

UNA VARIABLE SINGULAR DE EXTRANJERÍA EN ESPAÑA: LA SITUACIÓN Y PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS MUJERES INMIGRANTES EMBARAZADAS Y DE LOS NACIDOS EN TERRITORIO ESPAÑOL

María Asunción Asín Cabrera

Profesora titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de La Laguna

RESUMEN

El presente trabajo aborda, desde la perspectiva del Derecho español de extranjería y de la nacionalidad, la problemática suscitada por la inmigración de mujeres embarazadas que cruzan nuestras fronteras con la finalidad de dar a luz y permanecer en España, así como la situación jurídica de los hijos nacidos en territorio español.

PALABRAS CLAVE: derecho de extranjería, inmigración, mujeres embarazadas, nacimientos en España, derecho de la nacionalidad.

ABSTRACT

The present contribution concerns the immigration problems of pregnant women in Spain and the nationality and alien status of children born in the spanish country to foreign immigrant mother.

KEY WORDS: spanish foreign nationals rules, immigration law, pregnant women, children born in the spanish country, nationality law.

INTRODUCCIÓN

La incorporación de España al «imaginario del emigrante y su cultura emigratoria» como país de destino y de acogida, en virtud de su potencial desarrollo económico y laboral, es una realidad que se ha ido consolidando estructuralmente como un fenómeno social y multicultural de primera magnitud¹.

Dentro del contexto de los procesos migratorios actuales, el cruce ilegal de nuestras fronteras de colectivos de inmigrantes fundamentalmente de origen marroquí y también de procedencia subsahariana, propiciado, entre otros factores, por la proximidad geográfica de España con Marruecos y por la permeabilidad de su territorio, difícilmente controlable por su longitud y situación, es un problema de difícil solución y una práctica que durante los últimos años se ha convertido en una realidad casi cotidiana en España.



Esta problemática, que desde el punto de vista sociodemográfico ha estado protagonizada en su inmensa mayoría por hombres mayores de edad, pero relativamente jóvenes, se ha visto agravada recientemente por la presencia paulatina de nuevos colectivos de personas integrados por menores de edad no acompañados y por mujeres que emigran solas, fuera del ámbito familiar y en ocasiones en estado de gestación.

El presente trabajo tiene como finalidad abordar, desde la perspectiva del Derecho español de Extranjería y de la Nacionalidad, la problemática que suscita en España la inmigración de mujeres embarazadas que han cruzado nuestras fronteras en embarcaciones ilegales con el objetivo de dar a luz y permanecer en nuestro país. Ésta es, sin duda, una variable inmigratoria relativamente reciente, pero en aumento, y que inexorablemente está conduciendo a un incremento de nacimientos en suelo español. De ahí, el interés de su estudio jurídico por nuestra parte.

I. RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL DE LAS MUJERES INMIGRANTES EN ESTADO DE GESTACIÓN

La afluencia a España de grupos cada vez más numerosos de inmigrantes que traspasan nuestras fronteras por puestos no habilitados con el fin de permanecer en suelo europeo, es una realidad del fenómeno de la inmigración que supera con creces las previsiones de las normas jurídicas de nuestro sistema del Derecho de extranjería.

Uno de estos flujos inmigratorios es el protagonizado por las mujeres embarazadas, procedentes en su mayoría del África subsahariana y en particular de Sierra Leona y Nigeria, que atraviesan el mar en *pateras* o cruzan las barreras que separan Ceuta y Melilla del continente europeo con el único objetivo de permanecer en nuestro país. Ciertamente éste es, todavía, un fenómeno migratorio minoritario, pero en crecimiento².

Debido a su especial condición de *embarazo*, la situación de extranjería de estas mujeres es muy particular y está generando en la práctica importantes incertidumbres jurídicas que afectan no sólo individualmente a su persona sino al futuro nacimiento del bebé en territorio español.

Desde el punto de vista jurídico, el régimen de extranjería aplicable a estas personas es especial y reviste un carácter excepcional. Ello resulta así por la imposi-

¹ Vid. RAMÍREZ GOICOECHEA, E.: *Inmigrantes en España: vidas y experiencias*, Madrid, CIS, siglo XXI de España editores, S.A., 1996; PÉREZ VERA, E.: «Entrada en España de los nacionales no comunitarios» en *Alternativas a una política de inmigración*, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 1994, pp. 99-108.

² La presencia femenina en las *pateras* es todavía hoy inferior a la masculina. Ello se debe, entre otras razones, a los peligrosos riesgos que los medios de transporte conllevan. Sin embargo, tal como informan los medios de comunicación, se trata de un fenómeno cada vez más habitual en España.

bilidad de aplicar a estos sujetos el régimen general previsto en nuestro sistema para los extranjeros que deseen acceder al territorio español, cumpliendo los requisitos de la normativa de entrada, permanencia y salida.

La singularidad y especialidad de este régimen se observa no sólo en el modo de entrada y acceso de estas mujeres al territorio español, la cual se ha verificado contraviniendo todos los requisitos exigidos por nuestro legislador, sino también en relación a su permanencia y salida, según desarrollaremos más adelante.

I.1. ENTRADA ILEGAL Y SALIDA OBLIGATORIA

El hecho de que estas mujeres no efectúen su entrada a España por los puestos fronterizos habilitados al efecto y además incumplan los requisitos de documentación exigidos por el artículo 25 de la Ley de Extranjería, hace su permanencia en nuestro país ilegal. De ahí que si no se regulariza su situación, estas mujeres, en principio, estarían obligadas a salir del territorio español una vez que sus vidas no corran ningún peligro y sus condiciones de salud lo permitan.

En estos casos, dado que la entrada de facto ya se ha producido, la duda que se nos plantea es si nos encontramos ante un supuesto de devolución por conculcación de una prohibición de entrada o, por el contrario, ante una causa de expulsión por contravención del artículo 53 a) de la Ley de Extranjería. A este respecto, la doctrina española no es pacífica y, sin duda, es una cuestión polémica que se ha suscitado por la literalidad del texto del artículo 58.2 b) según el cual «No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: b) *Los que pretendan entrar ilegalmente en el país*».

El problema que origina la redacción del precepto es el de la determinación de cuándo se ha consumado la entrada, especialmente en los supuestos en los que el extranjero es interceptado en un puesto no fronterizo «tratando en ese instante de penetrar en nuestro territorio o habiéndolo ya verificado recientemente»³. En estos casos, como afirma Lorenzo Segrelles, entendemos que nos encontramos ante un supuesto de devolución, pues de otro modo estamos totalmente de acuerdo en que «carecería de sentido el art. 58.2 b) de la Ley: el Estado español sólo puede devolver a aquellos extranjeros que se encuentren en el territorio en que ejerce su soberanía, lo que presupone por tanto que la entrada o se está llevando a cabo en el momento de su descubrimiento o acaba de realizarse, en los términos comentados»⁴. No obstante, sea cual sea la interpretación que se siga, se trata de un problema que si no se

³ Vid. LORENZO SEGRELLES, M.: «Infracciones en materia de extranjería y régimen sancionador», *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 470-471.

⁴ Id., p. 471. En sentido contrario vid. DORADO NOGUERA F.M. y RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador», en Mercedes Moya Escudero (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Granada, editorial Comares, 2001, pp. 866-867.



soluciona reglamentariamente, se tendrá que dilucidar a través de la jurisprudencia, ya que la Ley es confusa en estos extremos⁵.

I.2. MEDIDAS PROTECTORAS ESPECIALES

Con anterioridad a la entrada en vigor de la actual Ley de Extranjería, la práctica administrativa seguida en estos casos por las autoridades españolas ha sido la de acoger a estas mujeres en nuestro país por motivos humanitarios y prestarles la debida atención sanitaria con el fin de no poner en peligro la salud de la madre y la gestación del futuro bebé. En la mayoría de los supuestos se ha procedido a la paralización del expediente de devolución sin adoptar ninguna otra medida y en otros se ha procedido, incluso, a la concesión inmediata de un permiso de residencia atendiendo a razones humanitarias.

Tras la promulgación de la vigente Ley de Extranjería, el legislador español, guiado por razones de índole humanitarias y consciente de las peligrosas consecuencias que toda salida involuntaria del territorio español puede conllevar para la salud de estas mujeres de no adoptarse unas medidas protectoras especiales, abordó por primera vez en un texto de derecho positivo este singular problema inmigratorio al introducir en la normativa de extranjería determinadas previsiones específicas en su favor.

De una lectura de los artículos 12.4, 57.6 y 58.3 del texto consolidado de la Ley Orgánica 4/2000, de los Extranjeros en España y su integración social tras su modificación por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre⁶, las medidas de protección previstas expresamente por el legislador tienen como objetivo fundamental la salvaguarda del *Derecho de toda persona a la protección de la salud*, reconocido con carácter general por el artículo 43.1 de la Constitución española y por la mayoría de los instrumentos internacionales convencionales sobre Derechos Humanos ratificados por España⁷ y, en especial, por el artículo 12.2 de la Convención

⁵ Según la redacción del artículo 138.1 b) relativo a las Devoluciones del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, el problema interpretativo queda definitivamente zanjado al expresarse que no será necesario expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros que se hallaren en alguno de los siguientes supuestos: « Los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país, considerándose incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada». *BOE* de 21 de julio de 2001.

⁶ Vid. *BOE* de 23 de diciembre de 2000.

⁷ Vid. entre otros, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1948, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 o el artículo 11 de la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961.

sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York, 18 de diciembre de 1979, según el cual «los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el periodo posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia».

En concreto, ésta es la garantía que se contempla en el artículo 12.4 del Título I de la Ley de Extranjería referente a los Derechos y Libertades de los extranjeros, y según el cual «las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto».

El tratamiento especial otorgado por la Ley a estas mujeres radica en el hecho de que para beneficiarse del *derecho a la asistencia sanitaria* no se exige el requisito del empadronamiento requerido en el apartado primero del artículo 12 para los extranjeros que se encuentren en España. A tales efectos, el único requisito exigible en el apartado cuarto es el de *encontrarse en territorio español*, independientemente de cuál sea la situación administrativa de estas mujeres en nuestro país⁸.

En estos supuestos, como señala Díaz Martín, el tratamiento se iniciará una vez constatado el embarazo y continuará seis semanas después del parto, sin perjuicio de que necesiten de asistencia postnatal pasado dicho periodo⁹.

Las otras regulaciones específicas establecidas por el legislador en favor de estas mujeres inmigrantes, y también con una clara finalidad tuitiva, son las excepciones prescritas en los artículos 57.6 y 58.3 de la Ley de Extranjería, incluidos sistemáticamente en el Título III que lleva por rótulo «De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador».

El artículo 57 de la Ley de Extranjería, que regula el régimen sancionador de la expulsión del territorio español, contempla en su apartado 6 una serie de supuestos en los que, a pesar de concurrir una causa de expulsión, la sanción no podrá ser impuesta. En particular, uno de esos supuestos es el de las mujeres embarazadas, las cuales, según se dispone en este apartado, no podrán ser expulsadas «cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre»¹⁰.

Por otra parte, con una redacción similar, por no decir idéntica, el artículo 58 de la propia Ley que regula determinados supuestos de devolución establece en su apartado 3 una excepción, según la cual «no podrán ser devueltas las mujeres

⁸ Vid. ESPLUGUES MOTA, C.: «Derechos y libertades de los extranjeros en España», en *El nuevo régimen jurídico de la inmigración...*, *op. cit.*, pp. 147-149

⁹ A tales efectos se les proveerá de un documento acreditativo de su derecho a la asistencia sanitaria de acuerdo con las Instrucciones de la presidencia ejecutiva del Instituto Nacional de la Salud de 3 de febrero y 5 de agosto de 1999. Vid. DÍAZ MARTÍN, J.M., «Comentario al artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria», *Comentarios a la ley de extranjería reformada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre*, dirigidos por J. Asensi Sabater, Zaragoza, ed., EDIJUS, S.L., 2001, pp. 129-131.

¹⁰ Vid. DORADO NOGUERA F.M. y RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «Las infracciones en materia de extranjería...», *op. cit.*, pp. 875-877; LORENZO SEGRELLES, M.: «Infracciones en materia de extranjería...», *op. cit.*, pp. 441- 442.



embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre».

De la redacción de ambos preceptos parece inferirse que tanto la suspensión de la ejecución de la medida de expulsión como la de devolución, fuere cual fuese la causa de su motivación, persigue en los dos supuestos la defensa y salvaguarda de un mismo interés, la protección de la salud de la madre y del feto. Por eso, las excepciones mantendrán su validez en tanto en cuando la materialización de las medidas suponga un peligro para la mujer y su embarazo. En consecuencia, si el riesgo deja de subsistir, la suspensión de estas medidas dejaría de surtir efectos y estas personas podrían ser obligadas a salir de España si continuaran estando incurso en una causa de expulsión o de devolución. Lo cual puede ocurrir si no se regulariza su situación administrativa de extranjería en nuestro país.

I.3. SITUACIÓN JURÍDICA ADMINISTRATIVA

La vigente Ley de Extranjería no contiene, en el capítulo II del Título II relativo a las situaciones de los extranjeros en España, una regulación específica que aborde de manera expresa un sistema de permanencia especial para estas mujeres inmigrantes que han entrado de manera ilegal en territorio español. Sin embargo, ello no implica que no puedan ser destinatarias de las *cláusulas de escape* previstas por el legislador español en nuestro sistema de extranjería para aquellos supuestos inmigratorios en los que intervengan *razones excepcionales de índole humanitaria*. Concretamente nos estamos refiriendo al supuesto excepcional de autorización de entrada previsto por el artículo 25.4 de la Ley Orgánica de Extranjería, al último párrafo del artículo 27.1 en el que se prevé la expedición de visado de estancia en el puesto fronterizo habilitado para la entrada y, en particular, al artículo 31.4 del citado texto legal, que posibilita el otorgamiento de un permiso de residencia temporal «cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo».

A pesar del carácter indefinido y poco clarificador del contenido de estas cláusulas de excepción y de cuyos enunciados podría interpretarse que *pueden tener cabida cuantos extranjeros puedan acreditar una causa que, a juicio de la Administración española, pueda ser calificada como de índole humanitaria*. En buena lógica y de acuerdo con Espinar Vicente, los destinatarios de estas excepciones no pueden ser otros que aquellas personas extranjeras que *manifiesten una patente situación de desamparo de carácter individual*¹¹.

¹¹ Las *razones excepcionales de índole humanitaria* no pueden referirse a las que configuran la condición de asilado y similares, debido a que los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país y el desarrollo legislativo que nuestro Sistema dedica a esta cuestión dotan de un estatuto



En el supuesto que estamos analizando, esta situación de desamparo es la que presentan la mayoría de las mujeres extranjeras que llegan de manera clandestina a España en un avanzado estado de gestación que oscila entre los seis y siete meses de embarazo y en unas condiciones muy precarias de salud.

En estos casos, la situación de vulnerabilidad y el estado de desprotección en el que se hallan estas personas son circunstancias que justifican plenamente, a nuestro entender, la aplicabilidad de dichas excepciones.

Ahora bien, de un análisis del contenido de éstas, la excepción que mejor se ajusta a la situación de las mujeres que se encuentran en nuestro país, ya sea en estado de embarazo o de postparto, es la prevista en el apartado 4 del artículo 31 de la Ley de Extranjería en virtud del cual «Podrá otorgarse un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos previstos reglamentariamente».

La razón de que hayamos optado por la elección de esta cláusula de excepción se debe, fundamentalmente, a los periodos de tiempo de autorización de permanencia previstos para la residencia temporal, superior a noventa días e inferior a cinco años. Tiempo de permanencia que creemos se ajusta perfectamente a las circunstancias excepcionales que justifican la solicitud de dicho permiso, a saber, su condición de embarazo. Por otra parte, si tenemos en cuenta que, a pesar de su situación de irregular en territorio español, estas mujeres, por motivos de índole humanitaria y por el peligro que toda salida involuntaria pudiera conllevar para la salud de la futura madre y el feto, no pueden ser expulsadas ni devueltas a sus respectivos países de origen, con más razón creemos que deberían poder beneficiarse de esta excepción. Ya que al regularizarse su situación de extranjería por esta vía en España, el hijo extranjero nacido en suelo español adquiriría automáticamente el mismo tipo de residencia del que sea titular el progenitor, sin necesidad de obtener la exención de visado¹².

I.4. LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES INDOCUMENTADAS

Finalmente, un último problema que presenta la mayoría de las mujeres inmigrantes procedentes de la zona subsahariana que cruzan nuestras fronteras huyendo de la miseria y la guerra, y en especial de la situación de países como Sierra

diferenciado al extranjero que pueda ampararse en una de estas instituciones. Así, el mismo artículo 25, en su numeral tercero, remite explícitamente el tratamiento del asilo a lo dispuesto en su legislación específica. ESPINAR VICENTE, J.M.: *Comentarios a la nueva ley de extranjería*, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares, 2001, pp. 60-62.

¹² Vid. artículo 41 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería, y en particular su apartado 3 y 6.

Leona donde los abusos contra los derechos humanos son un hecho habitual¹³, es el de la indocumentación.

La peculiaridad de las personas indocumentadas radica en el hecho de que, a diferencia de las apátridas, poseen una nacionalidad pero no pueden acreditarla. Al estar desprovistas de documentos de identificación, sus países de origen no las reconocen como nacionales suyas, circunstancia que sitúa a la persona «en desprotección jurídica y al Estado ante supuestos de inseguridad que exigen un mayor control territorial»¹⁴.

La situación de los indocumentados aparece por primera vez jurídicamente diferenciada de la situación de los apátridas en el artículo 34.2 de la vigente Ley de Extranjería al disponer lo siguiente: «El extranjero que se presente en dependencias del Ministerio del Interior manifestando que *por cualquier causa insuperable, distinta de la apatridia, no puede ser documentado por las autoridades de ningún país* y que desea ser documentado por España, después de practicada la pertinente información, podrá excepcionalmente obtener, en los términos que reglamentariamente se determinen, un documento identificativo que acredite su inscripción en las referidas dependencias». Ello, siempre y cuando el peticionario no esté «incurso en algunos de los supuestos del artículo 26» referente a la prohibición de entrada en España.

En este apartado segundo se regula, por tanto, la posibilidad de la expedición a estas personas de un documento identificativo, cédula de inscripción, por las autoridades españolas.

La obtención de este documento es importante, no sólo porque les habilita para permanecer en España, sino fundamentalmente para solicitar el correspondiente permiso de residencia. Esta última posibilidad es, según nuestra opinión, el principal beneficio que se deriva de su concesión «por el Subdelegado del Gobierno, o Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, en el caso de que aquél desee permanecer en España»¹⁵.

En particular, en el caso de las mujeres inmigrantes embarazadas indocumentadas, la dotación de una cédula de inscripción les habilitaría para proceder a la solicitud del permiso de residencia temporal por circunstancias excepcionales regu-

¹³ Acerca de la difícil situación que se vive en este país, vid. *Committee on the Rights of the Child. Consideration of reports submitted by States Parties under article 44 of the Convention*, Distr. GENERAL CRC/C/3/Add. 43, 3 June 1996, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Geneva, 1997.

¹⁴ En la actualidad, muchas de las situaciones de indocumentación son provocadas voluntariamente por los propios inmigrantes como un modo de defenderse de las políticas migratorias restrictivas y en particular para evitar de que se proceda a su devolución o expulsión del territorio español. Vid. ESPADA RAMOS, M.L.: «Residencia de apátridas, indocumentados y refugiados», en *Comentario sistemático a la Ley...*, *op. cit.*, pp. 115-118.

¹⁵ Vid. artículo 56 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería.

lado por el artículo 31.4 de la Ley de Extranjería y examinado anteriormente. Con lo cual su situación de legalidad en nuestro país no ofrecería ningún tipo de dudas.

Ahora bien, como acertadamente han puesto de relieve los distintos comentaristas españoles del artículo 34.2, la mayor dificultad para proceder a la expedición de la cédula de inscripción reside en la práctica de la prueba de la falta de documentación.

A este respecto, es cierto que la petición de documentación es un acto voluntario del extranjero; sin embargo, ello no significa que la carga de la prueba, como ha ocurrido en la práctica, deba recaer por entero sobre el interesado¹⁶. Especialmente si se tiene en cuenta que la averiguación de la información pertinente debe efectuarse por las dependencias policiales instructoras ante las que se presente la persona extranjera indocumentada¹⁷.

Si a estas dificultades añadimos, además, los problemas que se derivan por el mal funcionamiento de determinadas representaciones diplomáticas, la acreditación por parte del peticionario de que no puede ser documentado por la Misión Diplomática u Oficina Consular correspondiente y, en particular, el cumplimiento del requisito de la presentación del acta notarial, no siempre va a ser factible. De ahí que, no en vano, tanto la prueba de los indocumentados como la de los apátridas haya sido calificada por algún autor como un *verdadero caballo de batalla*¹⁸.

II. SITUACIÓN JURÍDICA DEL NACIDO EN TERRITORIO ESPAÑOL HIJO DE MADRE EXTRANJERA INMIGRANTE

La singularidad de estos menores nacidos en territorio español, hijos de madre extranjera, reside en la circunstancia personal de que sus progenitoras, tal como examinamos en los epígrafes anteriores, en el momento de su llegada a España ya se encontraban embarazadas.

II.1. PROBLEMAS DE NACIONALIDAD

A diferencia de los problemas que plantean los supuestos de inscripción de nacimientos fuera de plazo, en los que la cuestión principal objeto de discusión es si existe o no la suficiente constancia de que el nacimiento ha acaecido en territorio

¹⁶ Vid. LORENZO SEGRELLES, M.: «Situaciones de los extranjeros en España», *El nuevo régimen jurídico de la inmigración...*, *op. cit.*, pp. 285-287.

¹⁷ Id., pp. 283-295; ESPADA RAMOS, M.L.: «Residencia de apátridas...», *op. cit.*, pp. 117-118; asimismo vid. el artículo 56.3 y 4 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería.

¹⁸ LORENZO SEGRELLES, M.: «Situaciones de los extranjeros...», *op. cit.*, p. 285



español¹⁹. En los casos de los niños nacidos en España, hijos de madre extranjera llegada a nuestro país en estado de gestación, la principal dificultad estriba en la acreditación de la nacionalidad extranjera o de la apatridia de los progenitores. Éste es un dato fundamental ya que, según veremos a continuación, de ello va a depender la determinación de la nacionalidad que ostenta el nacido en territorio español, de acuerdo con la legislación española.

Como ha puesto de relieve Fernández Rozas, *en España existen dos Derechos de nacionalidad*. Uno relativo a la atribución de la nacionalidad, es decir, al régimen jurídico que determina quiénes son españoles desde su nacimiento, sin que exista ningún acto de voluntad del interesado, ya sea sobre la base de un criterio generacional o por haberse producido el nacimiento en nuestro país. Otro relativo a la adquisición de la nacionalidad española, es decir, aquel procedimiento en virtud del cual un extranjero de origen puede adquirir la nacionalidad española y cuya regla de base es la residencia en España²⁰.

Desde el punto de vista del primer Derecho, y según la normativa de nacionalidad actualmente vigente en nuestro sistema, es cierto que el nacimiento de una persona en España y su inscripción en el Registro civil municipal correspondiente²¹ es un hecho que facilita la atribución y la adquisición de la nacionalidad española. Sin embargo, para ello es necesario que se den los presupuestos exigibles en nuestra legislación.

El artículo 17.1 c) del Código civil español establece que son españoles de origen «los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieran de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad»²².

¹⁹ Un gran número de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado se refieren a peticiones de inscripción de personas que afirman haber nacido en Ceuta y Melilla. En estos supuestos, es frecuente la denegación de la inscripción cuando las únicas pruebas son las testificales por existir la sospecha de que el nacimiento ha ocurrido fuera del territorio español y que se intenta constituir la prueba de lo contrario con base en la legislación española de Registro civil. Vid. RODRÍGUEZ GAYÁN, E.: *Derecho Registral Civil Internacional*, Madrid, Eurolex, 1995, pp. 85-88; FORNER, J.J.: «La Familia árabe ante la legislación española de nacionalidad y extranjería», en ALEGRÍA BORRÁS y SALINA MERNISSI (ed.), *El Islam jurídico y Europa*, Barcelona, Icaria, 1998, pp. 231-232; BORRAS RODRÍGUEZ, A.: «La protección del menor inmigrante y la cooperación en materia de custodia y derecho de visita y devolución de menores», en GARCÍA RODRÍGUEZ, I. (ed.): *Las ciudades de soberanía española: Respuestas para una sociedad multicultural (Melilla, 6-9 de Abril de 1999)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 1999, pp. 249-251.

²⁰ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: «La condición jurídica de los nacionales de terceros Estados en la Unión Europea», *Alternativas a una política de inmigración*, op. cit., pp. 74-75; Id., *Derecho Español de la Nacionalidad*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 133.

²¹ Sobre las inscripciones de nacimientos en el Registro civil español, vid. en particular los artículos 15, 16, 40 y ss. de la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957.

²² La redacción del contenido de este precepto coincide con el que se contenía en el antiguo artículo 17.3 del Código civil anterior a la reforma operada por Ley 18/1990 de 17 de diciembre. Vid. entre otros los comentarios de GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: «Comentarios al artículo 17 del Código



A tenor de este precepto, si tenemos en cuenta que el nacido en territorio español es hijo de madre extranjera nacida fuera de España y de filiación paterna desconocida, en principio si su progenitora ostentara una nacionalidad, ésta debería corresponder *de iure* al hijo, con lo cual el niño sería extranjero. Por lo tanto, si la madre que hubiera inmigrado a España en estado de gestación acredita que es originaria de Nigeria, el nacido en suelo español sería nacional de ese país. Ello es así, ya que según resulta de la legislación nigeriana y en particular del artículo 25.1.c de la vigente Constitución de la República Federal de Nigeria de 1999, son ciudadanos de Nigeria por nacimiento *toda persona nacida fuera de Nigeria si cualquiera de los padres es ciudadano de Nigeria*²³.

Ahora bien, en la práctica la determinación de la nacionalidad de estos menores no es tan sencilla como pudiera aparecer a primera vista, ya que con frecuencia las situaciones se complican.

A este respecto, un primer tipo de complicaciones viene dado por las dificultades administrativas que en la práctica pueden tener los interesados (madre o nacido en territorio español) en obtener de las autoridades de sus países la documentación nacional que en su caso les corresponda.

En estos casos, la práctica ha demostrado que el funcionamiento irregular de determinadas representaciones diplomáticas y las precarias relaciones de cooperación internacional existentes entre España y alguno de los Estados de las que son originarias las mujeres inmigrantes, madres de los nacidos en territorio español, puede obstaculizar y dilatar en exceso la obtención de la documentación relativa a la nacionalidad. Circunstancia que puede traer consigo consecuencias negativas para el nacido en suelo español.

Sobre la base de que la finalidad del artículo 17.1 c) «es evitar situaciones de apatridia originaria de *iure*», la actitud de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha sido marcadamente restrictiva a la hora de aplicar el citado precepto, al denegar la atribución de la nacionalidad española *iure soli* en un número considerable de casos.

A título ilustrativo y como expresión de esta práctica, cabe citar, entre otras, la Resolución de 10 de septiembre de 1994, relativa a la denegación de la solicitud de que se declarara con valor de simple presunción la nacionalidad española de origen de una niña nacida en España, inscrita sin filiación paterna y como hija de madre nacional marroquí y nacida en Marruecos «porque, por aplicación de la ley marroquí de la madre y según resulta del conocimiento adquirido de la legislación marroquí y de la certificación consular acompañada, *los hijos de una nacional marroquí y de padre desconocido tienen por nacimiento la nacionalidad marroquí de la ma-*

Civil», *Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela*, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 17-53; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Derecho Español de la Nacionalidad*, *op. cit.* pp. 161-162.

²³ Vid. Chapter III. Citizenship. Constitution of the Federal Republic of Nigeria: <http://www.ngex.com/nigeria/govt/constitution/>.

dre» y ello, según se dice expresamente en el Fundamento de Derecho Tercero, «sin que importen a estos efectos las dificultades de hecho que puede tener la recurrente ante el Consulado de Marruecos en España»²⁴.

En una línea similar, puede también citarse otra Resolución de 20 de septiembre de 1994 en la que igualmente se deniega la atribución de la nacionalidad española a un niño nacido en España, inscrito como hijo de padre desconocido y de madre nacional de Ghana. Ya que «está suficientemente acreditado por la documentación oficial unida a las actuaciones que, conforme a la legislación de Ghana, tiene esta nacionalidad el nacido dentro o fuera de Ghana, si cualquiera de los padres es ciudadano de Ghana».

La peculiaridad de esta Resolución frente a la anteriormente citada radica en el contenido de su Fundamento de Derecho Tercero, al señalarse textualmente que «contra esta conclusión no pueden prevalecer las dificultades prácticas encontradas para la documentación del niño como ciudadano de Ghana, las cuales podrán resolverse en último término por la vía diplomática oportuna y no pueden llegar a desconocer *de iure* la nacionalidad por filiación del nacido»²⁵.

En relación a los pronunciamientos del Centro Directivo seleccionados, estamos totalmente de acuerdo en que en los dos supuestos queda acreditado que los progenitores del nacido en España no carecen de nacionalidad y que sus legislaciones extranjeras respectivas atribuyen al hijo una nacionalidad desde el nacimiento, con lo cual no se produce una situación de apatridia. Es decir, en los ejemplos citados no se dan ninguna de las circunstancias previstas por el precepto y, por tanto, el niño nace extranjero. Ahora bien, lo que no nos parecen acertadas son las afirmaciones realizadas por el Centro Directivo respecto a las dificultades prácticas administrativas que en ambas resoluciones tienen los interesados para la obtención de la documentación nacional correspondiente.

A este respecto, es cierto que el principio del *favor nationalitatis* que inspira la norma del artículo 17.1c) del Código civil tiene como finalidad mitigar que se produzcan supuestos de apatridia y sólo los dos supuestos que se incluyen en el precepto traen por causa la atribución de la nacionalidad española *iure soli*. Sin embargo, no estamos conformes con el calificativo de irrelevantes que tienen esas dificultades para la aplicación de esta disposición. Dado que en la práctica esto genera una situación de incertidumbre jurídica respecto a la nacionalidad extranjera del nacido en España.

A nuestro modo de ver, un planteamiento de esta naturaleza lejos de favorecer la aplicación del principio del interés superior del niño en toda regulación que le

²⁴ Vid. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de septiembre de 1994. Base de Datos Editorial Aranzadi S.A. y el comentario realizado por ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. en la *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVI, 1994-2, pp. 809-814.

²⁵ Vid. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 1994. Base de Datos Editorial Aranzadi S.A.

afecte o le concierna, lo contradice. Ya que mientras no se proceda a la obtención de la documentación del niño como nacional de Ghana, el nacido en territorio español y que se halla en España, ciertamente no es apátrida pero al no disponer todavía de la documentación como ciudadano de ese país ostentaría una nacionalidad extranjera indeterminada. Por tanto, de no resolverse a corto plazo los problemas surgidos en la tramitación de la citada documentación, el niño pasaría a engrosar, aunque fuera temporalmente, la cifra de los extranjeros indocumentados en España y difícilmente podría beneficiarse de los derechos que la legislación de Ghana le atribuye *de iure* por filiación (hijo de madre de nacionalidad de Ghana). Sin duda, ésta es una situación que va en detrimento de la aplicación del principio del *favor nationalitatis* que inspira la regulación del artículo 17.1 c) del Código civil español y que no hace sino reflejar el rígido talante de nuestro legislador a la hora de redactar el contenido del precepto.

Ahora bien, más restrictivas nos resultan las orientaciones seguidas por la Dirección General de Registros y del Notariado en la Resolución de 5 de junio de 1999, a la hora de denegar la atribución de la nacionalidad española *iure soli* a un niño nacido en España, hijo de padres zaireños (República Democrática del Congo), nacidos fuera del territorio español y «documentados en España como apátridas» pero sólo, según señala el Centro Directivo, «a los efectos de la regulación de la situación administrativa como extranjeros de los interesados».

El problema fundamental que aquí se plantea es el de la prueba de la apatridia y, en particular, si la cualidad de apátridas de los padres que aparece en la cédula de inscripción concedida por la Delegación del Gobierno de Asturias es prueba suficiente de que los interesados *no son considerados nacionales por ningún Estado, conforme a su legislación*²⁶ y por consiguiente carecen de nacionalidad o, por el contrario, se trata de nacionales indocumentados.

En el presente caso, la Dirección General de los Registros y del Notariado estima que la consideración de apátridas que consta en la documentación española otorgada a los progenitores con arreglo a las normas de extranjería entonces vigentes, «no es prueba suficiente de que los interesados realmente hayan incurrido en causa legal de pérdida de la nacionalidad zaireña originaria».

Según se desprende de la Resolución, una cuestión es la imposibilidad *de facto* que tienen los progenitores de obtener la documentación extranjera y que puede conducir a una situación de «apatridia *de facto*» y otra diferente es la «apatridia originaria *de iure*», que es la única que, a juicio de la Dirección General, «justifica la atribución de la nacionalidad española *iure soli* en nuestro Derecho».

²⁶ Según el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, «el término apátrida designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación». *BOE* núm. 159 de 4 de julio de 1997.



En nuestra opinión, esta última afirmación es del todo consecuente, dado que desde el punto de vista jurídico el concepto de apatridia siempre es *de iure* en cuanto implica el cumplimiento de una condición negativa. Esto es, la carencia de nacionalidad. De ahí las dificultades de su prueba²⁷.

La mal denominada «apatridia *de facto*» jurídicamente no existe. Otra cuestión es que, como ha ocurrido con frecuencia en la práctica administrativa, esta situación haya sido equiparada de manera errónea a la de los indocumentados e incluso a la de los refugiados²⁸.

A nuestro entender, éste es el confusionismo que opera en la Resolución y la antinomia que parece existir entre la caracterización de apátridas que, según la normativa de extranjería, tienen los progenitores del niño nacido en territorio español y la condición de no apátridas que tienen los interesados según la normativa española de nacionalidad.

En el presente caso, la discordancia se produce por una incorrecta interpretación del contenido del artículo 22 de la hoy derogada Ley Orgánica de 1 de julio de 1985, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España cuyo enunciado no sólo hace mención al régimen especial de los extranjeros que carecen de nacionalidad, sino también al régimen de aquéllos que «por cualquier otra causa insuperable, no pueda ser documentado por las Autoridades de ningún país». Es decir, a la situación de los extranjeros que, teniendo una nacionalidad, no pueden obtener de las autoridades de su país la documentación nacional que les corresponde.

En la actualidad, este confusionismo conceptual, provocado en buena medida por la defectuosa enunciación de las normas de nuestro sistema, ha sido clarificado por la redacción del artículo 34 de la vigente Ley de Extranjería al distinguir y regular por separado la situación de extranjería de los apátridas, indocumentados y refugiados y en particular por el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida.

Como se ha podido comprobar, el supuesto de hecho discutido en la última de las resoluciones comentadas, no se ajusta específicamente a la problemática de los nacidos en territorio español, hijos de madre extranjera inmigrante en España. Sin embargo, estimamos que es un ejemplo sumamente ilustrativo de otras de las complicaciones que pueden surgir en la práctica, como consecuencia de la situación de indocumentación que pueden presentar las progenitoras de los nacidos en territorio español.

De acuerdo con lo señalado en otro epígrafe anterior, la peculiaridad de estos sujetos es que ostentan una nacionalidad. Pero la carencia de un documento

²⁷ A este particular vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Derecho español de la Nacionalidad*, op. cit., pp. 131-132.

²⁸ La situación de apátrida no es asimilable a la de refugiado. Vid. al particular la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de abril de 2000. Base de datos Editorial Aranzadi S.A.

acreditativo de su identidad personal trae por causa el desconocimiento del país de procedencia y, en consecuencia, la indeterminación de su nacionalidad.

Nuestra legislación actual del Derecho de la nacionalidad no contempla el supuesto de la indeterminación de la nacionalidad del sujeto como una vía para vincular originariamente al individuo con el Estado español.

En estas situaciones, ante la imposibilidad de conocer la nacionalidad de la madre y de averiguar si el ordenamiento jurídico extranjero del que en su caso fuera originaria atribuye o no al nacido en España su nacionalidad desde el nacimiento por el hecho de la filiación, el niño nace extranjero. Pero con el agravante de que, mientras no se determine la nacionalidad de la madre, el nacido en territorio español también ostenta una nacionalidad extranjera indeterminada y, por tanto, se encontrará en una situación de indocumentado.

En nuestra opinión, ésta es una situación indeseada que no se ajusta del todo a lo preceptuado por el artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. Ya que de conformidad con el apartado 1 de este artículo «El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace... a adquirir una nacionalidad...». ¿Pero qué ocurre si ésta es indeterminada? A estos efectos, es cierto que la finalidad del contenido de esta disposición es la reducción de la apatridia, garantizando el derecho fundamental que tiene toda persona, incluida el niño, a tener una nacionalidad. Sin embargo, esta disposición ni ninguna otra de la Convención regula la problemática de las personas extranjeras indocumentadas y su incidencia en los niños²⁹.

Ésta es una situación que, según hemos visto, difiere de la de los apátridas y refugiados y que desgraciadamente cada vez con más frecuencia es la que presentan los extranjeros y extranjeras inmigrantes procedentes del África subsahariana y del Magreb que se encuentran en España en una situación irregular. En estos casos, dado que el niño extranjero que ostenta una nacionalidad indeterminada no puede beneficiarse de los derechos que su nacionalidad les confiere, su problemática es similar a la que tienen los que carecen de nacionalidad, poniendo a la persona en una situación de desprotección jurídica.

Por ello, mientras no contemos con una normativa convencional internacional sobre la situación de las personas indocumentadas que obligue internacionalmente a los Estados que la asuman, los gobiernos nacionales deberían hacerse eco de esta situación a nivel interno, no sólo en el ámbito del Derecho de extranjería, como ya ocurre en nuestra legislación, sino también en su normativa sobre el Derecho de la nacionalidad. Así, en relación a este último sector, una posible vía de reducción y de prevención de esta situación de indocumentación podría tener lugar a través de una reforma del artículo 17.1 c) del Código civil en la cual se favoreciera la atribu-

²⁹ Por el contrario, la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 sí contempla la situación de los niños refugiados en su artículo 22.

ción de nacionalidad española a los nacidos en España de padres extranjeros indocumentados que tuvieran una nacionalidad indeterminada. De esta manera, además, se daría cumplimiento a la aplicación del principio del interés superior del menor que debe primar en toda regulación que le afecte o le concierna.

En cualquier caso, hoy por hoy, no se contempla tal previsión y en consecuencia, salvo que se den las circunstancias del artículo 17.1 c) del Código civil, el nacido en España de madre extranjera es extranjero y pasa a ser sujeto de la legislación de extranjería.

Como ha resaltado J. Forner, es en esta etapa de extranjería cuando la normativa sobre nacionalidad vuelve otra vez a jugar su papel³⁰. Ya que de conformidad con los artículos 21.2 y 22 de la legislación española de nacionalidad, el nacido en territorio español podrá solicitar la adquisición de la nacionalidad española tras un año de residencia legal en España³¹.

II.2. PROBLEMAS DE EXTRANJERÍA

Un primer dato a tomar en consideración a los efectos de la aplicabilidad de las normas de extranjería, es que en estos casos no se trata de niños en situación de desamparo y, por tanto, bajo la tutela de una Administración pública, sino de menores que desarrollan sus vidas en el seno de una familia monoparental, integrada por la madre extranjera inmigrante que ha dado a luz en España. Este hecho es importante resaltarlo, porque la situación administrativa de regular o irregular en la que se encuentra su progenitora va a incidir, según veremos a continuación, en la situación del menor extranjero nacido en territorio español.

Si la madre del nacido en España se encuentra administrativamente en una situación de regular y en el momento del nacimiento del hijo tiene, pongamos por caso, un permiso de residencia temporal otorgado por motivos humanitarios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.4 de la Ley, el niño extranjero adquiriría automáticamente el mismo tipo de permiso de residencia del que fuera titular su progenitora, sin necesidad de obtener la exención de visado³². Es decir, el

³⁰ Vid. FORNER, J.J.: «La Familia árabe...», *op. cit.*, pp. 200-201.

³¹ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Derecho español de la Nacionalidad*, *op. cit.* pp. 197-200; ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: *Guía de la Nacionalidad española*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pp. 68-75; PÉREZ VERA, E. y ÁBARCA JUNCO, P.: «Tema VIII. Derecho de la Nacionalidad (I)», *Derecho Internacional Privado*, vol. 1, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, pp. 195-198.

³² Ello se deduce del artículo 41.6 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la anterior Ley Orgánica de extranjería de 1985 y del artículo 41.6 del texto del borrador del Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería en el cual se prevé que «los hijos, nacidos en España, de extranjero que se encuentre residiendo legalmente en territorio español, adquirirán automáticamente el mismo tipo de permiso de residencia del que sea titular cualquiera de sus progenitores, sin necesidad de obtener la exención de visado».

permiso de residencia temporal. De este modo, el nacido extranjero en España se encontraría residiendo *legalmente* en nuestro país y podría proceder a la solicitud de la adquisición de la nacionalidad española por residencia *legal* de un año.

Las normas de extranjería vigentes no precisan en qué situación se encuentran los menores cuando sus progenitores extranjeros no tienen regularizada su permanencia en España. En principio, podría intuirse que el niño se encontraría en la misma situación de ilegalidad que la de sus progenitores y, en concreto, la de su madre, si éste fuera el caso.

A nuestro juicio, ésta es una laguna necesitada de una urgente respuesta jurídica, ya que ella remite a otra cuestión mucho más controvertida y delicada de resolver, como es la de si en esta situación el menor podría o no ser expulsado del territorio español.

A diferencia de los supuestos de los menores extranjeros en situación de desamparo y tutelados por una Administración pública, que, de ninguna manera, pueden ser expulsados del territorio español y que, en el caso de que no sea posible el retorno con su familia o al país de origen, se les otorgará el permiso de residencia al que se refiere el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000, la respuesta relativa a la viabilidad o no de la expulsión en el caso de los menores que viven en compañía de sus progenitores no es tan contundente.

La duda mayor respecto a estos niños se plantea en relación al contenido del artículo 62.3 de la Ley de Extranjería que contempla la posibilidad del ingreso de los menores extranjeros en centros de internamiento. Según el apartado 3, «los menores en los que concurran los supuestos previstos para el internamiento serán puestos a disposición de los servicios competentes de protección de menores. El Juez de Menores, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá autorizar su ingreso en los centros de internamiento de extranjeros cuando también lo estén sus padres o tutores, lo soliciten éstos y existan módulos que garanticen la intimidad familiar».

Con carácter general, el internamiento de personas extranjeras en los centros no penitenciarios habilitados a estos efectos es una medida preventiva y cautelar que en todo caso debe revestir un *carácter excepcional* y que tiene como finalidad garantizar la presencia del extranjero durante la sustanciación del expediente administrativo y la ejecución de la medida de expulsión³³. Ahora bien, cuando la aplicación de esta medida tiene lugar y los menores son ingresados en los centros, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, y siempre que «también lo estén sus padres o tutores, lo soliciten éstos y existan módulos que garanticen la intimidad familiar», el problema a dilucidar es determinar en qué situación quedan estos niños, una vez que se materialize la expulsión de sus progenitores o tutores.

³³ Vid. GARCÍA FERRÁNDEZ, F.J.: «Comentario del artículo 62», en *Comentarios a la Ley de Extranjería*, op. cit., pp. 465-471



En el supuesto de las mujeres embarazadas que han dado a luz en España y que se hallaran incurso en uno de los supuestos que habilitan el internamiento, este problema difícilmente podría darse en la práctica, debido a que sólo en muy limitadas y graves circunstancias podría verificarse su ingreso en los centros, al quedar en principio exoneradas por los artículos 57.6 y 58 de la Ley, de la ejecución de las medidas de expulsión o de devolución. Sin embargo, el debate sigue abierto en relación a aquellos otros progenitores o tutores que estuvieran internados en los centros por una de las causas previstas en el artículo.

En estos casos, como ha puesto de relieve G. Esteban de la Rosa, la Ley de Extranjería guarda un absolutamente silencio acerca de este extremo³⁴.

A nuestro parecer, la norma general en los que concurren los supuestos del artículo 62.3 de la Ley es que los menores no pueden ser ingresados en los centros de internamiento y sólo cuando el interés superior del menor aconseje la continuidad del ejercicio de su derecho a seguir viviendo con sus padres fuera de España, tras la verificación de que no existe riesgo o peligro para su integridad, el niño, no mediante un decreto sancionador de expulsión, sino como un derecho que le ampara, podría salir del territorio español con sus progenitores o tutores. En tales casos, al menor de 18 años se le deberá garantizar el derecho de expresar su opinión y a ser escuchado y oído de conformidad con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

III. CONSIDERACIONES FINALES

1. Dentro de los procesos de inmigración femenina existentes en España, protagonizados por la presencia de un colectivo cada vez más numeroso de mujeres jóvenes, mayores de edad, que emigran individualmente y desvinculadas de un proyecto familiar, con la finalidad de incorporarse al mercado laboral español o simplemente huyendo de la miseria, de guerras civiles o de persecuciones étnicas, una variable migratoria singular es la constituida por las mujeres inmigrantes que viajan embarazadas a nuestro país. Ésta es una realidad que contrasta con el tradicional perfil del inmigrante, predominantemente de sexo masculino y mayor de edad pero que, previsiblemente, es un componente poblacional que aumentará considerablemente en los próximos años.

2. Debido a la especial condición personal de estas mujeres inmigrantes y al precario estado de salud que presentan a su llegada a España, no cabe duda de que una de las primeras medidas tuitivas que se asevera como más urgente de adoptar en

³⁴ Vid. ESTEBAN DE LA ROSA, G.: «Situación jurídica y protección social de los niños extranjeros en España (artículo 35)», *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, *op. cit.*, pp. 143-144.

estos casos, sea la de proporcionarles y garantizarles el derecho a la asistencia sanitaria. Pero ello, obviamente, no resuelve su situación de extranjería irregular en nuestro país.

3. La legislación de extranjería actual no contiene una normativa especial que contemple expresamente la situación de extranjería de estas mujeres en España. De ahí que, en atención a la manifiesta situación de desamparo en la que se hallan estas mujeres cuando llegan a tierras españolas, estimemos justificadas la aplicación de determinadas cláusulas de excepción previstas por el legislador para ciertos supuestos de extranjería en los que concurren *razones de índole humanitarias*.

4. Los problemas jurídicos que suscita esta singular variable inmigratoria afectan no sólo individualmente a estas mujeres, sino a los hijos nacidos en territorio español.

En relación a estos últimos, un problema particular que plantean los nacidos en territorio español, hijos de madre extranjera inmigrante es el de su nacionalidad, especialmente cuando la progenitora se encuentra en una situación de indocumentación. En estos supuestos, la normativa española de nacionalidad no contempla en la redacción actual del artículo 17. 1 c) del Código civil previsión alguna al respecto. Lo que puede traer consecuencias negativas para la persona del nacido en España.

Con el fin de solventar las incertidumbres jurídicas que estas situaciones generan, una posible vía de reducción y prevención de esta problemática podría tener lugar a través de una reforma del artículo 17 del Código civil que contemplara una regulación más amplia de los supuestos de atribución de la nacionalidad española a los nacidos en territorio español. De este modo, se optimizaría la aplicación del principio *favor nationalitatis* y se daría un mejor cumplimiento al principio del interés superior del niño.

