

“Las transformaciones del Derecho ante el fenómeno migratorio”
Lección inaugural del curso 2018-2019
Pilar Rodríguez Mateos

Excelentísimo señor Presidente, Ilustrísimos Académicos, señoras y señores:

Quiero comenzar esta intervención haciéndoles partícipes del honor y de la responsabilidad que para mí supone dictar la lección inaugural de este nuevo curso de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia. Responsabilidad, sobre todo, por la brillantez de las lecciones que han precedido a esta, pero también porque tiene lugar tras un curso, como el pasado, que ha estado repleto de ideas, de personalidades y, en definitiva, de ciencia, con ocasión de los actos conmemorativos del cuarenta aniversario de la Academia. Asimismo, quiero hacer público mi agradecimiento al Señor Presidente por haberme confiado esta tarea, esperando, una vez más, no defraudar su confianza.

El objeto de esta lección es poner de manifiesto una evolución desde el estudio del régimen jurídico del extranjero en España hacia una disciplina más amplia, como es el Derecho migratorio. Para explicar esta nueva perspectiva quiero destacar cinco ideas previas en las que se entrelazan aspectos de fondo y aspectos metodológicos y que, en definitiva, creo que apuntalan el contenido del fenómeno migratorio. Adelanto que algunas de estas ideas se han gestado y sistematizado precisamente con ocasión del proceso de elaboración del libro sobre *Los flujos migratorios en el Ordenamiento jurídico español (Estudios de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia)*. Por ello, también quiero mostrar mi agradecimiento a sus autores, por su disponibilidad para reflexionar en común, por sus aportaciones y, en definitiva, por su tiempo.

Estas ideas a las que voy a referirme son: la necesidad de una perspectiva de estudio bidireccional y multidisciplinar, la pluralidad de regulaciones y la relevancia del hecho europeo, la integración del sector nacionalidad y del sector extranjería en el Derecho migratorio y, finalmente, la interacción entre nacionalidad, ciudadanía europea y libertad de circulación.

En efecto, en primer lugar, debe procederse a un análisis bidireccional del fenómeno migratorio, es decir, del no nacional en un Estado de acogida. Desde la perspectiva de España como Estado de acogida, este no nacional será una persona con nacionalidad extranjera -o un apátrida- que pretende entrar y permanecer en nuestro país. Pero también cabe valorar la situación contraria, la del español que se encuentra en un Estado de acogida extranjero. Estamos, pues, en presencia de dos tratamientos jurídico distintos y ambos previstos por el ordenamiento español: el régimen jurídico del extranjero en

España y el estatuto del ciudadano español en el extranjero, marcado este último por la impronta de la Ley 40/2006, relativa al Estatuto de la ciudadanía en el exterior.

Además de bidireccional, la perspectiva de estudio es, en segundo lugar, evidentemente multidisciplinar. Y no me refiero solo a la obviedad de que, además del análisis jurídico, sobre el fenómeno migratorio quepan análisis ético-filosóficos, sociológicos o económicos, sino a la existencia de una normativa muy diversificada que implica tratamientos de distintas disciplinas jurídicas tanto en el ámbito del Derecho público como del Derecho privado. Y es precisamente el análisis bidireccional mencionado en primer lugar el que ensancha, de alguna manera, esta multidisciplinariedad.

En efecto, hay aspectos del Derecho migratorio que se refieren al extranjero en España, de forma paradigmática el régimen de su entrada y permanencia en España, el ejercicio del derecho de voto y otros derechos constitucionales, el régimen de asilo y refugio, el acceso a servicios públicos, la realización de actividades lucrativas por cuenta propia o ajena...etc. Pero muchos de estos derechos son garantizados al español aun cuando se encuentre en el extranjero, o precisamente por encontrarse en el extranjero. Basta observar algunas de las previsiones de la Ley 40/2006 para apreciar, por ejemplo, el reconocimiento del derecho al sufragio, el derecho de asociación, información y petición o el régimen de la asistencia y protección consular y la protección de la tutela judicial de los españoles en el extranjero. También es absolutamente relevante el régimen laboral de los desplazados, de forma temporal o permanente, a Estados miembros de la UE o a Estados terceros, así como los derechos sociales que puedan corresponderles en el extranjero y una vez retornados (desde derechos en materia de seguridad social, de asistencia social, ayudas estatales o autonómicas...etc.) Igualmente, cabe reparar en el régimen fiscal del emigrante desplazado o retornado o en el régimen jurídico de su disposiciones patrimoniales, por ejemplo, las adquisiciones inmobiliarias realizadas en el extranjero o la validez del testamento que el emigrante haya otorgado en el extranjero.

En tercer lugar, además de la bidireccionalidad y consiguiente petenciación de la multidisciplinariedad del fenómeno y del Derecho migratorio, debe hacerse referencia a una realidad nuclear, que no es otra que la pluralidad de fuentes reguladoras de las migraciones y la particular relevancia del Derecho de la UE.

Precisamente en relación con el Derecho europeo debe destacarse su influencia global en la materia migratoria, hasta el punto de que el Derecho originario define no solo el

régimen jurídico de los ciudadanos europeos, sino también el de nacionales de terceros Estados, de cuyo sujetos al régimen general de extranjería.

Así pues, existe un régimen europeo que deriva del estatuto de la ciudadanía de la UE y de la libre circulación de personas dentro de la UE. Se establece en los artículos 20 y 21 TFUE, en la Directiva 2004/38/CE y, por lo que respecta a España en la norma de transposición de esta Directiva, el RD 240/2007.

Este régimen netamente europeo se completa con la extensión de la libertad de circulación y residencia a los llamados “ciudadanos asimilados a los europeos”, que se produce a través del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (respecto de los nacionales de Islandia, Liechtenstein y Noruega) y del Acuerdo sobre libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, de 21 de junio de 1999, respecto de los nacionales suizos. Resta por saber qué tipo de Acuerdo se logra, si es que se logra, entre la UE y sus Estados miembros y El Reino Unido.

Finalmente, existe un régimen general de extranjería para los nacionales de Estados terceros que no sean ni Estados miembros ni asimilados y que se contiene en LO 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y en su Reglamento de desarrollo, el RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por LO 2/2009. Este régimen general a pesar de ser “no europeo” está condicionado por el Derecho de la UE, tanto por cuestiones competenciales cuanto porque el hecho europeo genera un supuesto privilegiado de extranjeros sujetos a este régimen general.

Desde un punto de vista competencial, el régimen general de extranjería se sitúa en el contexto del espacio de libertad, seguridad y justicia (Título V TFUE), en cuyo seno la UE garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países (art. 67.2 TFUE).

Por ello, la delimitación o distinción entre el régimen europeo, vinculado a la ciudadanía de la UE, y el “régimen general de extranjería”, relativo a los nacionales de terceros países que no puedan tener cabida en el régimen europeo, no deriva de la fuente de regulación, pues el régimen general está condicionado por la competencia de la UE en

materia migratoria y por las normas de Derecho europeo que de esa competencia se derivan.

Por lo que respecta a la existencia de extranjeros privilegiados, debe hacerse referencia a los nacionales de terceros Estados que hayan sido residentes de larga duración-UE en otro Estado miembro (arts. 155 y ss. RLOEx). Se trata de extranjeros sometido al régimen general de extranjería, pero con un tratamiento singular por haber adquirido el estatuto de residente de larga duración-UE. Como regla general, este estatuto parte de la previa residencia continuada en un Estado miembro durante cinco años y supone algo tan relevante como que no se requiere visado de estancia (para entrar) ni visado de residencia (para residir) en España.

La cuarta idea sustentadora de esta nueva perspectiva es la integración del sector nacionalidad y el sector extranjería en un mismo Derecho migratorio, y ello por una razón muy evidente: el legislador español conforma lo que es la situación de extranjería a través precisamente de la regulación de nacionalidad. Y lo hace en dos niveles: en el nivel más radical, evitando que surja la situación de extranjería, ya sea atribuyendo *ex lege* la nacionalidad española, ya sea permitiendo al español bloquear el riesgo de esta situación de extranjería a través de la conservación y la consolidación de la nacionalidad española. En otro nivel, el legislador habilita cauces, de intensidad muy distinta, para que el extranjero ponga fin a esta situación de extranjería, accediendo a la nacionalidad española o recuperándola después de haberla perdido.

Además, podríamos hablar de una influencia remota del Derecho de la nacionalidad sobre la extranjería. Basta apreciar el supuesto de autorización de residencia temporal por arraigo familiar (art. 124 RLOEx) para los extranjeros irregulares hijos de padre o madre que hubiesen sido originariamente español.

La quinta y última idea, próxima a la anterior, es la evidente interacción entre la nacionalidad, la ciudadanía europea y la libertad de circulación.

Esta interacción adquiere especial intensidad incluso en el marco de las previsiones sobre atribución *ex lege* de la nacionalidad previstas en el artículo 17 Cc. Así, un menor nacido en España al que sus progenitores no transmiten *iure sanguinis* su nacionalidad extranjera es español de origen (prevención de la apatridia) y, por ello, ciudadano europeo. Sería el caso del nacido en España que, por ejemplo, fuese hijo de un nacional peruano. Esta atribución de nacionalidad española al hijo va a condicionar claramente la situación irregular en España de este progenitor peruano. Concretamente, va determinar que el progenitor peruano, tras el nacimiento de su hijo, pueda residir en España

acogiéndose al régimen europeo, en tanto que familiar de un ciudadano europeo, o deba someterse al régimen de reagrupación familiar previsto en la normativa del régimen general de extranjería (LOEx y RLOEx).

En este punto debe tenerse en cuenta la doctrina del Tribunal de Justicia en los asuntos *Zhu/Chen* [STJCE de 19 de octubre de 2004 (As. C-200/02)] y *Ruiz-Zambrano* [STJUE de 8 de marzo de 2011 (As. C-34/09)] que impide la expulsión de los nacionales de terceros países que tengan a su cargo al menor ciudadano de la UE, en la medida en que tal expulsión significaría que el ciudadano europeo –el niño- tendría que abandonar el territorio de la UE y, con ello, se privaría de efecto útil a los derechos derivados de la ciudadanía de la Unión.

Como puede observarse, lo cierto es que la ciudadanía europea deriva en último término de la condición de nacional de un Estado miembro, es decir, deriva en último término de una regulación estatal sobre adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad en cuestión. Por ello, no son de extrañar los intentos para modular la influencia transversal de esta competencia doméstica del Estado en materia de nacionalidad.

Un ejemplo muy conocido de este intento se aprecia en la invocación del principio de proporcionalidad en el asunto *Rottmann* [STJUE de 2 de marzo de 2010 (As. C-135/08)]. En este caso, un individuo pierde su originaria nacionalidad (austriaca) por la *adquisición* voluntaria de la nacionalidad alemana; posteriormente, esta última adquisición de la nacionalidad alemana es revocada por las propias autoridades alemanas por haber ocultado la existencia de antecedentes penales en Austria, en definitiva, por fraude en su adquisición. Además, el hecho de no producirse una *recuperación* automática de la nacionalidad austriaca, tras la revocación de la nacionalidad alemana, conducía al interesado a una situación *de* apatridia. Y, aunque ello no se consideró contrario al Derecho internacional general, dadas las circunstancias de fraude en la adquisición de la nacionalidad alemana, sí suponía para este interesado la pérdida de su condición de ciudadano europeo.

El Tribunal de Justicia asumió la respectiva competencia exclusiva de Austria y Alemania en materia de nacionalidad, pero instando a que la revocación por parte de Alemania respetase el principio de proporcionalidad. Para ello, “sugirió” a la autoridad alemana que modificase los plazos para hacer efectiva tal revocación, dando, así, un tiempo al interesado para intentar la recuperación de la nacionalidad austriaca. En

definitiva, un juego de equilibrios, entre la competencia estatal en materia de nacionalidad y la protección de la ciudadanía europea. Evidentemente, el problema en este supuesto no era tanto la situación de apatridia como el hecho de que esta implicase también la pérdida de la ciudadanía europea y que ello afectase a la libertad de circulación. Pero lo cierto es que la revocación por fraude en su adquisición de la nacionalidad alemana no infringe ninguna norma europea ni está vinculada al ejercicio de los derechos y libertades del TFUE, sino al interés legítimo de cada Estado de asegurarse de la lealtad de sus nacionales.

Al margen de estas consideraciones sobre el principio de proporcionalidad, el problema de la pérdida de la ciudadanía europea también se observa cuando, a pesar de que el interesado no pierda la nacionalidad de un Estado miembro, este deja de ser miembro de la UE (p.e. “el proceso brexit”). También en este supuesto se aprecia una cierta tensión derivada de que el legislador europeo anude la ciudadanía de la Unión a la condición de nacional de un Estado miembro. Basta reparar en una iniciativa ciudadana muy gráficamente denominada “Ciudadanía de la Unión para los europeos; unidos en la diversidad a pesar del *ius soli* y *ius sanguinis*” [Decisión (UE) 2017/599 de la Comisión, de 22 de marzo de 2017, *DO*, L 1, 28-III-2017]. En ella se dice: “... El vínculo entre la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión y la ciudadanía de la Unión está establecido en los Tratados. No existe base jurídica alguna en los Tratados que faculte a las instituciones de la UE para adoptar un acto jurídico de la Unión ...con objeto de conceder la ciudadanía de la Unión a personas que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión...No obstante, puede adoptarse un acto jurídico de la Unión...que pueda, conferir determinados derechos similares a los que confiere la ciudadanía de la Unión a los ciudadanos de un Estado que se haya retirado de la Unión con arreglo al artículo 50 del TUE (...). Poco hay que añadir sobre la intencionalidad y la “firma” de esta iniciativa [*vid.* The United Kingdom’s exit from and new partnership with the European Union (“Libro blanco sobre el brexit”, presentado al Parlamento en febrero 2017)].

A continuación, voy a referirme brevemente a la situación del extranjero en España y a la del español en el extranjero. Estas referencias serán necesariamente limitadas y con la única finalidad de reparar de nuevo en alguna de las cinco ideas que acabo de exponer.

Respecto del extranjero en España, debe partirse de que la nacionalidad extranjera de la persona que pretende acceder a nuestro territorio, o su misma condición de apátrida, e incluso sus vínculos familiares, van a determinar el régimen aplicable: el general de extranjería (LOEX y RLOEX) o el europeo (RD 240/2007).

En atención a su nacionalidad ya hemos dicho que son beneficiarios del régimen europeo los nacionales de un Estado Miembro de la UE, así como los nacionales de Islandia, Liechtenstein Noruega y Suiza. Pero la adscripción al régimen europeo o al régimen general depende no solo de la nacionalidad del interesado, sino también de sus vínculos familiares, pues no tiene el mismo trato en España el extranjero nacional de un tercer Estado que sea familiar de un español, o familiar de un francés o familiar de un marroquí que ya se encuentre en España. Así:

a) *El extranjero nacional de un tercer Estado que sea familiar de un marroquí* estaría sujeto a la reagrupación familiar a partir de lo dispuesto en el régimen general de la Ley y Reglamento de extranjería, por no ser familia de un ciudadano europeo.

b) *El extranjero nacional de un tercer Estado que sea familiar de un ciudadano europeo* se incluye en el régimen europeo si acompaña o viene a reunirse con dicho ciudadano europeo. Por el contrario, si pretenda entrar en España solo, sin intención de reunirse con su familiar ciudadano europeo, quedará al margen del régimen europeo y sometido al régimen general de extranjería.

Tales familiares vienen indicados en el artículo 2 del RD 240/2007:

- el cónyuge, aun separado, aunque no divorciado ni anulado o la pareja de hecho registrada, siempre que no se haya cancelado el registro.

-los hijos por naturaleza o adoptivos, siempre que sean menores de veintiún años, o mayores que vivan a su cargo o sean incapaces. Pueden ser hijos del propio ciudadano europeo o de su cónyuge o pareja registrada, siempre que no se produzca la nulidad o la disolución por divorcio del matrimonio o la cancelación del registro de pareja.

-los padres de un ciudadano europeo que vivan a su cargo. También pueden ser padres de su cónyuge o pareja registrada, siempre que no se haya declarado la nulidad del vínculo matrimonial o se haya producido el divorcio o la cancelación del asiento registral.

A partir de la reforma de este artículo 2 del RD 240/2007, por el RD 987/2015, de 30 de octubre, el artículo 2 *bis* extendió el régimen europeo a los familiares mencionados, que hubiesen dejado de cumplir alguno de los requisitos anteriores, pero que estuvieran conviviendo en el seno familiar en el Estado de origen. Por ejemplo, el hijo mayor de veintiún años no dependiente. También, a la pareja de hecho –aun no registrada- siempre

que tuviera hijos en común o prueben una convivencia de al menos un año. Y, finalmente, a cualquier otro miembro de la familia que esté a cargo o viva con el ciudadano europeo en el país de procedencia o que, por motivos graves de salud o discapacidad, sea estrictamente necesario que el ciudadano europeo deba hacerse cargo de su cuidado.

c) *El extranjero nacional de un tercer Estado que sea familiar de un español* inicialmente estaba excluido del régimen europeo porque el RD 240/2007 literalmente se refería a los familiares de ciudadano de “otro” Estado miembro de la UE o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Afortunadamente, a partir de la conocida STS (Sala tercera) de 10 de junio de 2010, los familiares de español sí están incluidos en el régimen europeo (RD 240/2007), siempre que le acompañen o se reúnan con él. No obstante, esta inclusión podría depender, al menos desde la perspectiva del Derecho de la UE, de que tal español hubiera ejercido previamente la libertad de circulación en la UE. Si así fuera, su familiar, por ejemplo, su cónyuge marroquí, quedaría cubierto por el régimen europeo. Sin embargo, si se trata de un español sedentario, que no ha ejercido previamente la libre circulación en la UE, quedarían fuera del ámbito del Derecho de la UE él mismo y su cónyuge marroquí.

Además de su nacionalidad y de estos vínculos familiares, la situación del extranjero en España va a depender del grado de integración que pretenda, pues no es lo mismo venir de vacaciones, que tener la intención de residir en nuestro país, o incluso la intención de convertirse en español. El máximo grado de integración de un extranjero en España, que desee continuar siendo extranjero, se logra con el estatuto de residente de larga duración que autoriza a residir y a trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles (art. 32.1 LOEx).

Por su parte, el acceso a la nacionalidad española tiene distintos cauces y uno de ellos es la naturalización por residencia en España de uno, dos, cinco o diez años. Esta residencia ha de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud, debiendo advertirse que no se considera residencia legal a los efectos de naturalización como español la mera estancia en España, por ejemplo, por razones de estudio ni las autorizaciones a trabajadores transfronterizos para trabajar por cuenta propia o ajena.

Junto con el dato objetivo de esta residencia legal en España, el interesado debe probar buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española (art. 22.4 Cc.). Además, no deben concurrir motivos de orden público o interés nacional que puedan justificar la denegación de la concesión de la nacionalidad. La valoración de estos motivos de orden público e interés nacional permiten un cierto juicio de “conveniencia” por parte

de la Administración a la hora de conceder o denegar la adquisición de la nacionalidad. De hecho, un extranjero puede tener un perfil que no le impida residir legalmente en España, por ejemplo, porque no tenga antecedentes penales, y, sin embargo, sí desaconseje la concesión de nacionalidad española.

Así, la STS (Sala tercera) de 3 de junio de 2016 denegó la nacionalidad española a una persona sin antecedentes penales, pero con un marcado perfil extremista próximo al islamismo más radical. Y lo hizo por razones de seguridad nacional y aun cuando el interesado podía seguir disfrutando de los derechos que le otorgaba su condición de residente legal.

Además de este juicio de conveniencia en la apreciación del orden público o interés nacional para adquirir la nacionalidad española, debe señalarse la distinta incidencia que presenta el hecho europeo en el sector de nacionalidad y en el sector de extranjería. Por ejemplo, un nacional francés, por el solo hecho de serlo, tendrá una posición eminentemente privilegiada para residir y trabajar en España (régimen europeo), pero no para acceder a la nacionalidad española, posición privilegiada que sí tendría, sin embargo, un nacional mejicano.

Y es que, en realidad, el régimen de nacionalidad cuando prevé alguna situación privilegiada lo hace en atención a lo que fue nuestra historia o nuestra comunidad histórica del pasado imperial y colonial. Valga mencionar tres ejemplos de ello:

1. Directamente derivado del artículo 11 de la Constitución, los nacionales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial y Portugal están amparados por la llamada doble nacionalidad automática, de modo que no precisan renunciar a su nacionalidad para adquirir la española. Además, para esta adquisición solo se les exige un plazo abreviado de dos años de residencia legal en España.

2. Los sefardíes originarios de España tienen dos vías para acceder a la nacionalidad española: por el mismo plazo abreviado de dos años de residencia y también por carta de naturaleza sin necesidad de este plazo de residencia, a partir la Ley 12/2015 de 24 de junio en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España, desarrollada por la Instrucción de la DGRN de 29 de septiembre de 2015.

3. La Disposición final sexta de la LRC de 2011 (*vid.* su Disposición final décima estableciendo una *vacatio legis* general hasta 30 de junio de 2020) regula un *derecho de opción a favor de familiares de exiliados*, parcialmente relacionado con la Disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre (conocida como de Ley Memoria Histórica).

Lamentablemente, estos privilegios a la hora de acceder a la nacionalidad española no se han concretado respecto de los saharauis, antiguos súbditos España, muchos de ellos en situación de apatridia.

A continuación, voy a referirme a la situación del español en el extranjero.

La Ley 40/2006, de 14 de diciembre, establece los instrumentos básicos para garantizar el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales de los ciudadanos españoles en el exterior en términos de igualdad con los españoles residentes en territorio nacional. Para ello, en su título primero se prevé un elenco de derechos y prestaciones, mientras que en los títulos segundo y tercero se recogen respectivamente la política integral de retorno y los mecanismos de cooperación, colaboración y coordinación de las actuaciones de las Administraciones públicas implicadas.

Según se desprende de su artículo 2, esta Ley 40/2006 es de aplicación a:

- a) quienes ostente la nacionalidad española y residan fuera de España.
- b) la ciudadanía española que se desplace al exterior (sin necesidad de residir), incluyendo a quienes lo hagan en el ejercicio de la libre circulación (obsérvese la relevancia hecho europeo).
- c) los españoles de origen que retornen a España para fijar su residencia siempre que conserven la nacionalidad española antes del regreso (no que la recuperen después del regreso).
- d) determinados familiares de los españoles anteriormente mencionados, en particular: el cónyuge no separado legalmente, la pareja con la que mantenga una relación análoga a la conyugal (pareja de hecho), y los descendientes en primer grado, siempre que sean personas con discapacidad o menores de veintiún años (si fueran mayores de esta edad deben estar a cargo y depender del español).

En definitiva, la condición de español del interesado (residente o desplazado en el exterior) determina la aplicación de la Ley a él mismo y también a los familiares a los que se refiere el artículo 2. Dada la relevancia que presenta la condición de español, debe repararse en los mecanismos que prevé el legislador para no perder esta condición. Una forma de prevenir la situación de extranjería consiste en evitar la pérdida de la nacionalidad española. En este sentido es importante distinguir entre supuestos de pérdida voluntaria, que pueden ser evitados por el interesado si así lo declara en plazo, y supuestos de privación y nulidad de la nacionalidad.

Al respecto, la previsión del artículo 11. 2 de la Constitución, en el sentido de que ningún español de origen puede ser privado de la nacionalidad española, no significa que

no pueda perderla cuando incurre en los supuestos legales de pérdida. El español de origen no puede ser sancionado con la privación de la nacionalidad española (por ejemplo, una determinada resolución o acto de autoridad que así lo dispusiera), pero tanto el español de origen como el no originario están sujetos a la eventualidad de perder la nacionalidad española conforme a lo previsto en la legislación española (arts. 24 y 25 Cc.).

Los supuestos de pérdida voluntaria pueden afectar, pues, a todo tipo de españoles y tienen tal consideración porque pueden ser bloqueados por una declaración de conservación de la nacionalidad española (art. 24 Cc.). En sentido estricto, son solo “relativamente” voluntarios, ya que para que se produzca la pérdida, en todo caso y supuesto, se exige que afecte a un español emancipado y residente en el extranjero, que España no se halle en guerra y que el interesado no devenga apátrida. A partir de estas limitaciones, debe, además, concurrir el supuesto concreto de pérdida -y sus requisitos- de entre los previstos en el artículo 24 Cc.

La nacionalidad española se puede perder:

- a) Por adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera que no sea la de un país iberoamericano, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal. La pérdida se produce una vez que transcurran tres años desde el *momento de la adquisición* voluntaria de la nacionalidad extranjera sin que el interesado declare su voluntad de conservar la nacionalidad española.
- b) Por utilización exclusiva una nacionalidad extranjera atribuida antes de la emancipación siempre que no se trate de la nacionalidad de uno de los países mencionados en el supuesto anterior. La pérdida se produce una vez que transcurran tres años *desde la emancipación* sin que el interesado declare su voluntad de conservar la nacionalidad española.
- c) Por una situación de cierta desconexión con España; el interesado sería ya la segunda generación de españoles nacidos y residentes en el extranjero y su única conexión con España es que continúa siendo español por ser hijo de español. Para que se produzca la pérdida, se requiere tener la nacionalidad extranjera del lugar de residencia y que pasen tres años desde su mayor edad o emancipación sin haber realizado la declaración de conservación. Este supuesto de pérdida solo afecta a las personas que hayan alcanzado la mayoría de edad o la emancipación con posterioridad al nueve de enero de dos mil tres (Disposición adicional segunda de la Ley 36/2002).
- d) Por posesión de una nacionalidad extranjera y renuncia expresa a la nacionalidad española. La pérdida se produce desde la renuncia, sin necesidad de que pase el plazo de

tres años. Pero, para que esta renuncia por un español emancipado provoque la pérdida de la nacionalidad española, es imprescindible que el renunciante tenga otra nacionalidad y que resida habitualmente en el extranjero.

Si se consumara la pérdida voluntaria, por ejemplo por renuncia expresa a la nacionalidad española o por haber dejado pasar el plazo de tres años sin ejercer su conservación, la persona no entraría en riesgo de apatridia porque la propia pérdida pasa por la adquisición voluntaria o la tenencia de una nacionalidad extranjera.

Frente a los supuestos descritos, existen otros en los que la pérdida no puede ser evitada por declaración de conservación del afectado. Se trata de una pérdida involuntaria (estrictamente la privación y la nulidad de la nacionalidad española) que, tal como disponen los artículos 25 Cc. y 11.2 de la Constitución, no puede afectar a los españoles de origen.

Tal pérdida involuntaria se produce cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

Primera: la utilización exclusiva durante tres años de la nacionalidad extranjera a la que formalmente renunció el extranjero cuando adquirió la nacionalidad española.

Segunda: la entrada voluntaria al servicio de las armas o el ejercicio de cargo político en Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno.

Tercera: haber incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española. Recuérdese que la sentencia que declara estos extremos produce la nulidad de la adquisición. El plazo para ejercitar la acción es de quince años.

Para finalizar voy a referirme a un supuesto hipotético, no estrictamente ligado al Derecho migratorio pero que presenta una relación con la pérdida de la nacionalidad española y una puntual y desafortunada actualidad.

Me refiero al tema de la sucesión de Estados en relación con la situación del pretendido proceso independentista catalán. A este respecto, se ha llegado a afirmar que el español eventualmente nacionalizado catalán tendría la doble nacionalidad catalana y española, pues solo perdería esta última si renunciase expresamente a ella. Además, al mantener su condición de español también mantendría la de ciudadano europeo, con todo lo que ello implica. Para mantener esta idea se parte de la base de que los españoles de origen no pueden ser privados de su nacionalidad (art. 11.2. de la Constitución) y, en consecuencia, que únicamente dejarían de ser españoles los naturalizados catalanes que hubieren renunciado expresamente a la nacionalidad española.

Sin embargo, esta conclusión de doble nacionalidad derivada de la no pérdida -salvo renuncia expresa- de la nacionalidad española no nos parece adecuada. Estaríamos ante un supuesto de sucesión de Estados en el que suele preverse la posibilidad de elegir entre la nacionalidad del nuevo Estado y la del predecesor. Si se realizase esta elección, por ejemplo, a favor de la nacionalidad catalana, estaríamos ante un supuesto de pérdida de la nacionalidad española por adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera, que afectaría a todos los emancipados residentes en el extranjero (Cataluña). Y no sería de recibo argumentar que los españoles de origen no pueden ser privados de su nacionalidad, pues ello no significa que estos mismos españoles de origen no puedan perder la nacionalidad española por los cauces legalmente previstos. Es cierto que esta pérdida de la nacionalidad española, tal como acabamos de tratar, puede ser evitada ejercitando la declaración de conservación en el plazo de tres años desde la adquisición (de la nacionalidad catalana). Es decir, no es que se precise una renuncia expresa a la nacionalidad española para perderla, sino que se necesita una declaración expresa y con plazo de caducidad para poder conservarla.

Estas conclusiones se sustentan en la circunstancia de que el legislador español mantuviese la actual redacción del Código civil. Pero bien podría prever legalmente una pérdida *ah hoc* para los supuestos de sucesión de Estados, por ejemplo, una pérdida automática de la nacionalidad española por adquisición voluntaria de la del nuevo Estado. Ni se generaría apatridia ni se vulneraría el artículo 11.2 de la Constitución, ya que se trataría de un supuesto de pérdida predeterminado legalmente y no resultante de una sanción. Que la pérdida de la condición de nacional español traiga consigo la pérdida de la condición de ciudadano europeo únicamente plantearía una valoración en términos de proporcionalidad (*vid. asunto Rottmann*).

Con estas reflexiones, necesariamente sesgadas por razón del tiempo, confío haber logrado transmitir, una idea aproximada de la complejidad del Derecho migratorio.

Muchas gracias por su asistencia y por su atención.
