

Hacia una nueva política migratoria para derechos adquiridos y de imposible consumación. Los bisnietos de los españoles emigrados.

Autores. D. Ariel Fraga, Abogado y D. Carlos Trujillo, Consultor legal en Fraga Abogados.

Inspirado para estas líneas, en la posición del actual Gobierno de España (PSOE) en revisar y mejorar la inmigración legal a territorio español, no es menos, que desde hace algún tiempo nuestro despacho **Fraga & Abogados**, ha estado informando sobre determinados derechos adquiridos por ciudadanos extranjeros a partir de la puesta en vigor de la *Ley nº 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura* y que, en su período de vigencia, si bien generó derechos a una generación, nos referimos a los bisnietos de los españoles emigrados, estos no los han podido ejercer como desean y debiera ser, permaneciendo en sus países de origen, ante restrictivas políticas migratorias amparadas por la Ley 4/2000, de 11 de enero y su Reglamento, el Real Decreto 557/2011, 20 de abril.

La conocida Ley 52/2007 de la Memoria Histórica propició, en lo que a los nietos de los emigrantes españoles se refiere –como particular connotación jurídica-, un marco jurídico habilitante en un período que transcurrió desde el año 2008 hasta el 2011, con una prórroga definitiva hasta el año 2012, para que dichos nietos solicitaran y acreditaran tal condición y adquirieran de esta forma la nacionalidad española por opción de origen. Ello, a diferencia de los hijos extranjeros de españoles de origen que emigraron, que han mantenido el cauce legal para ejercer sus derechos de optar o recuperar su nacionalidad española amparados en los arts. 20 y 26 de Código civil español. Si bien es cierto que muchos de estos hijos de españoles ya sea por desconocimiento de los requisitos legales, ya sea porque no fueron bien informados, realizaron expediente de “opción” a la nacionalidad española cuando lo correcto hubiera sido la “recuperación” de la nacionalidad con que nacieron, circunstancia que ha generado trascendencia jurídica para las generaciones que le siguen (hijos) ya que en el primer caso (opción) no se considera español de origen lo que si sucede en la recuperación. Cuestión muy interesante ésta y que será objeto de otro artículo de opinión.

1

Calle Rosselló, 220 4º 1ª - 08008 - Barcelona

Tel. +34 93 215 33 04 Fax +34 93 272 11 45

Mail: ariel.fraga@fragaabogados.com - www.fragaabogados.com

CIF: B-65234676 – IRBM Tomo 41644, Folio 195, Hoja B - 391884, Inscripción 1ª

El cumplimiento de lo regulado por el RGPD (UE) 2016/679 de 27 de abril, sobre protección de datos de carácter personal, le informamos que sus datos personales quedarán incorporados a un fichero propiedad de FRAGA ABOGADOS con la finalidad de poder gestionar nuestras relaciones comerciales. Para el ejercicio de sus derechos de acceso, rectificación, oposición, cancelación o cualquier otra que le corresponda, deberá comunicarse con el Responsable de Tratamiento FRAGA ABOGADOS, enviando un email a info@fragaabogados.com

Hemos subrayado la frase “Opción de origen”, habida cuenta que tal condición, se convierte en requisito *sine qua non* (*imprescindible*) para que los hijos de estos nietos (los bisnietos), una vez sus padres –nietos de español de origen- adquirieran la nacionalidad española, ellos – los bisnietos- puedan tramitar expediente de nacionalidad, ante el propio Consulado de España del país de origen o de residencia, si al momento de la solicitud y ya reconocida la nacionalidad de sus padres, no han arribado a la mayoría de edad, generándose una diferencia discriminatoria - incluso- entre hermanos, cuyos derechos tenían igual origen, pero condicionado a requisitos diferentes (patria potestad) y a ello tuvieron que estar y pasar.

Cuestión de interés. La cuestión de mayor interés viene suscitada porque estos bisnietos que no pudieron acogerse a la nacionalidad española por ser mayores de edad, si que tiene derecho a acceder a una residencia y trabajo en España por vía directa. Nos explicamos:

Centra la atención de estas páginas la posición del actual Gobierno español de someter a revisión el régimen de extranjería y, en particular, nos motiva la necesidad de que se facilite y/o flexibilice la inmigración legal para el caso de los bisnietos de españoles cuyos padres se beneficiaron de la Ley de la Memoria Histórica. Desde **Fraga & Abogados**, hemos cursado al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España escrito señalando la necesidad de ordenar, para hacerlo viable y efectivo, el trámite de visado de residencia para que, aquellos ciudadanos extranjeros (bisnietos cuyos padres son españoles por la Ley de Memoria Histórica), miembros de países con obligación de tener visado para entrar a territorio español (comunitario), puedan ejercer los derechos adquiridos en virtud de la Ley 52/2007 y del RD 557/2011.

Amparo o fundamento Legal. Los bisnietos de españoles cuyos padres se beneficiaron de la Ley de la Memoria Histórica tienen derecho, según el art. 124 del RD 557/2011, de 20 de abril (Reglamento de la Ley de Extranjería, Ley 4/2000), a solicitar y obtener una autorización de residencia y trabajo y cuyo tenor literal cito:-

Art. 124. Autorización de residencia temporal por razones de arraigo. 3. Arraigo familiar: b)
Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

Comoquiera que el ejercicio de dicho derecho exige que la solicitud sea realizada personalmente ante la Oficina de Extranjeros competente en España, la persona requiere estar físicamente en territorio español para hacer la solicitud. El problema es que en la actualidad NO EXISTE habilitado procedimiento legal alguno por vía consular para solicitar un visado adecuado a tales fines. La opción pasa por solicitar un “visado de estancia o turismo” con el correspondiente sometimiento a unos requisitos y exigencias que nada tienen que ver con el verdadero motivo del viaje.

Analicemos el supuesto para ganar en entendimiento y claridad.

Tipo de visado que necesita el extranjero bisnieto de español. Visado para viajar a España a tramitar residencia por circunstancias excepcionales (Arraigo Familiar hijo de español de origen).

Resumen. Como hemos explicado, los extranjeros mayores de edad, hijos de padre o madre que optaron a la nacionalidad española de origen por la Ley 52/2007, Memoria Histórica, tienen derecho a obtener una tarjeta de residencia con autorización para trabajar por un año, denominada “Arraigo Familiar”. Art. 124.3 b) del RD 557/2011, renovable por dos años y por dos más, hasta completar los cinco años, cuando nace el derecho a la residencia permanente o de larga duración. Quedando a salvo el derecho a pedir la nacionalidad española al año de ser residentes legales y que valga aclarar, este derecho último, tampoco lo pueden ejercitar en el país e origen, al no alcanzar -primero- la condición de residente legal y que solo lograrían si se trasladan al territorio del Reino de España.

El ejercicio del derecho a la residencia, si se acreditan los requisitos legales, siempre tiene un resultado positivo ya que representa un acto reglado y no discrecional de la Administración y, como ya hemos comentado, requiere que la persona esté físicamente en España, pues su presentación es un acto personalísimo, es decir, no puede hacerse por medio de representación legal.

De hecho, esta residencia se concede, aunque el solicitante no tenga visado habilitante en su pasaporte o, teniéndolo, esté caducado o vencido, y no se exige tiempo de estancia previa en España como en el caso del Arraigo social.

Nota importante. Llamamos la atención sobre lo siguiente: las solicitudes de este tipo de residencia por *arraigo familiar* no contemplan la tramitación de un expediente previo al viaje del extranjero, que culmina con una resolución administrativa y que se envía al Consulado español en el país de origen para que el extranjero solicite el visado correspondiente. La propia naturaleza jurídica del trámite determinada por la “excepcionalidad de la circunstancia que se alega y ampara la Ley” hace que se pida directamente ante la Oficinas de Extranjeros, pero claro, el extranjero debe estar físicamente en España para ejercer su derecho.

Para el supuesto de los ciudadanos cubanos, por poner un ejemplo, entre los de otras nacionalidades con igual problemática, que deseen ejercitar su derecho a obtener una residencia de estas características, están obligados a solicitar un visado en el Consulado General de España en La Habana (país de origen) o de residencia (Miami, si por ejemplo residen en esta ciudad) para entrar a territorio español.

Problemática. El problema que se encuentran es que, a la hora de preparar el expediente de visado, en la web del Consulado de España no está catalogado este tipo de visado dentro de la lista de visados nacionales. Tampoco en el formulario oficial de solicitud de visado nacional en su apartado 20 (Motivo principal del viaje) está previsto. Ello supone un impedimento de orden administrativo, para que estas personas puedan presentar la petición de visado correctamente, y con ello ejercer su derecho a solicitar la residencia en España. Pero sobre todo puede generar tres problemas:

1. La limitación a estas personas del legítimo ejercicio de un derecho contemplado en la Ley Orgánica (Ley 4/2000) y con desarrollo reglamentario (RD 557/2011). Si no pueden solicitar el visado para venir a España por no estar concebido en los procedimientos administrativos consulares, directamente se coarta el ejercicio del derecho a pedir y obtener la residencia por arraigo familiar.

2. La posible indefensión de acuerdo a lo previsto en el Art. 24.1 CE. (Tutela Judicial Efectiva), en el sentido que si no se puede marcar en el formulario de solicitud el tipo de visado específico que se solicita y que motiva el viaje, y en su lugar se marca otro tipo que no se corresponde con la realidad, ante una posible denegación por parte del Consulado de España, la persona puede quedar indefensa ante la interposición del recurso administrativo y/o judicial al no haber concordancia entre la solicitud del visado que se ha marcado en el modelo, la resolución denegatoria, y la real motivación que fundamenta el viaje a España que es la que puede acreditar documentalmente el interesado.

3. La posible incidencia negativa sobre lo contemplado en el Art. 3 "*Derechos de los Extranjeros*" de la Ley Orgánica 4/2000, en relación con el Artículo 13 y 14 "*Derechos y Libertades*" de la Constitución Española, concretamente, en la prohibición que ninguna persona pueda ser discriminada por razón de nacimiento. En el entendido del agravio comparativo al que pudiera estar sometido una persona nacida en un país que requiere pedir visado frente a otra persona nacional de un país que no requiera visado para venir a España, y ambas con igual derecho a la residencia por arraigo familiar al ser hijos de padre o madre española de origen. Por ejemplo, un ciudadano brasileño puede comprar un billete de avión, llegar a España, empadronarse, y solicitar la tarjeta de residencia acreditando que es hijo de español de origen, en cambio un ciudadano cubano no lo puede hacer por estar sometido al trámite de visado. Pero la incidencia negativa no estaría en la obligación de pedir el visado, sino en no poder ejercer su derecho a la residencia por no estar habilitado el tipo y procedimiento de visado adecuado a su motivo de viaje.

A modo de conclusiones.

La actual coyuntura política en España y la necesidad de equiparar en un Estado social de Derecho, las igualdades de los seres humanos, no solo dentro del país, sino en su manifestación hacia el exterior, encuentran caldo de cultivo bien abonado para que estas ideas, precisas y sostenidas en las vigentes normas legales, irruman en los mecanismos de orden administrativo, que vinculan a España con terceros países (sobre todo con los que los unen lazos consanguíneos), a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, y permitan habilitar las vías

legales expeditas para que aquellos ciudadanos, que forman parte de la génesis de la Ley de Memoria Histórica, que así lo deseen, puedan ejercer, libremente y sin trabas, los derechos adquiridos, en la forma y el momento que mejor lo entiendan, lo que sin duda ayuda a tener una migración legal, ordenada y segura.

Así y solo así, la Ley de Memoria Histórica cumplimentaría, en parte, su cometido, aunque queda mucho por atender y resolver, solo hay que prestar atención a los cientos de miles de expedientes de nacionalidad por la Memoria Histórica que siguen pendientes de resolverse en los consulados de España a casi 10 años de la entrada en vigor de la Ley, a la indefensión a que están sometidos los promotores que en muchos casos ni siquiera tiene acceso a la información del estado del trámite de su expediente (a lo que tienen derecho) dado el colapso que tienen los consulados, a la dificultad de acceder a los documentos de los abuelos en España desde el país de origen, entre otros muchísimos problemas.

Que se entienda que no responsabilizamos a los consulados españoles, su trabajo ha sido titánico y digno de admiración, entendemos que la responsabilidad última ha sido del Gobierno, tanto del Sr. Rodríguez Zapatero como del Sr. Mariano Rajoy, y sus correspondientes Ministerios de Asuntos Exteriores y de Justicia que no pusieron los medios necesarios y suficientes para hacer frente al problema del colapso que representó, para la actividad del Registro Civil consular, la entrada en vigor de la Ley de la Memoria Histórica.

¿Qué pasará si se aprueba la Proposición de Ley que pretende reabrir y ampliar los derechos a los nietos y bisnietos para que adquieran la nacionalidad española?

En Barcelona, a 5 de septiembre de 2018.