

EL NUEVO REGIMEN DE LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA: plazos y requisitos de permanencia en el territorio español. Una especial referencia a los descendientes de emigrantes españoles

L. Fernando Reglero Campos

Catedrático de Derecho Civil
Facultad de Derecho y CC.SS. de Ciudad Real
Universidad de Castilla-La Mancha

1. Consideraciones generales

El pasado día 9 de octubre se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad. El propósito del presente estudio lo constituye el examen de las modificaciones que afectan a la adquisición de la nacionalidad española por residencia, concretamente en lo relativo a los plazos y a los requisitos de la permanencia en el territorio español, con particular referencia a la situación de los emigrantes españoles

En lo fundamental, la reforma obedece a la necesidad de dar respuesta a los deseos expresados por los colectivos de emigrantes por medio del Consejo General de la Emigración, de que la legislación española proporcione a los hijos de emigrantes españoles mayores facilidades a la hora de adquirir nuestra nacionalidad. Se trata de una problemática que

ha constituido una constante en las reformas sobre esta materia en los últimos veinte años. Se ha querido aprovechar también para introducir plazos más cortos de residencia, y nuevas situaciones en la que los extranjeros pueden adquirir la nacionalidad española por esta vía, si bien no parece que en este punto nuestra legislación vaya a experimentar cambios significativos.

Con carácter general puede afirmarse que la nueva regulación sobre adquisición de la nacionalidad española supone una mejora para quienes se encuentran en la situación señalada, dejando prácticamente intactas el resto de las situaciones contempladas en el art. 22 CC. No obstante, el nuevo texto no peca de generoso, lo que no es necesariamente censurable. Como veremos más adelante, durante la tramitación parlamentaria se perfilaron dos claras tendencias, diferenciadas por la mayor o menor generosidad a la hora de prever la concesión de la nacionalidad española a los descendientes de emigrantes y, con carácter general, a todo extranjero. No obstante, en las Propositiones de Ley y, sobre todo, en las enmiendas de buena parte de los Grupos Parlamentarios (compárense en este sentido las enmiendas presentadas por cada uno de ellos en el Congreso de los Diputados¹ y en el Senado²) se advierte un notable «barullo» conceptual.

Pero antes de entrar en el análisis de las novedades, y al objeto de disponer de un adecuado puesto de observación, es conveniente hacer unas observaciones generales.

2. La adquisición de la nacionalidad española por residencia.

Legislación vigente

La nacionalidad española se adquiere por *residencia* en España en las condiciones previstas por el art. 22 CC (art. 21.2 CC), y según los trámites señalados por la legislación del Registro Civil (arts. 63 a 68 LRC, 220 a 237 y 365 a 369 RRC). Esta es, con diferencia, la forma de acceso más frecuente de los extranjeros a nuestra nacionalidad.

Los presupuestos de adquisición de la nacionalidad por esta vía son bastante numerosos y de muy diversa índole. En primer lugar, el interesado deberá solicitar y obtener la *concesión* de la nacionalidad por el M^o de Justicia. El otorgamiento de la concesión no significa la adquisición automática de la nacionalidad. Para ello el interesado deberá cumplir los trámites previstos en el art. 23 CC.

¹ Publicadas en el BOCG (Congreso de los Diputados), de 9 de abril de 2002; núm. 168-8.

² Publicadas en el BOCG (Senado), de 18 de junio de 2002; núm. 5.

Para la obtención de la *concesión* deberán concurrir una serie de requisitos; unos de carácter objetivo y otros subjetivos:

a) Requisito objetivo es la residencia en España durante un periodo de tiempo determinado, de forma legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud (art. 22, aptdos. 1 y 2 CC).

b) Requisitos subjetivos son que el interesado haya observado una buena conducta cívica y haya alcanzado un suficiente grado de integración en la sociedad española (art. 22.4 CC).

La verificación de tales requisitos no supone necesariamente que el M^o de Justicia haya de otorgar la concesión. Podrá hacerlo, pero también podrá denegarla si considera que existen motivos de orden público o de interés nacional (art. 21.2 CC), circunstancia que deberá justificar o motivar. Es cierto que según el art. 223 últ. párr. RRC, la denegación de la concesión por tales razones «podrán no motivarse»; sin embargo, después de la reforma llevada a cabo por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, el art. 21.2 CC exige que la denegación por tales motivos sea «razonada».

De acuerdo con esa facultad de denegación, se ha señalado que el extranjero que reúna los requisitos objetivos para adquirir la nacionalidad por residencia no tiene un derecho subjetivo, al estar sometida su efectiva adquisición a la concesión por un órgano administrativo. Sin embargo, el hecho de que la denegación por razones de orden público o interés nacional haya de ser «razonada» reduce de forma considerable la discrecionalidad de la decisión administrativa, de manera que cuando no concurren tales razones, la concesión no podrá ser denegada. Así lo prueba el hecho de que la denegación es revisable por los Tribunales.

La jurisprudencia ha señalado una doble caracterización de los requisitos señalados más arriba:

1. En relación con los objetivos, esto es, los que debe reunir la residencia en España (legalidad, continuidad e inmediatez), se ha señalado que son de *carácter definido* (formulación de solicitud y la residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición durante el plazo de tiempo aplicable en cada caso [diez, cinco, dos o un año]). Son requisitos que, según se dice, por su propia objetividad no plantean problema para su apreciación.

2. Los segundos se configuran como *conceptos jurídicos indeterminados*, bien de *carácter positivo*, como la justificación de buena conducta cívica y el suficiente grado de integración en la sociedad española, o bien de *carácter negativo* como es el caso de los motivos de orden público o interés nacional que pueden justificar su denegación.

Estos requisitos, por su propia naturaleza de conceptos jurídicos indeterminados, precisan de la concreción adecuada a las circunstancias de cada caso, y su valoración lleva a una decisión administrativa jurisdiccionalmente fiscalizable.

Por último, como queda dicho, una vez obtenida la concesión, el interesado debe emitir una declaración de voluntad de adquisición de la nacionalidad española en los términos del art. 23 CC.

En cuanto a los plazos de residencia en España, el Código civil los establece atendiendo a cierto tipo de situaciones en las que pueda encontrarse el solicitante de la nacionalidad. El plazo general es de *diez años*. Este plazo se reduce a *cinco* para los que hayan obtenido asilo o refugio³. Este punto ha sido modificado por el nuevo texto legal, que suprime la referencia a los asilados (*v. infra*, aptdo. 4). A *dos* cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes; y a *uno* para los casos expresados en el núm. 2 del art. 22 CC:

- Quien hubiera nacido en territorio español
- Quien no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar
- Quien haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos
- Quien al tiempo de la solicitud llevare un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho
- El viudo o viuda de española o español
- El nacido fuera de España de padre o madre que originariamente hubieran sido españoles

El último de los citados y, con carácter general, lo relativo a la adquisición de la nacionalidad española por los descendientes de emigrantes, constituye el núcleo sobre el que gira la reforma en su conjunto. Como veremos, en lo relativo a la adquisición de la nacionalidad por el tiempo privilegiado de un año la reforma está pensando sobre todo en los llamados emigrantes de *tercera generación*; es decir, los nietos de los españoles que emigraron a otro país y que no pueden adquirir la nacionalidad española por otro título. Pero antes de entrar en el examen de este nuevo régimen, conviene conocer cuál fue la posición de los distintos Grupos Parlamentarios durante la tramitación de la reforma sobre lo que debía ser el régimen de la adquisición de la nacionalidad española por residencia.

³ Se trata de una novedad introducida por la reforma de 1990. Para determinar quiénes tienen la condición de *asilado* o *refugiado* ha de acudirse a la Ley 5/1984, de 26-III, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, reformada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

3. Las proposiciones de Ley en materia de nacionalidad

En el año 2001 fueron presentadas tres Proposiciones de Ley en materia de nacionalidad. Por orden de presentación, la del GP Socialista⁴, la del GP Popular⁵ y la del GP Federal IU⁶. Al día de hoy, las iniciativas presentadas por los dos primeros Grupos quedaron concluidas por haberse subsumido en la iniciativa presentada por el de IU. Las enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados lo fueron a esta Proposición⁷. No obstante, el texto que se acompaña en el informe de la Ponencia se corresponde, con leves retoques, con el de la Proposición de Ley presentada por el GP Popular. Las restantes propuestas –se dice en aquel Informe– deben ser consideradas como enmiendas.

Habida cuenta de que, como queda dicho, las enmiendas tuvieron por objeto el texto de la Proposición del GP Federal IU, comenzaremos el examen de las distintas proposiciones por esta última.

3.1. La proposición de Ley de Izquierda Unida

En lo relativo a la adquisición de la nacionalidad por residencia, esta proposición era particularmente generosa. Se proponían las siguientes modificaciones respecto del vigente CC:

■ El mantenimiento de un plazo general de adquisición por residencia de 10 años, pero sin requisito alguno.

■ El establecimiento de un plazo general de residencia por cinco años, si ésta es legal y continuada.

■ Mantenimiento del plazo de dos años de residencia para los nacionales de países iberoamericanos («en virtud de su vinculación histórico-lingüística»), ampliándose «al conjunto de las nacionalidades ibéricas», y asimilando los «moriscos» a los «sefardíes» («se mantiene la separación histórica que supone la preferencia de los sefardíes, a los que se equiparan, por este mismo principio de justicia, los moriscos»).

■ Se incluyen en este apartado de residencia de dos años a los asilados y refugiados («en atención a lo excepcional de su situación»), a quie-

⁴ Proposición de Ley sobre Modificación del Código Civil en materia de nacionalidad (núm. 115), publicada en el BOCG (Congreso de los Diputados) de 9 marzo 2001.

⁵ Proposición de Ley sobre Modificación del Código Civil en materia de nacionalidad (núm. 122), publicada en el BOCG (Congreso de los Diputados) de 16 marzo 2001.

⁶ Proposición de Ley sobre Modificación del Código Civil en materia de adquisición y recuperación de la nacionalidad (núm. 168), publicada en el BOCG (Congreso de los Diputados) de 26 octubre 2001.

⁷ Pueden verse en el BOCG (Congreso de los Diputados) de 9 abril 2002.

nes, además, se permite acceder a la nacionalidad española sin necesidad de renunciar a la suya en origen.

■ Finalmente, en el apartado de adquisición de la nacionalidad por residencia mínima de un año, se incorpora un nuevo supuesto para aquellos trabajadores inmigrados que hayan sufrido un accidente de trabajo o enfermedad profesional («por elementales exigencias de justicia»).

■ En lo referente a cuestiones procedimentales, para la concesión de la nacionalidad por residencia se suprime el requisito de justificar buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española, «por entender que el segundo queda acreditado con la mera solicitud y el primero puede constarse de oficio por la Administración».

En el artículo 23 se suprime el requisito de renuncia a la nacionalidad anterior de su letra b).

El propio GP Federal de IU presentó las siguientes enmiendas a su Proposición de Ley:

■ Considerar como tiempo de residencia en España, a los efectos del cómputo del plazo general de cinco años, el de residencia habitual en otros Estados miembros de la UE (enmienda núm. 3). Aunque curiosamente no se incluyen a los nacionales de tales Estados como beneficiarios de un plazo de residencia más reducido (dos años).

■ Extender el beneficio del plazo de residencia de dos años a los apátridas, y a los nacionales de origen «de cualquier territorio que haya dependido colonial o administrativamente en el siglo XIX o XX del Estado español (enmienda núm. 4).

■ Suprimir la mención a la separación de hecho en los arts. 22.2.d) y 22.2.e) (enmienda núm. 6).

■ La referencia a los que hubieren obtenido una prestación de invalidez permanente, como consecuencia de enfermedad profesional o accidente de trabajo, contraída o acaecido, respectivamente, en territorio español, se propone que obtendrá la nacionalidad española por residencia «con el mero hecho de probar la misma, sin requisito adicional alguno en lo referente a la duración de la citada residencia» (enmienda núm. 6).

3.2. La proposición de Ley del GP Socialista. La enmienda núm. 31 a la proposición de IU

Por su parte, el *GP Socialista* en el Congreso presentó también una enmienda a este artículo (enmienda núm. 31)⁸, con un texto que repro-

⁸ Que se reproduce en el Senado (enmienda núm. 48) (BOCG [Senado], de 18 junio 2002).

duce el que figuraba en su Proposición de Ley, en el que se introducían las siguientes modificaciones al vigente art. 22 CC⁹:

- Reducción de 10 a 5 años del plazo general de residencia.
- Reducción de 5 a 2 años el plazo de residencia para los que hayan obtenido asilo, o tengan la condición de refugiados.
- Extensión del plazo reducido de residencia de dos años a los nacionales de origen de países miembros de la Unión Europea.
- El plazo privilegiado de un año se extiende a las situaciones de convivencia de hecho¹⁰.
- También se extiende al conviviente con español o española cuando a la muerte de éste/a no hubiera finalizado la convivencia.
- Se suprime el requisito de la «buena conducta cívica» del art. 22.4 CC.

La enmienda se justificaba en los siguientes términos:

«La enmienda que reduce los plazos para adquirir la nacionalidad por residencia opta por mantener en idénticos términos los requisitos que debe reunir la residencia y ello en la creencia de que el arraigo en una comunidad puede producirse en períodos más breves y que la mejor integración en una determinada sociedad se consigue con la asunción en plenitud, de derechos y deberes como ciudadano, sin olvidar que esta modificación guarda una relación directa con el artículo 32.2 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración, que reconoce el derecho a obtener la residencia permanente a los extranjeros que hayan residido cinco años en España, pero no creemos que tenga arraigo en España una persona que lleva diez años entre nosotros, pero no ha legalizado su situación.

La propuesta no olvida la necesaria inclusión dentro del catálogo, países que por la especial vinculación histórica de estos con España, a los países de la Unión Europea, a los que nos unen, no sólo vínculos históricos, políticos y económicos, sino un proyecto de futuro común. Las propuestas que realiza el texto de la Proposición respecto de la inclusión de otros países o colectivos, si bien no nos producen rechazo, o bien ya están incluidos o su prueba presenta gran dificultad».

⁹ Buena parte de las cuales asume el PNV (*vid.* enmiendas núms. 9 y ss. en el Senado del GP de Senadores Nacionalistas Vascos).

¹⁰ A quienes al tiempo de la solicitud «llevare conviviendo en pareja de forma estable, libre, pública y notoria, en una relación de afectividad similar a la conyugal, independientemente de su orientación sexual, sin que ninguno de los convivientes este unido por vínculo matrimonial en vigor, ni relación de parentesco en primer o segundo grado de consanguinidad entre sí, mayores de edad o menores emancipados, siempre que acrediten la convivencia a través de la inscripción en los registros específicos existentes en su lugar de residencia o mediante documento público y que se mantenga dicha convivencia al tiempo de la solicitud».

En la proposición socialista también figuraba la supresión del requisito de renuncia a la nacionalidad anterior que hoy se exige en la letra b) del art. 23 CC. Creo que esto último es correcto, sin perjuicio, naturalmente, del derecho de cada Estado sobre pérdida de su nacionalidad. Y si no quiere suprimirse por completo, sí debería hacerse, al menos, respecto de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, de modo que el régimen de adquisición de la nacionalidad por residencia de estas personas se asimile en su conjunto al de los nacionales de los países expresados en el 24.2.II CC (países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial y Portugal); es decir, tanto en lo relativo al tiempo de residencia (dos años), como a la inexigibilidad de la renuncia a su nacionalidad. Lo que se ve con sólo considerar el hecho de que los vínculos que hoy existen con aquellos Estados son mucho más estrechos que los que nos unen con países como Filipinas o Guinea Ecuatorial. La tendencia a la integración de los Estados de la Unión Europea debería facilitar el acceso a la doble nacionalidad de sus ciudadanos.

3.3. La enmienda núm. 44, del GP Catalán (CiU)

En una línea similar se expresa la enmienda presentada a este artículo por el GP Catalán (CiU) (enmienda núm. 44), que propone un plazo general de cinco años residencia para la adquisición de la nacionalidad por esta vía¹¹, y la inclusión de «los que tengan reconocido el estatuto de apátridas» entre los que sólo necesitan la residencia de dos años.

En cuanto a los ciudadanos de los países miembros de la Unión Europea, se proponía el siguiente régimen de residencia:

«Para los países integrantes de la Unión Europea el período requerido para la concesión de la nacionalidad por residencia será el de cinco años, a no ser que en sus respectivos ordenamientos jurídicos o en los Tratados firmados con España, se establezca un plazo más corto, en cuyo caso se estará al principio de reciprocidad».

La enmienda se justifica en los siguientes términos: «En primer lugar, se acortan los plazos previstos para la concesión de la nacionalidad por residencia al considerar que éstos, más cortos, son suficientes para demostrar el arraigo. En segundo lugar, se establece que para los países de la Unión Europea regirá el principio de reciprocidad».

¹¹ En el Senado, el GP Catalán CiU propone aplicar el mismo periodo de residencia de cinco años a los que «hubieren obtenido la condición de desplazado, si transcurridos los tres primeros años desde la entrada en España, no se hubiera modificado la situación que originó la huida de su país de origen». Lo cierto es que no se ven muy bien las razones de esta propuesta, si el de cinco años es el plazo general que propone este Grupo.

Este Grupo Parlamentario proponía también lo siguiente:

■ La supresión de la letra f) del art. 22.1 CC de la Proposición del GP Federal de IU («Se considera necesaria una regulación más exhaustiva para contemplar estas circunstancias»), y el mantenimiento de la vigente letra f) del art. 22.1 CC.

■ Añadir el requisito de la «efectividad» de la residencia (enmienda núm. 47). Pero a diferencia de la propuesta del GP Popular, aquí se explica qué debe entenderse por residencia efectiva: «la que tendrá lugar durante más de la mitad del año». El concepto de «efectiva», dice la justificación a esta enmienda, «es jurídicamente indeterminado; por eso se propone precisar el concepto a los efectos de clarificar su interpretación». Lo que sucede es que esa exigencia de residir en España durante un periodo de tiempo determinado se cumple ya con el requisito de la «continuidad».

■ Mantener el requisito de la acreditación de la «buena conducta cívica» para la adquisición de la nacionalidad por esta vía.

3.4. La proposición de Ley del GP Popular. La enmienda núm. 16 a la proposición de IU

Como queda dicho más arriba, la proposición de Ley del GP Popular en el Congreso quedó subsumida en la iniciativa del GP Federal de IU. No obstante, y en lo que se refiere a la adquisición de la nacionalidad por residencia, mantiene su texto en las enmiendas presentadas a la Proposición de dicho Grupo. Así, en la enmienda núm. 16 propone el mantenimiento de la actual redacción del art. 22 CC, con las siguientes modificaciones:

■ El plazo de cinco años de residencia para «los que hayan obtenido asilo o refugio», habría de serlo únicamente para «los que hayan obtenido la condición de refugiado».

■ Se añade un nuevo requisito para que la residencia sea presupuesto de la adquisición de la nacionalidad: el de su «efectividad» (art. 22.3, según el texto de la enmienda).

Como se puede apreciar el texto definitivo en poco ha variado del propuesto por el GP Popular. De hecho, el Texto remitido al Senado por el Congreso de los Diputados se corresponde, con leves variantes, con el de la Proposición de Ley presentada por dicho Grupo. En el apartado 6 examinaremos el nuevo régimen de adquisición de la nacionalidad española por residencia de los emigrantes. Veamos ahora la primera modificación propuesta por este GP al art. 22 CC, esto es, la relativa a la adquisición de la nacionalidad por los refugiados, suprimiendo la referencia a los asilados, que queda reflejado en el nuevo texto de este precepto.

4. La adquisición de la nacionalidad por los refugiados (exclusión de los asilados del grupo del plazo de cinco años)

En el nuevo artículo 22 CC se suprime la actual referencia a los que hayan obtenido asilo como circunstancia que permite la adquisición de la nacionalidad por residencia de cinco años, manteniéndose tan sólo la mención de los refugiados.

Esa supresión y la referencia exclusiva a los refugiados obedece a la necesidad de adecuar el Código Civil a la legislación en materia de asilo y refugio. En concreto, a la supresión de la antigua diferencia entre asilo y refugio de la Ley 5/1984, de 26 marzo, sobre Regulación del derecho de asilo y de la condición de refugiado (BOE 27 marzo 1984, núm. 74/1984) llevada a cabo por la Ley 9/1994, de 19 mayo, de reforma de la anterior¹².

Según la legislación vigente, sólo se dispensará asilo a quien se reconozca la condición de refugiado de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1951, es decir, a quien debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él¹³.

La concesión de la condición de refugiado y, en consecuencia, de asilo, lleva consigo, entre otras medidas, la autorización de residencia en España y la autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales o mercantiles (art. 2.1 Ley 5/1984).

¹² «Se suprime la doble figura de asilo y refugio con estatutos diferenciados, dualidad que no se deriva en modo alguno de las exigencias de protección a los extranjeros víctimas de persecución y que se ha revelado como una fuente de confusión y abusos».

¹³ Este concepto de refugiado, cuando se trata de perseguidos por opiniones políticas, ha de interpretarse en sentido amplio, como es práctica general de los Estados signatarios de la Convención, comprendiendo actos punibles cometidos por motivos políticos siempre que, a la luz de las circunstancias, pueda establecerse que la persona en cuestión tiene temores de ser perseguida.

5. Concepto de residencia y requisitos que debe reunir. Residencia y «residencia legal»

5.1. Concepto de residencia a efectos de adquisición de la nacionalidad. La residencia «legal»

No es fácil definir el concepto de «residencia», con mayor motivo si se tiene presente que se trata de un término utilizado con una amplia variedad de significados por un buen número de textos legales. A efectos de adquisición de la nacionalidad, lo relevante no es tanto la residencia en sí, sino el título en cuya virtud un extranjero reside en España. Un extranjero puede residir en España de forma legal o ilegal¹⁴. En lo que se refiere a las situaciones en las que un extranjero puede encontrarse legalmente en España, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social (Ley de Extranjería [o LExtr] en lo sucesivo) contempla tres títulos o situaciones: la estancia, la residencia temporal y la residencia permanente (arts. 29 y ss.).

1. La *estancia* es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días (art. 31.1 LExtr.). El título legal de estancia en nuestro país dependerá de la nacionalidad del extranjero (documento de identidad, visado, etc.).

2. La *residencia temporal* es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años (art. 31.2).¹⁵

3. La *residencia permanente* es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles (art. 32.1).

Uno de los principales elementos de discusión en torno a la adquisición de la nacionalidad española por residencia tiene por objeto la delimitación misma del término «residencia». Mientras España fue un país de emigración, los requisitos sobre adquisición de la nacionalidad española fueron particularmente laxos y flexibles. Pero cuando el flujo migratorio se invirtió, tornándose en inmigratorio, tales requisitos han ido endureciéndose de forma progresiva. En concreto, en lo que se refiere al de «legalidad» de la residencia, no apareció en nuestro Código civil, con

¹⁴ Sobre la cuestión, v. La Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/2001, de 9 de mayo (RCL 2002, 1183), sobre retorno de extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España.

¹⁵ Las autorizaciones de duración inferior a los cinco años podrán prorrogarse a petición del interesado si concurren circunstancias análogas a las que motivaron su concesión. La duración de las autorizaciones de residencia temporal y de sus prórrogas se establecerá reglamentariamente.

este carácter, sino hasta la reforma llevada de la Ley 51/1982, de 13 de julio, si bien la doctrina lo entendía implícito. La inclusión del requisito de la legalidad implicaba, automáticamente, dotar a la residencia de un marcado carácter fáctico. Residir en España era, desde esta perspectiva y en lo que ahora interesa, permanecer, estar o hallarse en territorio español, con independencia de que fuera legal o no, y de cuál fuera la intención o voluntad del sujeto acerca del tiempo por el que hubiera de prolongarse esa permanencia. Un concepto de «residencia» que, como digo, tiene poco de jurídico y mucho de situación de mero hecho¹⁶. Pero como quiera que se exige que la residencia sea «legal», la cuestión no dejaba de tener un interés meramente teórico. La discusión se trasladó entonces a lo que debía entenderse por «residencia legal».

A falta de una norma que diga lo que ha de entenderse por «residencia legal», la doctrina ha debatido sobre su alcance y significado. Desde un punto de vista muy restrictivo, y atendiendo a lo dispuesto en el art. 13.4 de la Ley de Extranjería de 1985, a cuyo tenor «Sólo se considerarán extranjeros residentes las personas amparadas por un permiso de residencia», algunos autores han mantenido que sólo es «residencia legal» la del extranjero que ha obtenido la autorización o permiso de residencia a que se refería el Decreto 522/1974, de 14 febrero, y, después, el art. 13.1 de la Ley de Extranjería de 1985. Lo que sucede es que no estaba muy claro si la previsión del art. 13.4 de esta Ley había interpretarse a los efectos exclusivos de las situaciones por ella reguladas, o cabía extenderla a todos los efectos, incluyendo el de la adquisición de la nacionalidad. Es esta última fue interpretación dada por la STS de 19 septiembre 1988 (RJ 6838)¹⁷ y por la RDGRN de 10 febrero 1989 (An. DGRN, p. 655).

En el otro extremo se encuentra quienes consideran que reside legalmente en España quien se encuentra en nuestro país por cualquier título que le legitime para ello¹⁸.

Curiosamente el texto original de la nueva Ley de Extranjería suprimió aquella mención del art. 13.4 LExtr. 1985. Sin embargo, la reforma de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, introdujo un aptdo. núm. 3 al actual art. 29, con un tenor similar: «Son extranjeros residentes los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia perma-

¹⁶ Como tal se contempla en el art. 22.1.a) de la Proposición de modificación del CC en materia de nacionalidad del GP Federal de IU (diez años de residencia, «sin ningún otro requisito»).

¹⁷ CCJC 18, 464. Comentada por M. AMORES.

¹⁸ Así, los funcionarios diplomáticos o consulares, las personas con estatuto de asilado o refugiado, quienes estuvieran en posesión de la tarjeta de estudiante; los militares extranjeros de tropas estacionadas en España; personas al servicio del ejército español, etc.

nente»; un apartado que, como digo, no existía en la redacción originaria, y que, en relación con el art. 13.4 LExtr. 1985, cambia la expresión «Se considerarán», por la de «son». De manera que ahora se dice no ya a quien se considera, sino *quien es* extranjero residente, siéndolo quien haya obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente. Con esto no es que se defina el concepto de «legalidad» de la residencia, pero sí parece que se delimita lo que ha de entenderse por «residencia». *Reside* en nuestro país no ya quien se encuentra físicamente en él en virtud de cualquier título que le legitime para ello, sino quien ha obtenido un permiso de residencia temporal o permanente (art. 31.6 LExtr). De este modo, el concepto «residencia» pierde aquel carácter fáctico, adquiriendo un marcado significado jurídico. La cuestión es si esta previsión es o no extensible a la residencia que exige el Código civil para adquirir la nacionalidad española¹⁹. La respuesta parece hoy afirmativa. Pero para decidir si un extranjero «reside» legalmente en España, es necesario atender a los diferentes títulos por los que puede encontrarse y/o permanecer en nuestro país.

En este sentido, yo creo que dentro del concepto de residencia debe ser excluida la situación de mera estancia. Por muy legítimo que sea este título para permanecer en nuestro país, el tiempo de estancia no puede computarse a efectos de la adquisición de nacionalidad española por residencia.

Pero hay otras situaciones que merecen un tratamiento diferente:

■ Así sucede con la de los refugiados. El art. 34 LExtr se refiere a la residencia de apátridas²⁰, indocumentados y refugiados, dando a cada una de estas situaciones un tratamiento diferente. Por su parte, en tres Resoluciones de 27 octubre 1995 (RJ 9825, 9826 y 9827), la DGRN ha considerado que son residentes legales en España quienes tienen reconocida la condición de refugiado.

¹⁹ Todo esto sin perjuicio de lo dispuesto en los Convenios de nacionalidad o de doble nacionalidad suscritos por el Estado español, sometidos a un régimen particular en cuanto al concepto y requisitos de la residencia.

²⁰ En ejecución de lo previsto en el art. 34 de la Ley de Extranjería (reconocimiento de la condición de apátrida por el Ministro del Interior al extranjero que careciendo de nacionalidad reúna los requisitos previstos en la Convención sobre Estatuto de Apátridas de 1954 y la expedición de la documentación prevista en el artículo 27 de la citada Convención), el art. 1.1 del RD 865/2001, de 20 julio (RCL 2001\1809), sobre reconocimiento del estatuto de apatridia, reconoce este *estatus* «a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación, y manifieste carecer de nacionalidad» (conforme a lo dispuesto en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954). Para hacer efectivo este reconocimiento, el interesado deberá cumplir los requisitos y procedimiento previstos en el Reglamento.

■ También es residente el nacional de un Estado miembro de la Unión Europea que esté en posesión de una tarjeta de residencia, sea temporal (permanencia en España por un tiempo superior a tres meses e inferior a un año), o no (para periodos de tiempo superior a un año, y que tendrá cinco años de vigencia, siendo renovable automáticamente), a que se refieren los arts. 4.2 y 4.3 del RD 766/1992, de 26 junio. No por el contrario, quien esté en posesión de la tarjeta de trabajador fronterizo a que se refiere el art. 4.6 del mismo Real Decreto (modificado por el RD 737/1995, de 5 mayo).

Junto a las situaciones anteriores de residencia y estancia, la Ley de Extranjería contempla otras especiales, como la de los estudiantes, para los que se prevé una autorización de «estancia» por un tiempo que se corresponda a la duración del curso en el que esté matriculado (art. 33.1), con carácter prorrogable. En el texto original se prevenía la concesión de autorización de admisión y residencia en España por razones de estudio (cfr. antiguo art. 40.1). La reforma de esta Ley por la LO 8/2000 ha cambiado el régimen de la residencia por el de estancia, por lo que parece que esta situación no es asimilable a la de residencia.

Un caso particular es el de los extranjeros indocumentados presumiblemente menores de edad²¹. En estos casos se procederá a la comprobación de su edad por los medios previstos en el art. 35.1 LExtr y si efectivamente se trata de menores, se pondrán a disposición de los servicios competentes de protección de menores. Se intentará el retorno a su país de origen o a aquel donde se encontraren sus familiares (*vid.* art. 35.5). Sólo cuando esto no sea posible, se decidirá sobre su permanencia en España (art. 35.3). En este caso, el art. 35.4 LExtr dispone que «*Se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará un permiso de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.*» Ese ínterin que media entre el acogimiento y el otorgamiento del permiso de residencia es acaso el único supuesto en que puede hablarse de situación de residencia del extranjero, sin que ostente el correspondiente permiso.

Otro caso particular es el de la posesión indebida del DNI. En este sentido, la DGRN ha dicho que «la circunstancia de que el interesado continúe indebidamente en *posesión del Documento Nacional de Identidad*

²¹ Aquí deben diferenciarse estos casos, de los que puedan resultar comprendidos en el art. 17.1.d) CC.

como español puede tener otros efectos, como el de estimar que su residencia en España es legal respecto de su posible adquisición de la nacionalidad española por residencia (cfr. art. 22 CC), pero *no es prueba suficiente que tenga la nacionalidad española ...*» (Resoluciones de la DGRN de 16 febrero 1999 [RJ 10182], 23 marzo 1999 [RJ 10163], entre otras).

La actual jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo sigue la línea restrictiva marcada por la citada STS de 19 septiembre 1988 (RJ 6838) y la RDGRN de 10 febrero 1989 (An. DGRN, p. 655). Se dice así que sólo se cumple con el requisito de «residencia legal» en España cuando el solicitante esté en posesión de un permiso de residencia, atendiendo a la Ley vigente en cada momento:

- Permiso o autorización de residencia, obtenida conforme al Decreto 522/1974, de 14 de febrero, y durante su vigencia;
- Permiso de residencia de la LO 7/1985, de 1 de julio, durante la suya;
- Y ahora el permiso de residencia temporal o permanente contemplado en el art. 29.3 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Contencioso-Administrativo) de 17 noviembre 2001 (RJ 10274) (que denegó el carácter de «legal» al tiempo de residencia del solicitante en nuestro país en virtud de una «tarjeta de estudiante»), 3 mayo 2001 (RJ 4191), 7 noviembre 1999 (RJ 849), entre otras.

Se trata de una línea marcadamente restrictiva, que no se corresponde con el largo plazo general de residencia en nuestro país, además de los otros requisitos que deben concurrir en la residencia, sobre todo la de su continuidad, además de los que exige para la concesión de la nacionalidad (buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española [art. 22.4 CC]).

De acuerdo con esta doctrina, a efectos de adquisición de la nacionalidad no residirían legalmente en nuestro país los nacionales de países miembros de la Unión Europea que estuvieran en posesión de la tarjeta de residencia a que se refieren los arts. 4.2 y 4.3 del RD 766/1992, de 26 junio, y a la que aludía más arriba, lo cual es absurdo. Estas personas deben considerarse residentes legales en España a todos los efectos, incluyendo el relativo a la adquisición de la nacionalidad.

5.2. La residencia continuada

Del mismo modo que ocurre con el requisito de la residencia inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud, el de la continuidad de la residencia ha sido una constante en nuestro sistema de adquisición de la nacionalidad desde la ley de 15 julio 1954 (cfr. las an-

teriores redacciones del art. 20.IV CC). La ley habla de continuidad, si explicitar nada más. Se trata, por tanto, de una cuestión de marcado carácter casuístico en la que es difícil dar una regla general. Quizá por ello la doctrina se ha limitado a ofrecer unas líneas muy generales.

En general, los autores están de acuerdo en que la residencia no es continuada cuando se ha interrumpido por haber dejado el interesado de vivir o morar en España o de tener en nuestro país el centro de su vida social, o siempre que el período de ausencia sea relevante. Tampoco concurriría el requisito de la continuidad en los casos en que las ausencias, aunque de corta duración, fueran especialmente frecuentes. Por el contrario, no interrumpe la residencia el hecho de que se realicen viajes al extranjero incidentales o de corta duración (negocios, vacaciones, congresos, visitas familiares,...), ni tampoco se descuenta del tiempo de presencia física en España el empleado en tales viajes.

¿Qué ocurre con el período de tiempo que se ha residido en España cuando se interrumpe la residencia? Pues que «deviene irrelevante a los efectos del art. 22, por largo que haya sido: no cabe sumar varios períodos de residencia inconexos», «no cabe la acumulación de períodos de residencia legal no continuados».

En este extremo parecía no haber discusiones entre los autores. Sin embargo, la citada sentencia de la Sala Primera del TS, de 19 septiembre 1988, vino a revitalizar el debate. En ella se consideró que faltaba el requisito de la continuidad en la residencia en España de un extranjero, al computarse una ausencia del mismo durante un total de 513 días durante los diez años que fue residente en nuestro país.

Se trata de un fallo desafortunado y extremadamente restrictivo. No parece que el meramente contable sea el criterio más adecuado para dilucidar si ha habido o no continuidad en la residencia. Indudablemente, hay que tenerlo en cuenta, pero no como un elemento decisivo, sino meramente indicativo. Además, este método de la mera computación de períodos o días de ausencia «injustificada» plantea problemas prácticamente irresolubles, ejemplificados en el caso conocido por la citada sentencia: ¿cómo se computa el tiempo de residencia física en España?, ¿se esfumaron los más de ocho años que en tal concepto residió el solicitante en nuestro país? Al objeto de una nueva solicitud, ¿empezará a contarse nuevamente el tiempo desde que el extranjero regresa a nuestro país después de una ausencia injustificada? ¿Tendrá que residir otros diez años en España, cuidándose de ausentarse por causas no justificadas? ¿Es preciso, para que no se desvanezca el requisito de la continuidad, que se justifiquen *todas* las ausencias? Son todas ellas interrogantes de difícil respuesta, que no pueden solucionarse con el criterio empleado por el TS en la sentencia citada, cuya solución fue, con razón, severamente criticada por la doctrina.

El requisito de la continuidad de la residencia debe ser abordado con especiales cautelas. Una exigencia inflexible o mecánica del mismo puede dar lugar a soluciones desafortunadas, como la que adoptó la STS de 19 septiembre 1988. Aquí debe acudir al criterio de la integración del extranjero en la sociedad española como elemento modalizador también de este presupuesto, y que nos sirve igualmente para resolver las interrogantes formuladas más arriba. Se trata de una materia extremadamente casuística, por lo que, como antes apuntaba, no es fácil consignar reglas generales. Es preciso tener en cuenta no sólo el dato del número de viajes hechos al extranjero o el tiempo que se ha empleado en ellos. También hay que considerar el motivo de tales viajes y, sobre todo, *si como consecuencia de ellos el extranjero no ha alcanzado un suficiente grado de integración en la sociedad española o se ha producido un desapego al modo de vida español*. Como se ha señalado, el requisito de continuidad en la residencia debe valorarse de manera que haga referencia más a la efectiva vinculación prolongada y continua con el medio social español, que al hecho puramente físico de una presencia constante en territorio español.

5.3. La residencia inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud

Respecto de este requisito, la doctrina parece pacífica. Se ha señalado en este sentido que no basta haber residido en España de manera continuada durante muchísimos años, si inmediatamente antes de la solicitud ya no se residía en España, o si la residencia en España se había interrumpido tiempo antes. A estos efectos es irrelevante, un período de residencia no inmediatamente anterior a la solicitud.

Se trata de una cuestión estrechamente conectada con la que estudiábamos en el anterior apartado, y lo que decía en él *vale, mutatis mutandi*, para éste.

5.4. Un pretendido y, afortunadamente suprimido, nuevo requisito de la residencia: la residencia «efectiva»

La Proposición de Ley de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad presentada por el GP Popular en el Congreso (adoptada por el informe de la Ponencia), añadía a los requisitos de la residencia en España el que hubiera de ser «efectiva» (art. 22.3 CC). En la Exposición de motivos de la Proposición se justificaba este nuevo requisito en los siguientes términos (que se reproducen en la justificación de la enmienda núm. 16, del citado Grupo):

«Se ha considerado conveniente hacer en los textos vigentes las mejoras técnicas que la experiencia acumulada en la aplicación de los mismos, la actividad legislativa acaecida desde su aprobación o la jurisprudencia

han hecho aconsejables y que tienen un desigual alcance./ Así, la modificación introducida en el artículo 22.3 tiene por objeto dejar sentado que la residencia, a efectos de servir de base para la adquisición de la nacionalidad española, ha de ser efectiva, resolviendo así las dudas acerca de cómo había de interpretarse la necesidad de que fuera legal y si ello comprendía o no la residencia física. Por otro lado, la reforma es acorde con los planteamientos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1998, que concibe el requisito de residir como la prueba de que existe, en el ánimo del interesado, la voluntad de integrarse en la comunidad española».

Un texto que, incomprensiblemente, se mantiene en la Exposición de Motivos de la Ley de reforma. Luego volveremos sobre esto.

Yo no he encontrado la sentencia a la que se alude en el texto transcrito. Seguramente se refiere a la STS de 19 septiembre 1988, antes citada, en la que, efectivamente, se alude al requisito de la continuidad de la residencia como «prueba del ánimo del interesado de integrarse en la comunidad española» (FD 4). En realidad, como vimos, esta sentencia desestimó la pretensión del solicitante no por una cuestión atinente a la legalidad de la residencia, sino por considerar que no concurría el requisito de la continuidad.

Son muchos los problemas que, según parece, estaba llamada a resolver la exigencia de la «efectividad» de la residencia, aunque, en honor a la verdad, este requisito nada nuevo vendría a añadir a lo ya previsto en el art. 22 CC. En la parte transcrita de la «exposición de motivos» se dice que con ello se mejora «técnicamente» el precepto, y que con la exigencia de la «efectividad» de la residencia se resuelven las dudas acerca de cómo ha de interpretarse la necesidad de que fuera legal y si ello comprendía o no la residencia física. Que la residencia ha de ser legal es algo que está meridianamente claro en el texto vigente. Y si por residencia «efectiva» se quiere decir «legal», evidentemente sobra. Me quedo con este último término, ya que, planteado el debate, prefiero que lo sea sobre un término jurídico más o menos determinado, que sobre otro que, al menos en este ámbito, no es ni determinado, ni jurídico. Si de verdad se hubiera querido solucionar los problemas derivados de la interpretación del requisito de la legalidad en la residencia, lo suyo hubiera sido decir qué es lo que se entiende por residencia «legal», puesto que es este un problema que no ha sido resuelto de forma satisfactoria.

Seguramente el propósito que se perseguía con ese requisito era el de subrayar el carácter físico de la residencia en España como presupuesto (como prueba -se dice-) de la voluntad del interesado de integrarse en la comunidad española. En este sentido, residencia efectiva ha de ser residencia no sólo formal (el residente lo es por poseer, pongamos por caso, un permiso de residencia, pero en realidad se encuentra ausente de nuestro país por periodos de tiempo muy prolongados), sino permanencia

física en territorio español. Lo que sucede es que la necesidad de esta permanencia física se encuentra ínsito en el concepto mismo de residencia a efectos de nacionalidad y, sobre todo, en el requisito de la *continuidad* de la residencia.

También el GP Catalán (CiU) abogó por incluir el requisito de la «efectividad» de la residencia, pero sin perder de vista el hecho de que se trata de un término impreciso. Por ello proponía añadir la siguiente frase: «la que tendrá lugar durante más de la mitad del año» (enmienda núm. 47 en el Cong. Diputados). A diferencia de la propuesta del GP Popular, aquí sí se explica qué debe entenderse por residencia «efectiva». El concepto de «efectiva», dice la justificación a esta enmienda, «es jurídicamente indeterminado; por eso se propone precisar el concepto a los efectos de clarificar su interpretación». Lo que sucede es que, como queda dicho, esa exigencia de residir en España durante un periodo de tiempo determinado se cumple ya con el requisito de la «continuidad». Este requisito, junto con los diferentes plazos de residencia, se considera como elemento esencial de la efectiva integración del extranjero en la sociedad española, por lo que tiene un marcado componente material. Residencia continuada es permanencia física continuada del extranjero en territorio español. Es este el sentido de la continuidad que encontramos en la STS de 19 septiembre 1988 (RJ 6838) y en la RDGRN de 21 diciembre 1988 (RJ 9946).

Debe descartarse, por último, que la efectividad tenga que ver con la «efectiva» integración del interesado en la sociedad española. Esto ya lo exige, de forma suficiente, el aptdo. 4 del art. 22 CC. Por eso no se entiende muy bien la referencia a la (presumo) STS de 19 septiembre 1988, que, según la transcrita Exposición de motivos, «concibe el requisito de residir como la prueba de que existe, en el ánimo del interesado, la voluntad de integrarse en la comunidad española». Lo que esta sentencia presume como tal prueba es la continuidad de la residencia (no la mera residencia), concepto este de la «continuidad» que, como queda dicho, tiene un marcado carácter físico o material. La mención a esta sentencia hace presumir que con el término «efectiva» quiere decirse que la residencia en el tiempo señalado por la ley ha tenido por «efecto» un suficiente grado de integración del interesado en la comunidad española. Pero esto no hacía falta, puesto que, como queda dicho, ese «suficiente grado de integración» ya se exige como requisito para adquirir la nacionalidad española por esta vía (art. 22.4)²².

²² No obstante, quizá la utilidad del añadido requisito de la «efectividad» de la residencia pudiera residir en el hecho de que viene a decir, de forma expresa, algo que, como queda dicho, se encontraba ya implícito en otros elementos de esta forma de adquisición de la nacionalidad española, esto es, la exigencia de la presencia física

Seguramente por todas estas razones, el GP ha optado, con buen criterio, por suprimir esa referencia a la «efectividad» de la residencia, que no aparecía ya en el núm. 3 del art. 22 del Texto enviado al Senado, y que ha desaparecido también del Texto definitivo. No obstante, y como antes apuntaba, se ha cometido el error de no suprimir la parte de la Exposición de Motivos (transcrita más arriba) del texto definitivo de la Ley que explica las razones de la inclusión de dicho requisito que, como resulta evidente, carece ya de objeto.

6. Una particular referencia a la adquisición de la nacionalidad española de los descendientes de inmigrantes: derecho de opción y residencia

6.1. Régimen general

El régimen de adquisición de la nacionalidad española por los descendientes de emigrantes ha atravesado por no pocas vicisitudes a lo largo de las numerosas reformas que ha experimentado el Código Civil en materia de nacionalidad. La previsión del hasta ahora vigente art. 22.2.f) CC, por la que sólo necesitan residir un año en España para obtener la concesión de la nacionalidad quien habiendo nacido fuera de España lo fuera de padre o madre que originariamente hubieran sido españoles²³, está pensando sobre todo en los descendientes de emigrantes de españoles de segundo y tercer grado (los llamados de *primera y segunda generación*)²⁴, aunque se parte de la situación básica del español que emigra con hijos también españoles. Una situación extensible a los hijos de madre originariamente española casada con extranjero, y que hubiera seguido la nacionalidad del marido, pues en estos casos, antes de la entrada en vigor de la Ley de 13 de julio de 1982, los hijos de ese matrimonio no adquirían la nacionalidad española, salvo que no siguieran la del padre²⁵. En la redacción originaria del Código Civil sólo hay una referencia en el art. 24²⁶.

del extranjero en nuestro país por todo (o casi todo) el tiempo requerido por la Ley para ello.

²³ La frase «que originariamente hubieran sido españoles» hace dudar de si se exige el carácter «de origen» de la nacionalidad, o se refiere a quien fue español, de origen o no, y que no lo era en el momento del nacimiento del hijo. Sea como fuere, parece que se trata de una duda más teórica que práctica.

²⁴ Si hubiera nacido en España se daría, en buena parte de los casos, el supuesto previsto en la letra b) del art. 17.1 CC.

²⁵ V. las Resoluciones de la DGRN de 5 mayo 2000 (RJ 6152), 19 enero 2000 (RJ 3113), 27 abril 1999 (RJ 10147), entre otras.

²⁶ Recuperación de la nacionalidad española del nacido en país extranjero de

En 1954, y en virtud de la reforma del Código Civil por la Ley de 15 julio de ese año (art. 18.2º), a estas personas se les concedió el derecho a optar por la nacionalidad española, si bien se limitaba temporalmente este derecho, al someterse su ejercicio a un plazo muy breve: debía de hacerse dentro del año siguiente a la mayor edad o emancipación del interesado.

Este derecho de opción desapareció con la reforma del CC de 1982 (Ley 51/1982, de 13 de julio), exigiéndose a partir de entonces un tiempo de residencia en España de un año a las personas que se encontraran en aquella situación, en condiciones prácticamente idénticas a la de los demás casos de adquisición por residencia.

No obstante, años más tarde, a tales personas se les concedió nuevamente un derecho de optar por la nacionalidad española, pero con carácter transitorio, por la ley 18/1990, de 17 de diciembre (disp. trans. 3ª). Se señalaba un plazo de tres años para su ejercicio, exigiéndose que el interesado residiera legalmente en España en el momento de la opción, si bien se trataba de un requisito dispensable. Este plazo fue sucesivamente prorrogado por las Leyes 15/1993, de 23 de diciembre (hasta el día 7 enero 1996), y por la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, cuya disp. trans. 1ª llevó la la prórroga hasta el día 7 de enero de 1997, suprimiendo, además, aquella exigencia de la residencia legal en España en el momento de la opción²⁷.

Se quería así extender el beneficio del derecho de opción «a los hijos de emigrantes que, al nacer, ya no eran españoles, estimándose que así quedaban solucionadas las últimas secuelas perjudiciales de un proceso histórico –la emigración masiva de españoles– que –se decía, es hoy difícilmente repetible». Las sucesivas prórrogas se justificaban en el hecho de que los plazos señalados por las leyes anteriores para el ejercicio del beneficio de la opción resultaba insuficiente para los posibles beneficiarios que estuvieran «dispersos por el mundo y más alejados de los núcleos urbanos, a los que es más difícil obtener información». Para ello se estimó suficiente prorrogar el plazo algunos años más, «por no mantener abierta durante demasiado tiempo una situación transitoria y porque correlativamente al deseo del legislador de beneficiar al colectivo a que se dirige, éste debe mostrar su interés en las posibilidades que se le ofrecen».

El supuesto previsto en el apartado f) del art. 22 CC (según la reforma de la Ley 18/1990), ahora modificado, entró, pues, «material-

padre o madre españoles, que perdieron la nacionalidad por haberla perdido también sus padres.

²⁷ Un requisito que en la Ley 18/1990 podía ser dispensado en los términos previstos en el artículo 26.1.a) del Código Civil para la recuperación de la nacionalidad.

mente en vigor» una vez vencidos los plazos para el ejercicio del derecho de opción a que se referían las citadas disposiciones transitorias. Por lo demás, quienes han dispuesto del derecho de opción y no lo han ejercitado, se encuentran tanto en la situación contemplada en ese apartado f) como en el apartado b) del art. 22.2. En definitiva, agotado el plazo para el ejercicio del derecho de opción, los hijos o nietos de emigrantes sólo pueden adquirir la nacionalidad española por residencia, y en las mismas condiciones que los demás casos de adquisición por esta vía [art. 22.2.f)].

A pesar de lo señalado en las justificaciones a las prórrogas del derecho de opción, lo cierto es que los colectivos de emigrantes hicieron llegar al Consejo de la Emigración su deseo de que se suprimiera el sistema de plazos preclusivos de opción establecidos por las leyes anteriormente señaladas. Además, el retorno de los emigrantes (incluyendo a sus descendientes) es algo que, por mandato del art. 42 CE, debe orientar la política del Estado en esta materia; una política que, por extensión, debe estar dirigida a facilitar a los emigrantes la recuperación de la nacionalidad española y su adquisición por sus descendientes (al menos hasta un cierto grado), y que se cumple mucho mejor con la fórmula de la opción que con la de la residencia. En este sentido, cambiar la primera por la segunda supuso un claro retroceso.

6.2. El derecho de opción de los emigrantes de *primera generación* (hijos de emigrantes)

Por ello debe aplaudirse la nueva Ley en lo que toca a la vuelta a la fórmula de la opción, aunque llegue algo tarde. La Proposición de Ley de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad presentada por dicho Grupo en el Congreso de los Diputados el 12 de marzo de 2001²⁸ estaba dirigida, en este punto y entre otros extremos, a recuperar el *derecho de opción* en favor de las personas a las que se refiere la letra f) del art. 22.2 CC, pero no ya con carácter transitorio, sino definitivo, pero siempre que el padre o madre haya nacido en España. Esto es, una norma pensada para facilitar la adquisición de la nacionalidad española a los llamados *emigrantes de primera generación* (hijos de emigrantes españoles que en el momento del nacimiento de aquél habían perdido la nacionalidad española [por adquisición de la del país de acogida]).

Para ello se da una nueva redacción al art. 20 CC, que regula la adquisición de la nacionalidad española por opción, en el que queden incluidas tales personas. En concreto, el texto es el siguiente: «1. Tienen

²⁸ BOCG (Congreso de los Diputados), de 16 marzo 2001 (núm. 122-1).

derecho a optar por la nacionalidad española: ... b) Aquellas (personas) cuyo padre o madre hubieran sido originariamente españoles y *nacidos en España*».

Por su parte, el aptdo. 3 elimina los límites de edad que para el ejercicio de la opción se establece para los otros dos casos de adquisición por opción (los mismos que están contemplados en el texto vigente del art. 20.1 CC [personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español, y las que se hallen comprendidas en el segundo apartado de los arts. 17 y 19, casos en los que la adquisición de la nacionalidad española es la de origen]). Es decir, quienes se encuentren en el caso del aptdo. b) podrán ejercitar la opción en cualquier momento, sin límite de edad y, naturalmente, sin necesidad de residir en España.

Las razones por las que se han adoptado estas medidas, y otras dirigidas a la conservación y recuperación de la nacionalidad española por los emigrantes e hijos de emigrantes, se encuentran expresadas en la Exposición de motivos de la Ley, en la que se hace referencia al mandato del artículo 42 CE cuando encomienda al Estado la misión de velar por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, a la que añade la obligación de orientar su política hacia su retorno. «Facilitar la conservación y transmisión de la nacionalidad española es, sin duda, una forma eficaz de cumplir este mandato y *éste es el principal objetivo de la presente Ley*».

Más concretamente, en lo que se refiere a la inclusión de los hijos de emigrantes entre quienes pueden optar a la nacionalidad española, la Exposición de Motivos de la Ley lo justifica en los siguientes términos:

«... se ha introducido en el artículo 20 la posibilidad de que los hijos de españoles nacidos en España puedan optar por la nacionalidad española sin sujeción a límite de edad alguno. De este modo, se da cumplida respuesta, por un lado, a la recomendación contenida en el informe publicado en el BOCG el 27 de febrero de 1998, elaborado por la Subcomisión del Congreso de los Diputados, creada para el estudio de la situación de los españoles que residen en el extranjero y, por otro, a las reclamaciones que éstos han hecho llegar al Consejo de la Emigración, pidiendo se superara el sistema de plazos preclusivos de opción establecidos sucesivamente por las leyes 18/1990, 15/1993 y 29/1995».

6.3. Los «emigrantes de *segunda generación*» (los nietos): adquisición de la nacionalidad por residencia de un año

El hecho de que se exija no sólo que el padre o la madre hubieran sido originariamente españoles, sino también *que hubieran nacido en España*, supone una clara restricción para la adquisición de la nacionalidad española por esta vía para los llamados emigrantes de *segunda generación*, singularmente los hijos extranjeros de españoles nacidos en el extranjero

que habían perdido la nacionalidad española al tiempo del nacimiento de aquéllos²⁹. Para éstos *se mantiene* la vía de la adquisición por residencia de un año de la letra f) del art. 22.1 CC. El caso arquetípico del supuesto contemplado en esta letra es el del nieto de emigrante. Concretamente el caso siguiente: Español que nace en España y que emigra a otro país. Tiene un hijo que nace en el país de acogida y que adquiere la nacionalidad española por ser la de su padre (o, en su caso, la de su madre, si bien esto es mucho menos frecuente). El hijo adquiere posteriormente la nacionalidad del país de acogida perdiendo la española. Después de esto tiene un hijo que, evidentemente, no es español. Es en este descendiente de españoles, de segunda generación, en quien está pensando la letra f) del art. 22.2 CC.

La adquisición de la nacionalidad española por opción de estos «emigrantes de segunda generación» ha sido una de las reivindicaciones de los colectivos de emigrantes. Una reivindicación que ha sido desestimada por el PP, por considerar que estos emigrantes deben adquirir un mínimo arraigo con España, por lo que se exige el año de residencia. Además de este plazo privilegiado, para la concesión de los permisos de residencia y de trabajo a los descendientes de españoles no se tiene en cuenta la *situación nacional de empleo* [arts. 38.1 y 40.i) LExtr].

6.4. Los «emigrantes de tercera generación» (los bisnietos): adquisición de la nacionalidad por residencia de un año

En un principio no se preveían novedades en cuanto a la adquisición por residencia de estas personas. Sin embargo, en virtud de una enmienda transaccional del PP se extiende el régimen visto en el apartado anterior a los «emigrantes de *tercera generación*» (bisnietos de emigrantes españoles). Es decir, a los nietos de abuelo o abuela originariamente español (nacido o no en España). Con tal motivo, la redacción del art. 22.2.f) CC queda como sigue:

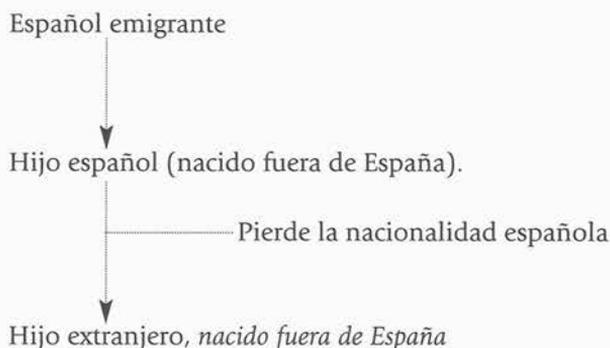
«2. Bastará el tiempo de residencia de un año para:

...

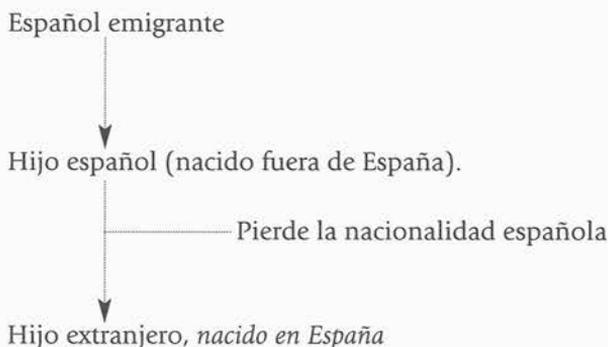
f) *El nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles».*

²⁹ Esta previsión se encuentra de alguna forma compensada con la propuesta de conservación de la nacionalidad española mediante una simple declaración de voluntad ante el encargado del Registro Civil o bien por la representación consular de su domicilio o, en su defecto, por el Encargado del Central (art. 365.I RRC) (v. arts. 230, 231 y 234 RRC y RDGRN de 21 noviembre 1992 [BIM] 1662, de 15 febrero 1993)].

Curiosamente, la delimitación del supuesto del art. 22.2.f) CC da lugar a que queden «literalmente» excluidos de él los nacidos *en* España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubiera sido español española. Es cierto que si alguno de ellos hubiera nacido en España, el hijo sería español de origen en virtud del criterio *ius soli* del art. 17.1.b) CC, pero si no fuera así, el tiempo de residencia para adquirir la nacionalidad habría de venir determinado por una circunstancia diferente a la del proyectado art. 22.2.f). Es decir, este precepto contempla el caso siguiente:



Pero no este otro



Naturalmente, este último caso debe considerarse incluido, con mayor motivo, en la letra f) del art. 22.2 CC. No obstante, la redacción correcta hubiera sido la siguiente:

«2. Bastará el tiempo de residencia de un año para:

f) *El descendiente de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles».*

Este parecía ser el sentido de la enmienda núm. 5 presentada por el GP de Senadores de la Coalición Canaria, en la que se proponía la si-

guiente redacción de ese aptdo. f): «Aquellos cuyo padre o madre, abuelo o abuela, hubieran sido originariamente españoles»³⁰. Naturalmente! Sin que tengan que haber nacido necesariamente fuera de España. En buena lógica, esta enmienda debió ser aceptada.

Naturalmente, si el padre o la madre han nacido en España, el hijo será Español de origen [art. 17.1.b) CC], por lo que este texto sería de aplicación en el caso de que el padre o madre no hubieran nacido en España, con independencia de que el hijo hubiera nacido España o fuera de ella.

En otro orden de cosas, la expresión «nacido» del nuevo art. 22.2.f) CC parece referirse a la descendencia natural o consanguínea, de modo que quedarían excluidos los hijos adoptivos. Una interpretación que debe rechazarse, al colisionar, si no formalmente, sí al menos materialmente, con el art. 39.2 CE, aunque no afecte propiamente a españoles. Esta parece ser la razón de que en la norma propuesta no se diga «nacido de ...», sino personas «*cuyo padre o madre* hubieran sido originariamente españoles», lo que incluye a los hijos adoptivos. 

³⁰ Aunque lo desmiente la justificación: «Muchos de los hijos de emigrantes españoles no han nacido en España, pero sus descendientes deben optar a poder ser considerados españoles. Es necesario obviar la condición de ser nacido o no en España, para facilitar realmente la conservación y transmisión de la nacionalidad española. También se pretende permitir la opción de ser español o española a los hijos y nietos de españoles de origen, nacidos en España pero que han tenido que emigrar, y que en el país de destino tuvieron que optar por una segunda nacionalidad antes del nacimiento de sus hijos. De igual forma los hijos de éstos, dado que sus padres no obtuvieron la nacionalidad, tampoco podrían optar a ella.»