

Inmigración y derechos de ciudadanía. III Seminario Inmigración y Europa.

Inmigración y políticas de regularización en la Unión Europea

Diferentes tipos de regularización en la legislación de inmigración
Eliseo Aja

Eliseo Aja

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Barcelona

El papel excesivo y disfuncional de la regularización extraordinaria en España

Existen enormes diferencias, de todo tipo, entre la inmigración regular y la irregular, tanto para los interesados como para la sociedad. La llegada y estancia legal de la inmigración es el ideal para todo país europeo receptor de un volumen importante de trabajadores extracomunitarios, pero la realidad muestra que la inmigración también llega de manera ilegal, o bien entra en el país legalmente (como turista, por ejemplo), pero se queda como trabajador y se coloca por ello en situación irregular. Ambas situaciones se dan en todos los países, la cuestión es su proporción y los medios empleados para potenciar las vías legales y combatir la irregularidad. Cuando una parte importante de la población inmigrante llega al país o permanece en él de manera irregular, algunos estados, especialmente del sur de Europa (y destacadamente Italia y España), acuden a la realización de una regularización extraordinaria. A pesar de los beneficios inmediatos que aporta, este tipo de regularización genera también muchos inconvenientes, hasta el punto de ser rechazada radicalmente por los países del centro y del norte de Europa porque consideran que la convalidación de la estancia irregular conduce a la devaluación de las vías legales y, a la larga, potencia la inmigración irregular. Algunos países cuentan con mecanismos de regularización individual que permite la legalización, mucho más discreta, de manera excepcional.

En los dos primeros puntos de la exposición se examinan estos dos tipos tan diferentes de regularización (extraordinaria e individual) y en el tercero se apuntan algunas situaciones de ilegalidad generadas por la propia legislación que merecen una reflexión y una reforma.

Significado de la regularización extraordinaria

La regularización extraordinaria es una especie de amnistía decretada por el Gobierno que permite alcanzar un permiso de residencia y trabajo a todos los extranjeros que se encuentren en situación irregular (y que por ello podrían ser expulsados del país) si reúnen algunas condiciones, como llevar cierto tiempo de estancia en el país y poseer medios de vida (normalmente estar trabajando, de forma ilegal, o contar con una oferta o un contrato de trabajo).

Como en otras cuestiones de inmigración, parece existir una diferencia radical entre los países del sur de Europa y los del centro y norte europeos. Como en seguida se verá, España así como Italia ha recurrido en múltiples ocasiones a la regularización; también han recurrido a ella, en menor medida, el resto de estados del sur de Europa, mientras que nunca lo han hecho Alemania y Suiza, ni los países nórdicos. A medio camino, Bélgica aprobó a finales del siglo XX una regularización extraordinaria, que afectó a 50.000 personas, para los solicitantes de asilo que llevaran más de cuatro años en el país, los enfermos de gravedad, los supuestos de *non refoulement*, y aquellos que poseían fuertes vínculos familiares (más de 6 años de residencia) y razones humanitarias, es decir, unas condiciones mucho más restrictivas de las que suelen exigir Italia y España. Se puede llegar a pensar que el volumen de la inmigración irregular existente en los países del sur europeo es por la cercanía a la costa de África, pero la explicación debe ser más compleja, porque la inmensa mayoría de la inmigración irregular entra por los aeropuertos y las carreteras.

La regularización extraordinaria (masiva por definición) parece contar con algunos aspectos mágicos, porque una simple norma dota de estatus legal a miles o centenares de miles de personas que estaban en situación irregular: les libra de la expulsión, les permite trabajar, les facilita la reagrupación familiar, etc. Para los interesados parece un milagro. También presenta ventajas inmediatas para la sociedad receptora: le muestra la dimensión real de la inmigración, le permite cobrar impuestos a los residentes, incrementa las cotizaciones a la seguridad social e incluso mejora automáticamente los indicadores de crecimiento económico del país.

Sin embargo, la regularización extraordinaria representa la confesión del fracaso de la legislación y las políticas de inmigración del país y por ello constituye un obstáculo decisivo para una estrategia seria de control de flujos y, por tanto, de toda la política migratoria a medio y largo plazo. Por supuesto, la regularización no cambia de naturaleza porque se modifique su denominación a "normalización" o cualquier otro término parecido, aunque sí deben apreciarse el mayor o menor rigor de las condiciones que se exijan para acceder a la situación regular y la seriedad de su cumplimiento.

La práctica de la regularización extraordinaria en España

Puede decirse que en España la Ley Orgánica de Extranjería de 1985 (LOE) carecía de los elementos esenciales para canalizar la inmigración y en sí misma fue la primera causa de aparición de la inmigración irregular. Su crecimiento al cabo de un lustro generó suficiente preocupación para impulsar un debate en el Congreso de los Diputados y la aprobación de la primera regularización extraordinaria, en 1991. Su efecto sorprendió a la opinión pública: accedieron a la residencia legal más de 110.000 personas. La operación se repitió en 1996 al aprobarse el nuevo Reglamento, como se ha hecho casi siempre que se ha promulgado una normativa nueva.

En los años siguientes se aplicó otra técnica que parecía una vía de contratación de trabajadores extranjeros, llamado "contingente", porque preveían un número de permisos de trabajo (y residencia) para trabajadores extranjeros según los sectores productivos y las comunidades autónomas (CCAA). Pero en realidad era un mecanismo de regularización porque el permiso de residencia y trabajo se otorgaba a personas que ya estaban en España en situación irregular. El contingente se aplicó entre 1993 y 1999, con una media anual de 40.000 personas. Tan evidente era su carácter de regularización extraordinaria encubierta que no se convocó en 1996, porque este año se realizó la regularización extraordinaria ya citada, como consecuencia del nuevo reglamento.

A partir de 2000 se produce un acelerón tanto normativo como sociológico y los cambios drásticos impiden elaborar una política seria de inmigración, y se multiplica el volumen de inmigración irregular. En el año 2000 se han aprobado dos leyes orgánicas (generales), dos leyes orgánicas más en 2003 (una muy importante) y dos reglamentos generales de desarrollo de la ley (2001 y 2004). En total, seis normas generales en cinco años son demasiadas normas, demasiados cambios, y casi todos han ido acompañados de regularizaciones muy masivas: las primeras afectaron a 400.000 personas y la regularización última, de 2005, ha supuesto la incorporación de 550.000 nuevos residentes a España.

Por tanto, hasta hace poco la vía más importante de llegada de la inmigración a España ha sido la entrada irregular, o más concretamente, la llegada como turista y la permanencia, al acabar el plazo de estancia correspondiente, en situación irregular. Paralelamente, el recurso más frecuente para combatir el volumen de personas en situación irregular ha sido la regularización extraordinaria.

Su realización en 1991, en los años 1993-99 camuflada como contingente, así como las tres regularizaciones del Gobierno de Aznar al inicio del siglo y la más reciente del Gobierno de Rodríguez Zapatero en 2005 conduce a pensar que la mayoría de la población inmigrante que está en España ha pasado alguna vez (o más de una) por la regularización extraordinaria.

La regularización produce evidentes beneficios a corto plazo, ya mencionados, pero tiene consecuencias nefastas a largo plazo, porque una vez que se difunde la idea de regularizaciones frecuentes, se hace muy difícil el control de los flujos y sin éste cualquier política de inmigración carece de solidez. El problema principal no es, por tanto, el efecto llamada tanto como el descrédito de las vías legales para inmigrar.

Así, la primera prueba, y factor a la vez, de la inexistencia de una política de inmigración ha sido la incapacidad de la legislación para configurar una vía legal de entrada y, en consecuencia, el fracaso en el control de flujos, porque la mayoría de las personas inmigrantes han llegado estos años de manera irregular, o se han quedado de manera irregular, o han recaído en la irregularidad después de haber tenido un permiso de residencia (por carecer de contrato de trabajo en el momento de renovar el permiso).

La entrada como turista, con el propósito de buscar trabajo y quedarse, ha sido la más frecuente, mucho más que las pateras, aunque éstas sean muy dramáticas. Pero las grandes bolsas de irregularidad también han sido provocadas por la dificultad para renovar el primer permiso inicial de residencia (sólo un año), en especial en los conseguidos en las regularizaciones, tanto por la precariedad del trabajo de la mayoría de inmigrantes como porque las condiciones y el control de la administración para la renovación ha resultado más exigente que en la primera concesión. Al no aparecer unas vías legales claras de entrada en España, las entradas irregulares vuelven a comenzar tras la regularización. Además, la regularización extraordinaria genera en sí misma la reproducción de la irregularidad, por la generalización de la idea de que entrar en España es suficiente, porque después vendrá una regularización que proporcionará la documentación a todos los que ya estén en el país.

Parece que esta idea es dominante en los países origen de la inmigración, y ello sería una de las causas principales del enorme volumen de la irregularidad en los últimos años, provocando además que las reformas normativas (suponiendo que son correctas y se aplican con eficacia), sean insuficientes mientras no lleguen a generar una opinión pública de signo contrario en los países de origen de la inmigración.

Esta dinámica *inmigración irregular/regularizaciones extraordinarias* manifiesta la incapacidad del Estado para realizar el control de flujos e implica su renuncia práctica a encauzar el fenómeno, por la ignorancia respecto a la dimensión y los caracteres que presenta la nueva inmigración irregular. Semejante ignorancia básica –si no se conoce el volumen de la inmigración difícilmente es posible adivinar sus caracteres y necesidades– afecta negativamente a todas las políticas públicas posibles. La regularización disuelve esta ignorancia pero sólo momentáneamente, porque enseguida la nueva irregularidad tapa los perfiles precisos del fenómeno y además lo hace a un precio tan alto como la imposibilidad de plantear unas vías eficaces de inmigración legal.

La necesidad de una estrategia general que excluya las regularizaciones extraordinarias se encuentra en la base de una política seria de inmigración. Mientras persista la filosofía de la regularización extraordinaria es imposible construir una estrategia sólida de inmigración, porque seguir las vías administrativas para acceder legalmente al permiso de residencia y trabajo en España no compensa al trabajador extranjero si con el riesgo de una situación irregular coexiste la perspectiva de una regularización a corto plazo. A su vez, resultará inevitable un volumen importante de inmigración ilegal si no existe una política de inmigración a medio y largo plazo, si no se agilizan y refuerzan las vías legales de inmigración.

No es el momento de extenderse en las condiciones de una política estratégica semejante pero hay cierto acuerdo en que debe incluir como ejes principales la determinación de criterios claros y efectivos para la fijación y el control de flujos, el cumplimiento de los criterios democráticos que la Constitución impone a todas las normas (también las de extranjería), el acceso efectivo de los extranjeros residentes a los servicios públicos, con igualdad de oportunidades respecto a los autóctonos, y la culminación en su integración social.

Dentro de una estrategia global de la inmigración de este tipo carece de sentido la realización de una regularización extraordinaria. En cambio, hay que prever la recuperación individual de personas en situación irregular, así como la aparición de fallas sectoriales del ordenamiento generadas por problemas concretos de la inmigración. A la existencia de estas situaciones excepcionales se une en España la necesidad de contrarrestar la inmigración irregular que sigue llegando por el efecto de regularizaciones extraordinarias llevadas a cabo durante tantos años.

La regularización individual por arraigo

Si alguien creyó que la amplitud de la última regularización significaba la desaparición de las situaciones de irregularidad, la aparición de primeras estimaciones (polémicas por otra parte) sobre el volumen de una nueva población irregular le habrá desilusionado pocos meses después. Pero es lógico que vuelvan a generarse bolsas de inmigrantes en situación irregular, porque la creencia de que vale la pena intentar una entrada o una estancia irregular perdurará un tiempo, y además existen causas trascendentes, como la generada por la economía sumergida *estructural*, ya que los empresarios que la aprovechan sustituirán a los anteriores trabajadores en situación irregular por otros nuevos. Todo ello en la mejor de las hipótesis de funcionamiento correcto de las vías legales de inmigración previstas por la legislación, supuesto que conviene no sobrevalorar.

En esta situación adquiere su sentido la regularización individual ordinaria, para dar salida a diferentes supuestos excepcionales de irregularidad, evitando que su acumulación conduzca de nuevo a la alternativa disfuncional de la regularización extraordinaria.

El surgimiento de la regularización por arraigo en las leyes de 2000

Con inspiración en varias figuras del derecho comparado que pretenden resolver los casos de inmigrantes en situación irregular cuando sus circunstancias personales excepcionales impiden o desaconsejan la expulsión, sin recurrir a las regularizaciones masivas, las dos leyes orgánicas de 2000 al tiempo que suprimían el falso contingente como vía de regularización, introdujeron la posibilidad de regularización individual cuando un inmigrante llevara un tiempo significativo en España y tuviera trabajo.

En realidad, la reforma fue más compleja, porque la LO 4/2000 supuso un cambio drástico de la regulación, al suprimir la sanción de expulsión para quienes carecieran de permiso de residencia (y de trabajo, con más razón), pero al mismo tiempo la propia ley pretendía dar seriedad al control de flujos y hacer eficaz la vía del contingente y para ello dispuso que los inmigrantes que se acogieran al futuro contingente debían encontrarse en su país de origen. Si la situación de irregularidad no implicaba expulsión (y por tanto se multiplicarían los inmigrantes irregulares) y por otra parte se prohibía que se acogieran al contingente como vía de regularización (al tiempo que se pretendía prescindir de las regularizaciones extraordinarias), había que configurar alguna vía que permitiera la reconversión a la situación legal de quienes la habían perdido y también la necesitaban los nuevos llega-

dos que trabajaban en situación irregular. La respuesta de la LO 4/2000 fue la creación de la llamada regularización individual por arraigo, que es realmente una vía especial para obtener un permiso temporal de un año de residencia (y trabajo, normalmente). Se recogió en el art. 29.3 de la ley: cuando un extranjero lleve en España más de dos años y esté empadronado en un municipio puede obtener un permiso de residencia por un año si cuenta con medios de vida. Transcurrido el año, el residente entra en el sistema general de renovaciones siempre que mantenga el trabajo, pero caerá de nuevo en la irregularidad si en el momento de la renovación del permiso ha perdido el trabajo. Pero si posteriormente volviera a encontrar trabajo, podría recuperar la legalidad a través del mismo sistema.

La diferencia con la regularización extraordinaria es evidente, puesto que se trata de aplicación individual de la norma para recuperar el permiso de residencia, cada uno en el momento en que reúna las condiciones, sin ningún tipo de publicidad ni efecto llamada, y como un derecho de los inmigrantes que llevan ya un tiempo en el país, impulsando su legalización por todas las ventajas que supone para todos (sólo este objetivo es común).

Pero la diferencia con el contingente, al que viene a sustituir en la práctica, también es notable porque no supone un cupo máximo ni requiere adscribir el permiso de trabajo a una actividad determinada (como el contingente); tampoco implica una convocatoria anual sino que se alcanzará el permiso cuando se cumplan las condiciones, aunque entre ellas está la permanencia en España por más de dos años, que fundamenta el arraigo.

La Ley Orgánica 8/2000 que cambió gran parte de los preceptos de la anterior, cuando el Partido Popular alcanzó la mayoría absoluta, no llegó sin embargo a ser una contrarreforma, como se manifiesta también en este punto –tan delicado– del arraigo. El art. 31.3 permite a la Administración (“podrá”, a diferencia de la anterior que lo configuraba como derecho) conceder un permiso de residencia temporal a los extranjeros que ya lo hubieran tenido pero no hubieran podido renovarlo, así como a los extranjeros que acrediten una permanencia en España de cinco años. Este plazo era mucho más largo pero en cambio la primera modalidad (sin plazo de permanencia, pero en la práctica más de un año) resultaba interesante porque efectivamente muchos inmigrantes habían tenido permiso en algún momento y no habían podido renovarlo, principalmente por carecer de trabajo en el momento en que expiraba el primer permiso. Se reenviaba al reglamento la consignación de los requisitos de este permiso, con expresa referencia a la justificación de los medios de vida.

El Reglamento de 2001 desarrolló efectivamente estas formas de arraigo (aún sin este nombre) en el art. 41.1. distinguiendo varias modalidades. En primer lugar, haber gozado de un permiso de residencia anterior, al que se añade la exigencia de dos años de permanencia irregular, que no estaba en la ley, aunque el propio supuesto implicaba una estancia que podría oscilar entre uno y dos años por el permiso previo. El segundo supuesto también es igual que en la ley, cinco años de permanencia continuada, sin especificar, de manera que ha podido ser legal o no, o

bien algunos períodos con permiso de residencia y otros no. Un tercer supuesto contempla a quienes lleven tres años de permanencia si además presentan una situación excepcional de arraigo (aquí aparece el término), considerando como tal –añade– “la incorporación real al mercado de trabajo y los vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles” (41.2.d).

Pero el reglamento y la práctica administrativa propiciaron un desarrollo muy restrictivo de la institución por la vía de exigir el cumplimiento acumulativo de todas las condiciones (tiempo, trabajo y relación familiar) y LO 14/2003 reformó el artículo 31.3, suprimiendo los varios tipos de permiso por arraigo justo cuando podían comenzar a aplicarse. Los sustituyó por un reenvío casi en blanco al reglamento, por la amplitud de elementos que dejaba a la norma reglamentaria.

Tipos de permiso de residencia temporal por arraigo en la normativa vigente

Tras la reforma por la LO de 2003, el art. 31 de la LO 4/2000, reformada por la LO 8/2000, sigue dedicado a la autorización de residencia temporal (entre 90 días y 5 años, a partir de los cuales es permanente); el 31.2 establece los requisitos para obtener una autorización o permiso de residencia personal (sin trabajar, para trabajar o por reagrupación) y el 31.3, que es el que nos interesa, dice:

“La administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente”.

Seguramente la intención de la ley era restringir al máximo las posibilidades del permiso por arraigo, pero como carecía de contenido concreto permitió al nuevo Gobierno de Rodríguez Zapatero elaborar el reglamento del 2004 en un sentido distinto, articulando tres tipos (art. 45), de muy distinto alcance, que se pueden denominar arraigo laboral, arraigo familiar y arraigo social o local, que permite obtener un permiso de residencia y trabajo por un año.

El *arraigo laboral* exige un tiempo de estancia en España de más de dos años (tanto si ha sido regular como si no), y haber tenido una relación laboral por 1 año como mínimo (45.2.a). Lógicamente, tratándose de una persona en situación irregular, por definición, la situación implica que la persona extranjera trabajaba clandestinamente y que la empresa no le había hecho contrato de trabajo ni le había declarado a la Seguridad Social. La clave se encuentra en la demostración de este trabajo, y de forma coherente con la situación. El artículo siguiente exige acreditar la relación laboral y su duración presentando, bien una resolución judicial que la reconozca, bien una resolución administrativa confirmatoria de una acta de infracción de la Inspección de Trabajo.

El País (14-12-05) relata uno de los primeros casos de concesión de un permiso de residencia y trabajo por arraigo laboral, emitido por la Subdelegación del Gobierno de la Comunidad Valenciana, a favor de un

colombiano, gracias a la sentencia de un Juzgado de lo Social de Valencia que condenaba a una empresa por el despido improcedente del trabajador colombiano. Este había solicitado a la empresa de mensajería en la que llevaba trabajando cuatro años que le declarara para poder obtener “los papeles” en el proceso de normalización abierto a mediados de 2005. La empresa reaccionó diciéndole que no volviera al trabajo y el trabajador presentó una demanda por despido improcedente a través de los servicios jurídicos de un sindicato. La sentencia así lo reconoce y condena a la empresa al pago de una indemnización y de los salarios de tramitación.

Pero, sobre todo, la sentencia tiene el efecto de permitir la obtención del permiso de residencia por arraigo laboral, dando la autorización correspondiente al extranjero para la residencia y la búsqueda de un nuevo trabajo. Dada la dificultad de obtener una sentencia o un acta de infracción de la inspección de trabajo que demuestre la existencia de una relación laboral durante al menos un año, esta vía resulta importante por su efecto ejemplificador, incluso como medio de convicción para los empresarios que explotan a los trabajadores extranjeros (no declarándoles a la Seguridad Social y normalmente pagándoles por debajo de lo establecido en el convenio), pero difícilmente será por si misma una vía importante de regularización.

El *arraigo familiar* exige una estancia en España superior a tres años, la obtención de un contrato con una duración mínima de un año, y tener un vínculo familiar directo con otros extranjeros residentes legales, entendiéndose como tal sólo al cónyuge, ascendientes o descendientes directos (padres o hijos). El contrato entre empresario y trabajador se firmará, condicionadamente, en el momento de presentar la solicitud y la eficacia de la autorización queda condicionada a la afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social, a realizar en el plazo de un mes. Pese a la claridad de la exigencia del contrato de trabajo (firmado no antes sino al mismo tiempo que se solicita la autorización, subordinado al alta de la Seguridad Social, momento al que se trae el inicio de la eficacia de la autorización), las condiciones decisivas se encuentran en la permanencia en España durante tres años y en la estrechez de los vínculos familiares que se exigen. También este supuesto tendrá escasa aplicación, puesto que podría obtenerse antes un permiso de residencia a través de la reagrupación familiar (salvo para los ascendientes que tienen un plazo mayor).

En cambio, la letra c) del propio artículo 45.2 del Reglamento incluye un supuesto que no parece de arraigo (porque no hay exigencia de ninguna estancia previa): los extranjeros “hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles”.

El *arraigo social o local* es el supuesto más complejo y que probablemente tendrá más juego como figura de regularización por arraigo. Comparte algunas condiciones con el arraigo familiar (tres años de permanencia, carencia de antecedentes penales, contrato de trabajo por un año al menos) pero contiene un elemento esencial diferente: “un informe que acredite su inserción social emitido por el Ayuntamiento donde tenga su residencia habitual” (45.2.b) del Reglamento).

El Reglamento mismo, en el artículo siguiente, añade que el informe del Ayuntamiento debe reflejar el tiempo de permanencia del interesado, los medios de vida, su grado de conocimiento de la lengua, la inserción en las redes sociales de su entorno, los programas de inserción sociolaboral a los que haya asistido y cualquier otro elemento que sirva para determinar su grado de arraigo.

Como las otras condiciones del arraigo son objetivas (tiempo de permanencia y contrato de trabajo) la valoración del arraigo que conste en el informe municipal resulta sin duda decisiva. Quizás por ello, el propio reglamento introduce algunas disposiciones dirigidas a controlar posibles inexactitudes o excesiva benevolencia de los ayuntamientos, aunque la forma no deja de ser polémica.

En primer lugar, permite que la Administración requiera al solicitante los documentos genéricos necesarios en todos los casos (pasaporte, etc.), pero también "otros documentos que sean necesarios para justificar los motivos de la solicitud" teniendo por desistida su petición si no los aporta en el plazo de un mes (46.4).

En segundo lugar, permite a la Administración citar al solicitante para una entrevista, a la que acudirán dos representantes de la Administración y un intérprete, si es necesario (en cambio no se refiere a un posible abogado, aunque es evidente que podría asistir) que se reflejará en un acta. La norma reglamentaria refleja la desconfianza que la inspiró: "Si los representantes de la Administración llegaran al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos o de la veracidad de otras circunstancias en que se ha basado la autorización (sic), se recomendará la denegación de la autorización y se remitirá copia del acta al organismo competente para resolver. En caso de que surgieran dudas sobre el criterio a seguir, el órgano competente deberá elevar la consulta correspondiente a la Dirección General de Inmigración" (46.5 Reglamento). Una larga instrucción de la misma dirección general, aprobada en junio de 2005, abunda en este tipo de burocrática desconfianza, sin aportar alternativas serias a las necesidades de los ayuntamientos.

Porque el factor que convierte a este tipo de arraigo en principal es que él mismo art. 46.2.c) permite al Ayuntamiento "recomendar" que se exima al extranjero de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, siempre y cuando acredite que cuenta con medios de vida suficientes. A pesar de que el 46.7 parece exigir el alta en la Seguridad Social para la perfección del permiso de residencia, parecería más lógico eximirlo en este supuesto, si el informe del Ayuntamiento recomienda que no se exija el contrato de trabajo.

Muy correctamente, el arraigo es una de las excepciones de la inadmisión a trámite de las solicitudes presentadas por extranjeros con una orden de expulsión, y el otorgamiento de la autorización temporal tampoco exige la consideración de la situación nacional de empleo ni límite geográfico o de actividad en el permiso de trabajo. Algunas condiciones son comunes a todos los permisos por arraigo:

- La duración de la autorización por un año y de la primera renovación por otro año (45.6); después se producirá la aplicación de la normativa general sobre renovación de permisos.
- La autorización de residencia por arraigo comporta en todos los casos la autorización para trabajar (45.7).
- Las autorizaciones deberán ser solicitadas personalmente por el interesado y no requerirán visado (46).
- Se requerirá la presentación del pasaporte y de la documentación acreditativa de cada uno de los tipos de arraigo, así como certificado de antecedentes penales (46, varios apartados).

Es obvia la diferencia entre estos tipos de arraigo que está vigente y los previstos por el reglamento anterior y conviene esperar a la práctica para ver el alcance de las normas expuestas, pero se nota especialmente la desaparición de la regularización personal por transcurso del tiempo de la anterior normativa (5 años), que podía ser útil como cláusula de cierre para situaciones difíciles.

La necesidad de configurar un estatuto jurídico para los extranjeros expulsados que no pueden ser repatriados

En España, como en los demás países europeos, la expulsión es la sanción más rotunda para los extranjeros que carecen de permiso de residencia que se encuentran en situación irregular. A la vista del volumen que alcanza esta irregularidad en España es fácil concluir que el número de expulsiones dictado cada año es muy alto. Pero el proceso de ejecución de una orden de expulsión no es sencillo y diferentes razones pueden impedir su ejecución, desde el coste económico del viaje (por ejemplo, a China) y otras dificultades administrativas, hasta la negativa de los países de origen a readmitir a sus ciudadanos, así como las previsiones legales y de derecho internacional que prohíben la expulsión cuando pone en peligro la vida, integridad física y otros derechos del extranjero. En distintos momentos se ha reconocido oficialmente que, de hecho, la expulsión sólo se realiza en una minoría de casos, que en los últimos años oscila en torno a una tercera parte de las miles de expulsiones decretadas. Cada año, por tanto, la propia normativa de extranjería genera la aparición de decenas de miles de irregulares expulsados que continúan en España porque alguna circunstancia impide a la administración la ejecución de la sanción de expulsión.

No se trata de examinar ahora el alcance de estas causas, pero sí hay que subrayar el carácter estructural de la inejecución de las órdenes de expulsión, común a la práctica totalidad de países europeos. Un esfuerzo económico y administrativo mayor podría incrementar el porcentaje de resoluciones efectivamente ejecutadas, pero en todo caso una amplia parte de las mismas resultará imposible de ejecutar por las propias limitaciones jurídicas inherentes al Estado de Derecho (supuestos de *non refoulement*, carencia de familiares en el país de origen) y, por tanto, esta situación de una persona sancionada con una expulsión que no se ejecuta no puede considerarse un simple problema de eficacia administrativa sino que constituye un supuesto de garantía de derechos humanos.

La normativa actual carece de solución para el problema: la resolución de expulsión supone la pérdida del permiso de residencia, independientemente de su ejecución, pero no existe consideración específica del estatuto jurídico del extranjero con una orden de expulsión que, por alguna razón, no pueda ejecutarse. Los problemas que derivan de esta laguna legal y de la consiguiente indefinición de la situación del extranjero afectado son graves, porque el extranjero se encuentra en una especie de limbo jurídico que le impide trabajar y acceder a los servicios sociales. Las vías legales hipotéticas de corrección (revocación o prescripción) resultan prácticamente inviables, por los difíciles requisitos de la revocación de la decisión de expulsión adoptada por la propia Administración y la amplitud del plazo (diez años) que requiere la prescripción de la sanción, y las dificultades de actuación son especialmente relevantes, si cabe, para las administraciones prestadoras de servicios.

Para encontrar una solución a la situación, de *lege ferenda*, conviene explicitar el conflicto de bienes que supone a fin de lograr su protección más adecuada: por una parte, el mantenimiento de la decisión administrativa adoptada en aplicación de la ley (se entiende que la decisión de expulsión se adopta con toda legalidad), y por otra, la dignidad de una persona que ni puede trabajar ni optar a solución legal alguna para su manutención.

La situación de los miles de extranjeros que cada año reciben una orden de expulsión que no se puede ejecutar parece ser contraria al principio de la dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad que proclama el art. 10.1 de la Constitución y ello debería conducir a una urgente reforma normativa que, como sucede en otros estados europeos, tome en consideración tanto la finalidad pública que han conducido a la expulsión como la dignidad del extranjero que precisa un desarrollo vital mínimo mientras la expulsión no sea posible. Incluso razones más pragmáticas deberían evitar la creación de bolsas de marginación como pueden formarse a partir de estos extranjeros sin alternativas legales de trabajo ni acceso a los servicios sociales.

En esta línea, el derecho alemán tradicional (y en términos formalmente diferentes pero preocupados por la misma situación también el nuevo derecho) propone una solución que puede resumirse en los siguientes términos: previsión de un procedimiento administrativo que permita acordar un estatuto precario para los extranjeros con una orden de expulsión que no se puede ejecutar, de manera que se mantiene la posibilidad de proceder a la ejecución de la expulsión pero no se excluye la recepción de ayudas sociales o, excepcionalmente, el acceso al trabajo. Existe además un plazo máximo de duración de este estatuto que, una vez transcurrido sin culpa del extranjero, posibilita el tránsito a la regularidad.

En Suiza y otros países existen previsiones semejantes y, basadas en ellas, pueden avanzarse algunas ideas básicas para una reforma legal que parece urgente, desde todos los puntos de vista.

El carácter precario de la permanencia del extranjero expulsado ha de acompañar a cualquier solución que se adopte (sea concesión de un permiso temporal o suspensión de los efectos de la expulsión por un cierto plazo), de manera que se mantenga la posibilidad de realizar la expulsión en cuanto desaparezcan las condiciones que han impedido su ejecución.

Así la posibilidad de desarrollo vital del extranjero que ha sido sancionado con expulsión no significa renunciar al ejercicio de la potestad punitiva cuando desaparezcan tales obstáculos.

El contenido principal del estatuto del expulsado pendiente de repatriación ha de posibilitar la asistencia social y el acceso al trabajo. Este sería el mínimo de derechos para el extranjero pendiente de expulsión, que debiera incluir el acceso a programas de formación e inserción laboral, todo ello sin perjuicio de la ejecución de la expulsión en cualquier momento.

El fundamento de este estatuto consiste en que el extranjero con orden de expulsión no ejecutada se encuentra en esta situación porque la Administración, por motivos no imputables al extranjero, no ha conseguido llevar a buen término su decisión, actuando con respeto a los principios del Estado de Derecho; por tanto, el extranjero no tiene más remedio que permanecer en España y ello exige que se le permita una subsistencia mínima.

Cabe plantearse la alternativa entre un estatuto que sea simple resultado de la no realización de la expulsión y un estatuto que consista en una situación de tolerancia como respuesta excepcional de la Administración adoptada mediante el procedimiento adecuado. En este segundo caso se trata incluso de formalizar la existencia de obstáculos a la expulsión de manera individual, valorando tanto la situación personal del extranjero como los bienes jurídicos protegidos por la sanción de expulsión y las causas de imposibilidad de ejecutarla. Esto permitiría que la ponderación de ambas finalidades diera lugar a resultados muy diversos de acuerdo con la situación fáctica del extranjero, la infracción cometida, las causas que impiden la ejecución de la expulsión o los intereses públicos presentes en el caso concreto, en especial a la búsqueda de situaciones intermedias que permitan simultáneamente una eventual ejecución de la expulsión y el desarrollo vital mínimo del extranjero.

Sería conveniente prever un procedimiento con participación de las administraciones autonómicas y locales en la decisión, porque suelen ser estas administraciones las que cobran conciencia de la situación especialmente grave desde el punto de vista social de un extranjero, o las que han de resolver problemas de orden público o de riesgo social derivados de la situación marginal de este grupo de personas. Por esto parece razonable establecer una vía formalizada que permita a las administraciones afectadas ponerse en contacto y discutir una solución que necesita de la actuación de todas ellas. Sin que la competencia para resolver deje de pertenecer a la Administración del Estado cabe prever mecanismos de informes preceptivos o incluso deberes de especial consideración de la opinión de las otras administraciones que mejoren el proceso de decisión.

Un enfoque realista para los menores inmigrantes en desamparo

El sector de los menores inmigrantes que se encuentran solos y en situación de desamparo, especialmente en algunas ciudades grandes, resulta un sector poco numeroso –en términos relativos– pero despierta una

gran atención de los medios de comunicación por diferentes razones. La inmigración en este caso, como en tantos otros ámbitos jurídicos, obliga a replantear el enfoque del derecho que se venía manteniendo (la protección de menores), aunque en este caso se trataría especialmente de introducir un enfoque un poco realista, de acuerdo con las características que presenta el sector social.

El estatus internacional y constitucional de los menores

Los niños han sido siempre, y continúan siendo, la parte más débil de la sociedad y, por tanto, es lógico que las leyes hayan perseguido los abusos más frecuentes (las primeras leyes inglesas a mediados del siglo XIX introdujeron la prohibición del trabajo hasta los 10 y los 12 años) y hayan creado instituciones específicas para la protección de los menores, como hizo por primera vez en España una ley de 1904). También esta debilidad de los niños explica –en los parámetros de la historia del derecho– que hayan sido las normas del derecho internacional las más avanzadas en su protección; tras una primera Declaración de Ginebra de 1924, la ONU formuló la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y más recientemente ha aprobado la Convención sobre los Derechos del Menor, de 1989, que es un auténtico tratado internacional de obligado cumplimiento para todos los estados signatarios (España lo ratificó en 1990).

La Constitución española de 1978 conectó con esta misma dinámica moderna de atender la protección de los menores porque en el art. 39.4 realiza un avance poco frecuente al recoger los progresos que pueda realizar el derecho internacional, diciendo:

“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

Esta remisión significa una “constitucionalización” de los acuerdos internacionales que protejan a los menores, no sólo como hace en general el art. 10.2 CE al utilizar los tratados como interpretación del derecho interno sino de forma mucho más rigurosa y estricta, provocando la inconstitucionalidad de las leyes y demás normas españolas que resulten contrarias al contenido de los tratados que protegen a los menores.

La trascendencia de esta opción se ha manifestado en la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Menor, aprobada diez años después de la Constitución, porque dota de fuerza normativa constitucional al contenido de la Convención, que es francamente avanzado. Aunque aquí se limite a una mera referencia, es preciso tener en cuenta que la Convención prohíbe la distinción de la protección pública entre los nacionales y los extranjeros, que configura el “interés superior del menor” como criterio de las decisiones públicas, y que reconoce como voluntad del menor la expresión que él mismo realice, aunque su influencia venga modulada por la edad. A partir de estos principios jurídicos la Convención recoge derechos de los menores configurados como auténticos derechos públicos subjetivos merecedores de la máxima garantía.

Si la primera ley de extranjería ignoró a los menores, las leyes de 2000 les prestó una atención que no ha cesado de crecer y se mani-

fiesta también en las normas reglamentarias, tanto del Estado como de las CCAA, que son las competentes en cuanto a los servicios de protección de menores. De hecho, la tutela de menores inmigrantes no acompañados por familiares o adultos implica a las diversas administraciones públicas. La detección de menores en esta situación corresponde tanto a los servicios sociales de los entes locales o de la Comunidad Autónoma correspondiente como a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. La atención de urgencia al menor y todo el proceso hasta la declaración y asunción de la tutela del menor corresponde a las CCAA, pero si se produjera la repatriación del menor a su país de origen la operación sería realizada por el Estado. Todo este proceso deriva de la regulación realizada por el art. 35 de la LO 4/2000 y en los artículos correspondientes del Reglamento, que han sido objeto de varias reformas menores.

Las CCAA, además de prestar asistencia material y personal a los menores, realizan la tramitación de su documentación de residencia y trabajo (e incluso nacionalidad), y aseguran la formación educativa y laboral necesarias para transitar hacia la mayoría de edad. En cada comunidad autónoma la tutela corresponde a la dirección general correspondiente de atención a los menores, generalmente encuadrada en la Consejería de Bienestar Social o denominación equivalente.

La característica específica de los menores inmigrantes consiste en que su faceta de menores implica que no se pueda aplicar sin más la sanción de expulsión prevista por la ley de extranjería. El art. 35.3 de la ley vigente plantea dos alternativas: la devolución al país de origen o aquel en que se encontraran sus familiares (en virtud de un supuesto principio de reagrupación familiar) o su permanencia en España, tutelados por la Administración pública. Esta regulación podría parecer razonable hace diez años, porque había muy pocos menores extranjeros sin familiares en España y los que había podían integrarse en las previsiones generales, pensadas para los menores españoles que precisaban la tutela de la Administración pública por las deficiencias familiares. Cuando la inmigración se incrementa, especialmente a partir de los años noventa, también aumenta el número de jóvenes extranjeros que llegan con sus padres, son reagrupados o incluso ya nacen aquí. Naturalmente la institución de la protección de menores les es aplicable igual que a los nacionales, pero el fenómeno que ahora abordamos es muy distinto y específico.

Las exigencias particulares del fenómeno actual de los menores no acompañados de origen marroquí

Entre 1998 y 1999 en las principales ciudades españolas o en sus áreas metropolitanas aparecen grupos de jóvenes, mayoritariamente entre 14 y 17 años, provenientes de Marruecos que han entrado en España de forma ilegal (en los bajos de los camiones, en pateras...) y sin tener ningún familiar que les pueda ayudar. Inicialmente estos jóvenes pretenden trabajar y enviar dinero a su familia y por ello rechazan continuar estudiando y permanecer en residencias de menores, o si lo aceptan como mal menor, se escapan en cuanto aparece algún problema. Si en la primera etapa pueden ser unos cuantos cen-

tenares, hacia el año 2005 se habla de algunos millares, pero al manejarse cifras de paso por las residencias oficiales probablemente se tiene poco en cuenta que son jóvenes que entran y son detectados por Andalucía, pasan a Madrid y se trasladan después a Barcelona o Bilbao, cuando no siguen a Marsella u otras ciudades europeas, casi siempre aprovechando las ayudas públicas pero huyendo al mismo tiempo del sometimiento a los planes de formación, cuando existen. Aunque es difícil generalizar, la mayoría malviven entre las residencias públicas y los pequeños trabajos o/y los hurtos, pero suscitan un enorme recelo en la opinión pública por la amenaza para la seguridad pública que pueden representar. La propia aparición en las ciudades y su deambular como grupos relativamente numerosos de jóvenes árabes contribuye a suscitar inquietud social.

El art. 92 del Reglamento de 2004 vigente desarrolla las dos alternativas previstas por la ley de extranjería para los menores en situación irregular que carecen de familiares en España, la repatriación o la asunción por la protección de menores.

La decisión sobre el retorno al país de origen corresponde al Estado (Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno), tras el informe de los servicios de protección de menores de la comunidad autónoma, y después de haber oído al menor, y se acordará sólo si concurren las condiciones para la reagrupación familiar del menor o para su adecuada tutela por los servicios de protección de menores del país de origen. Añade el 92.4, 5º párrafo que no procederá la repatriación cuando se hubiera verificado la existencia de riesgo para la integridad del menor o persecución sobre él o sus familiares.

El núm. 5 del art. 92 plantea la alternativa: “Transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores...” si la repatriación no hubiera sido posible, se procederá a otorgar al joven la autorización de residencia y quedará bajo la tutela de la protección de menores. Si alcanzara la mayoría de edad sin tener aún la autorización, la entidad de protección recomendará que se le conceda una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales.

Esta normativa, reformada tras la aparición pública de los grupos de menores sin familia manifiesta ya no acompañados revela ya el alejamiento respecto al principio garantista de la Convención: frente al principio del interés superior del menor se baraja un supuesto principio de reagrupación familiar del menor, la posibilidad de retorno al país de origen o aquel en que se encuentren los familiares se amplía enormemente en el reglamento a un supuesto distinto, la tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen, y finalmente el reglamento abre la mano a la discrecionalidad de la administración al aceptar el retorno con la única salvedad de que “se hubiere verificado” (¿cómo?) la inexistencia de riesgo para la integridad del menor o persecución de sus familiares.

Pero la práctica administrativa es aún peor que la norma. Parece que los menores tratados por las administraciones autonómicas carecen de todo programa de formación (limitándose a pasar el tiempo), la

situación de los centros de protección de menores es tan lamentable e insuficiente que ha sido denunciada por varios informes del Defensor del Pueblo y de las instituciones equivalentes de las CCAA, y en general destaca la falta de medios, aunque esta afirmación exigiría un repaso de las CCAA para comparar las plazas disponibles y las necesarias para atender a los jóvenes inmigrantes sin familia.

Pero en realidad el problema principal es la falta de ideas claras respecto al tratamiento que merecen estos jóvenes inmigrantes, una vez comprobada que su estancia en España responde a un proyecto inmigratorio mal planteado (porque la minoría de edad o su falta de preparación les impide trabajar como desearían) y no tiene nada que ver con los supuestos generales de protección de menores. Obviamente se trataría de imaginar un plan de formación específico que respetara el criterio de que los menores no trabajen pero al mismo tiempo responda mínimamente a sus expectativas, y si parece arriesgado moverse en esta dirección por el eventual efecto llamada, pactar con Marruecos las condiciones de su protección eficaz.

La respuesta más general no ha seguido esta orientación sino que se ha movido, tanto en el Estado como en las CCAA, por la vía de aumentar la represión: en 2002 Cataluña reformó la ley para permitir la privación de libertad por períodos de un mes prorrogables –sin intervención del juez– y en el año 2003 se hizo famosa una circular del Fiscal General del Estado que recomendaba la repatriación sistemática de los menores, desautorizando la protección internacional y constitucional.

La segunda vía, orientar a los menores hacia la formación profesional, ha tardado tanto en abrirse paso y lo hace de manera tan cicatera que apenas puede considerarse una realidad. Recientemente, a principios de diciembre (2005) informaban fuentes oficiales sobre el número de estos menores y las escasas repatriaciones realizadas durante el año: de los 4.441 menores acogidos en centros de protección, sólo 81 han sido repatriados a Marruecos. El comentario que realiza el titular del diario *El País* no parece muy favorable a los derechos de los menores (“Las garantías legales y la escasa respuesta de Marruecos frenaron las devoluciones en 2004”) pero resulta aún más significativa la solución que propone la administración y recoge el mismo diario: “España contribuirá a la construcción en Marruecos de dos centros con capacidad para cincuenta personas cada uno”.

Seguramente la legislación internacional es poco adecuada a las nuevas situaciones que genera la inmigración y las normas deben responder a ritmos de cambio acelerados, pero la falta de interés y de medios de la Administración queda representada por esa oferta de 100 plazas de formación para un colectivo que, yendo a contracorriente de todas las leyes, suma 4.500 jóvenes, según la propia Administración.

Nota bibliográfica

La situación irregular de los inmigrantes tiene bastantes estudios sociológicos pero pocos jurídicos. Entre estos destaca, Pablo SANTOLAYA, "Los inmigrantes en situación irregular: derechos, expulsión y regularización (1990-2004)", en AJA E. y ARANGO, J., *Veinte años de inmigración en España*, Barcelona, Cidob, 2006, pp. 129-144. La configuración del arraigo por el reglamento de 2004 es aún reciente, pero pueden verse noticias y comentarios en la excelente página de extranjería del Colegio de Abogados de Zaragoza. La propuesta de un estatuto precario para los inmigrantes que reciban una orden de expulsión que no se ejecuta se debe sobre todo a Eduard ROIG y sus ideas, expuestas en varias publicaciones, y que pueden verse resumidas en "La situació de l'estranger objecte d'una expulsió no executada", *Anuari de la immigració a Catalunya, 2000*, Barcelona, Ed. Mediterrània. P. 57-60. Sobre los menores, incluyendo la reforma de la ley catalana citada, David MOYA, "La intervención sobre los menores inmigrantes desamparados en Cataluña", en *Revista Migraciones*, num. 12, 2002, pp. 103-139 y Angeles de PALMA, "La instrucció 3/2003 del fiscal general de l'Estat sobre la procedencia del retorn d'estrangers menors d'edad que pretenquin entrar il·legalment a Espanya i en els quals no concorri la situació jurídica de desemparament", *La immigració a Catalunya avui, Anuari, 2003*, Barcelona, 2004, Ed. Mediterrània, pp. 104-113. En general, entre otros, el libro coordinado por E.AJA y D. MOYA, *Els menors immigrants en desemparament a Catalunya*, Barcelona, F. Pi i Sunyer, 2003.