener la autorización de residencia permanente.

3. LA POSICIÓN VENTAJOSA DEL NACIDO EN ESPAÑA RESPECTO AL PERMISO DE TRABAJO

También el hecho del nacimiento en España se considera por el legislador para mejorar su posición en relación al acceso al trabajo y, con él, en la obtención de la autorización de trabajo. Concretamente, el art. 40 h) de la LOE (y 50.II del Reglamento), establece que no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo para la concesión del permiso de trabajo cuando el contrato de trabajo o la oferta de colocación (necesarios para la obtención del mismo) vaya dirigido (entre otros colectivos) a extranjeros nacidos y residentes en España.

Como puede observarse, nuevamente el requisito del nacimiento en España va unido al de la residencia regular. Sin embargo en este caso, a diferencia del anterior, no exige plazo alguno, lo que nos lleva a la cuestión de saber si su operatividad práctica es más amplia ahora.

La respuesta a esta cuestión exige considerar que si el extranjero nacido en España contara con autorización de residencia durante un año, podría solicitar la nacionalidad española, en cuyo caso, y concedida la adquisición, quedaría fuera de la normativa de extranjería. Ahora bien, si su residencia en España es inferior al año puede acogerse a esta regulación que le permite acceder a un trabajo en condiciones más favorables que el resto de los extranjeros, teniendo pues una posición de ventaja para obtener la autorización de trabajo. En esta situación podría esperar el transcurso del año de residencia legal necesario para, finalmente, solicitar la adquisición de la nacionalidad española.

En todo caso, también favorece esta reglamentación al extranjero nacido en España que, teniendo residencia legal durante más de un año, no hubiera solicitado la adquisición de la nacionalidad española (o no se le hubiera concedido). Ahora bien, en este caso la trascendencia, en cuanto a la posición ventajosa para el acceso a la autorización de trabajo, queda en la práctica limitada temporalmente, en tanto que sólo puede ser interesante para el extranjero cuya residencia en España fuera inferior a tres años, o fuera menor de edad, ya que de otro modo, esto es, de

cumplirse ambos requisitos, lo que se les concede es, como ya hemos visto, la autorización de residencia permanente. Si estuviera en ésta óptima situación, el extranjero ya no es que quede excluido de atender a la situación nacional de empleo para que pueda acceder al trabajo, sino que, más directamente queda excluido de la necesidad de obtener la autorización de trabajo —la condición de residente permanente establece plena igualdad de trato, incluido el acceso al empleo (art. 41.3LOE)—.

4. EL NACIMIENTO EN ESPAÑA Y LA EXPULSIÓN DEL EXTRANJERO

También respecto de la expulsión, los extranjeros nacidos en España vienen favorecidos en la LOE. En virtud del art. 57. 5 a) la sanción de expulsión no puede ser impuesta, como regla general, a los extranjeros nacidos en España que hubieran residido legalmente en los últimos 5 años. No obstante, tal regla tiene dos excepciones: (1) Cuando se trate de la infracción recogida en el art. 54.1 a)¹⁷ y (2) Cuando suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza de las que son sancionables con la expulsión.

Dejando fuera el supuesto en que el nacido en España hubiera adquirido la nacionalidad española, en cuyo caso no procede la expulsión, cabe destacar que, como en todos los casos anteriores, el hecho del nacimiento en España sólo se considera para otorgar un trato privilegiado al extranjero cuando va unido al requisito de la residencia. Ahora bien, en este caso se exige la residencia legal durante un plazo de cinco años, del que no habría nada que decir de no ser por la dicción de la letra inmediatamente posterior del mismo art. 57.5, que, igualmente, impide la sanción de expulsión para “los que tengan reconocida la residencia permanente”. En mi opinión existe una importante incongruencia si se considera que al extranjero nacido en España “se le concederá” la residencia permanente cuando llegue a la mayoría de edad y hubiera tenido su residencia legal en territorio español durante sólo tres años, pues entonces no se entiende que específicamente se refiera a los nacidos en España para excluirlos de la sanción de la expulsión sólo si se cumple el requisito de cinco años de residencia legal en territorio español. ¿Habría que entender que la alusión específica a los nacidos en España de la letra a), sea determinante para, por razón del criterio de la especialidad, impedir que la letra b) pudiera ser aplicable a los nacidos en España que tuvieran reconocida la residencia permanente?, entonces, ¿aunque tuvieran la residencia permanente, la exclusión de la expulsión exige siempre el requisito de la residencia de los cinco años para los nacidos en España? De ser así no se trataría desde luego de una norma para favorecer la posición del nacido en España, pues se llegaría al ilógico resultado de que el nacido en España que tuviera autorización de residencia permanente, si

17. Según el cual es infracción muy grave: “Participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana”.

solo hubiera residido los tres años exigidos para obtener tal autorización podría ser expulsado en los dos años siguientes (hasta completar el plazo de los cinco a que la letra a) se refiere), a pesar de contar con la autorización de residencia permanente (a los que la letra b) se refiere). Creo que es una incongruente conclusión, sin embargo la conjunta consideración de las letras a) y b) del art. 57.5 puede inducir a esta interpretación.

III. LA RESIDENCIA EN ESPAÑA COMO CRITERIO DELIMITADOR DEL ALCANCE DE LA POSICIÓN DEL EXTRANJERO NACIDO EN ESPAÑA

A lo largo del análisis realizado, se ha podido comprobar que el nacimiento en territorio español no es objeto de consideración por sí sólo para otorgar un tratamiento favorable al extranjero, sino que ha de ir unido al requisito de la residencia legal y continuada en España para que pueda beneficiarse de la posición ventajosa, tanto a efectos de la adquisición de la nacionalidad española, como respecto de las normas de extranjería que le otorgan un *status* privilegiado frente al resto de los extranjeros, esto es, los no nacidos en España.

Precisamente por ello, el hecho de tener (o no) la residencia legal en España, es el criterio determinante de la posición del extranjero que hubiera nacido en territorio español. De este modo, desde el punto de vista de la operatividad práctica, los que realmente resultan favorecidos por la normativa de extranjería referida a los nacidos en España son los hijos de extranjeros en situación regular, que, aunque no se les atribuye la nacionalidad española, se les reconocen unas importantes ventajas que les van a permitir obtener, de manera más sencilla que al resto de los extranjeros, la autorización de residencia y trabajo en España, repercutiendo favorablemente en su integración. A todo ello se une el hecho de que sus hijos son considerados españoles si, a su vez, nacieran también en territorio español. Es la integración de los extranjeros en estos casos la que pretende el legislador con la regulación analizada.

Así pues, los extranjeros cuya vinculación con España sea estrictamente el hecho de su nacimiento, por no haber obtenido la autorización de residencia consecuencia de la situación de irregularidad de sus progenitores, se encuentran con el problema práctico de que el ejercicio de las ventajas reconocidas en la normativa de extranjería para los nacidos en territorio español, depende de que consigan por sí mismos la autorización de residencia. Se trata de una barrera importante, esencial, ya que para obtener tal autorización, de la que, no olvidemos, depende toda su posición privilegiada, no resultan favorecidos respecto a los extranjeros no nacidos en España. El tratamiento es igual, al ser idénticos los requisitos que se les exigen, tanto para entrar en España, como para la obtención de un visado, o para el acceso al trabajo. En definitiva, para la adquisición de la primera autorización de residencia, el régimen aplicable en estos casos es el común y, sólo cuando obtienen la autorización de residencia, en las mismas condiciones que el resto de los extranjeros, es cuando resultan beneficiados respecto de estos últimos.

Todo lo anterior nos lleva a la necesidad de relativizar el alcance de la posición favorable del extranjero por el hecho de nacer en España, pues lo que está claro es que el legislador, cuando toma en consideración este hecho, lo hace siempre unido al requisito de la residencia, mostrando con ello que su pretensión no es, en general, la de favorecer al extranjero nacido en territorio español, sino favorecer la integración del extranjero que, teniendo su residencia en España, además, hubiera nacido en territorio español.

(Fecha de cierre: enero 2005)