

# Nuestra errática normativa sobre extranjería. Especial referencia a las regularizaciones y al arraigo

Celsa PICO LORENZO

## I. INTRODUCCION: EVOLUCION DE LA INMIGRACION EN ESPAÑA. REFERENCIA AL PROGRAMA REGULADOR DE LA EXTRANJERIA PARA LOS AÑOS 2001-2004

Ante la dificultad de cifrar la realidad tomaremos como referencia los datos publicados en la Resolución de 17 de abril de 2001, de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros del día 30 de marzo de 2001, por el que se aprueba el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración (Programa GRECO).<sup>1</sup>

Así conocemos que desde 1981, año en que el número de extranjeros residentes en España se cuantificaba en 198.042, hemos pasado a 801.329 en el año 1999. Predominan los extranjeros de régimen comunitario que ascienden a 418.374, mientras los de régimen general, o extranjeros a los efectos que aquí nos interesan, sólo alcanzan la cifra de 382.955. De éstos sólo se reputan trabajadores extranjeros los que han obtenido la correspondiente autorización o permiso de trabajo totalizando, a fines de 1999, 172.838, predominando los procedentes del continente africano, sobre todo Marruecos.

Es indudable que no parecen ajustarse a la realidad las cifras de extranjeros en situación irregular. Oficialmente sólo se tiene en cuenta las cifras de expulsiones (20.103 resoluciones) y devoluciones (16.928) acontecidas en 1999.

Si las contraponemos a las 246.089 solicitudes de regularización presentadas durante el proceso del año 2000 de las que, según la citada Resolución, se ha resuelto favorablemente 137.454, constatamos la existencia de un rampante mercado laboral secundario que, con relativa frecuencia, puede conllevar infrasalarios y ausencia de derechos laborales.<sup>2</sup>

Los ciudadanos extranjeros se concentran mayoritariamente en Madrid, Barcelona, el litoral mediterráneo y los dos archipiélagos. En Canarias y Baleares predominan las personas procedentes de países de la Unión Europea, mientras en el litoral de Levante coinciden nacionales de Estados miembros de la Unión Europea —notoriamente residentes jubila-

dos— y ciudadanos marroquíes —esencialmente trabajadores del sector agrícola o de la construcción—. Las grandes áreas urbanas, Madrid y Barcelona, acaparan el sector servicios.

A la vista de tales datos considera el Gobierno que el fenómeno no tiene las mismas características que en países como Alemania, Francia o el Reino Unido. Sitúa a España en situación privilegiada para aprovechar otras experiencias, aunque la cruda realidad acredite una errática política con ausencia de decisiones meditadas ante probables conflictos. Se sostiene que es previsible continúe el flujo migratorio existente. Aserto cierto al constatar que, a fines del año 2000, la cifra de ciudadanos extranjeros alcanzó la suma de 1.233.220 personas. Manifiesta también que el aumento de la previsión migratoria supondrá un incremento de los flujos irregulares que utilizan las redes de tráfico de personas, para las que el territorio español no es sólo punto de destino, sino también de tránsito hacia otros Estados, cuyos controles fronterizos en las rutas desde España han sido eliminados o reducidos sustancialmente.

Y las líneas básicas del citado programa las reconduce, entre otros puntos, a la *integración de los residentes extranjeros y sus familias que contribuyen activamente al crecimiento de España y la regulación de los flujos migratorios para garantizar la convivencia en la sociedad española*. Considera que han de determinarse el número de inmigrantes que anualmente necesita España, su cualificación y su tipología, los cuales se incorporaran al mercado de trabajo en igualdad de condiciones que los españoles, siendo oportuna la ordenación de la llegada de inmigrantes desde los países de origen, mediante la firma de Convenios que contemplen todos los aspectos del fenómeno migratorio y el codesarrollo de los países de origen y tránsito de los inmigrantes.

Tras exponer que España tiene ciudadanos propios sin empleo y dos millones de emigrantes razona que *la inmigración ilegal y la permanencia ilegal de estas personas entre nosotros no puede ser permitida*.

## 2. APUNTES SOBRE EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. LOS AVATARES LEGISLATIVOS Y LA INABORDABLE REALIDAD

El ordenamiento español, en apenas 20 años, ha sufrido grandes modificaciones en la regulación del derecho concerniente a los extranjeros. Básicamente en lo que se refiere a las condiciones de acceso al territorio y obtención de los correspondientes

<sup>1</sup> Datos coincidentes con el "Anuario de Migraciones, 2000" publicado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y del que se extraen el resto de las cifras indicadas salvo que se señale otra fuente.

<sup>2</sup> Publica el Diario "El País" de fecha 18 de febrero de 2001 que en respuesta escrita del Gobierno a un diputado de la oposición manifiesta que la Inspección de Trabajo y Seguridad social cifra en 2.368 millones de pesetas el importe de las infracciones detectadas en materia de contratación laboral durante el año 2000.

permisos de estancia y trabajo. Al igual que en otros Estados de nuestro entorno más próximo ha intentado adaptarse a un fenómeno no previsto por la legislación ni por las estructuras sociales como es el rápido cambio de país de emigración a Estado receptor de emigrantes, bien para establecerse, bien como cabeza de puente para acceder a otros estados de la Unión Europea.

Hemos pasado de una norma preconstitucional de reducido articulado a sendas Leyes Orgánicas que, sucesivamente (Ley Orgánica 7/1985; LO 4/2000, sobre Derechos y libertades de los extranjeros y su integración en España, reformada por la LO 8/2000, con idéntico título), han incrementado su articulado. Si respecto a la primera hubo de pronunciarse el Tribunal Constitucional acerca de la inconstitucionalidad de algunos artículos respecto a la última pende pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca de la no atribución legal del derecho de reunión-manifestación, asociación, sindicación y huelga de los residentes irregulares, derecho que si fue concedido en la redacción inicial de la LO 4/2000.

Fue, sin embargo, la normativa dictada con anterioridad a la Constitución, y en tiempos con reducida presencia de ciudadanos extranjeros, la que contribuyó a sentar los parámetros de interpretación de los derechos de los ciudadanos extranjeros.

El primer encuentro significativo del Tribunal Constitucional con la materia de extranjería se produjo, Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, al entablar un recurso de amparo un ciudadano uruguayo. Afirmó el máximo intérprete constitucional que *constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre extranjeros y españoles en el acceso al trabajo*, distinguiendo entre derechos innatos a todos, independientemente de su nacionalidad o situación irregular, por considerarlos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana con referencia a los Tratados y acuerdos internacionales sobre la materia: derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad personal e ideológica, etc. y aquellos otros que no son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, en que habrá que acudir a lo establecido en Tratados y Leyes.

Luego añadió que la libertad de circulación a través de la frontera del Estado y el concomitante derecho a residir dentro de ellas (STC 94/1993) no es un derecho imprescindible para la realización de la dignidad humana ni pertenece, por tanto, a todas las personas como tales.

Más recientemente en la STC 24/2000, de 31 de enero, recuerda que, en alguna ocasión (STC 242/94, 20 julio) había manifestado que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos —no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros de su territorio— respetando, eso sí, los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma.

Vemos, pues, que el transcurso de quince años entre la Ley 7/1985 y la Ley 4/2000 no obedeció a la benignidad de la Ley. Algunos artículos habían sido

declarados no constitucionales por el Tribunal Constitucional otros fueron objeto de interpretación conforme a la Constitución para ser salvados. Su permanencia y estabilidad, pese a su pronta obsolescencia, se debió a la ausencia de voluntad política en reformarla. Acudió el Ejecutivo a normas de inferior rango, como el RD 155/1996, de 2 de febrero, Reglamento de ejecución de la Ley orgánica de derechos y libertades de los extranjeros, LO 7/1985, para adecuar la normativa a los nuevos tiempos, incurriendo en reformas contra legem, unos favorecedoras de los derechos de los extranjero y otras limitativas de aquellos. Bastantes de aquellas previsiones han alcanzado rango legal al incorporarse a la LO 4/200, de 11 de enero.

El efecto positivo de esta ilógica situación ha sido que, el notorio aumento de la litigiosidad en el ámbito de la extranjería, dada la existencia previa de recursos administrativos desestimatorios, ha permitido que la jurisprudencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como encargada del control de los actos de la Administración pública, aclarase a lo largo de estos años puntos oscuros o interpretase las normas colmando defectos de origen<sup>3</sup>. En demasiadas ocasiones el reconocimiento de los derechos en litigio se ha prolongado en exceso en el tiempo dada la pandémica demora jurisdiccional<sup>4</sup>. Pero, aún así, se han consolidado interpretaciones favorables a la integración de los ciudadanos extranjeros no tomadas siempre en cuenta por la nueva legislación.

No obstante los avatares legislativos, bandazos reglamentarios, acuerdos del Consejo de Ministros de naturaleza jurídica difícilmente clasificable, resoluciones administrativas, decisiones publicadas poco ortodoxamente, etc. muestran que ni el Poder Legislativo ni el Poder Ejecutivo se han preparado de forma que, en el ámbito jurídico, se pueda encauzar los nuevos retos que suponen los flujos migratorios ilegales.

La legislación, entendida en sentido amplio —desde las Leyes a las Resoluciones, Instrucciones pasando por los Reglamentos— es compleja, en ocasiones farragosa o incluso oscura, sin una clara política de extranjería no obstante las afirmaciones programáticas en sentido contrario<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> A título de ejemplo en materia de exención de visado SSTs 6 junio 2000, recurso casación 2267/1996, 21 de mayo de 2000 recurso de casación 1134/1997; o en materia de suspensión de la orden de abandono del territorio español al apreciarse arraigo en el mismo STS 2 de junio de 2001, recurso de casación 1486/1999, con un amplio recordatorio de la doctrina sobre la materia

<sup>4</sup> Cfr. STS 11 junio de 2001, recurso casación 9572/1995, relativa a la regularización de 1991, retrotrayéndose actuaciones; STS 19 de febrero de 2000, recurso 270/1996 respecto una expulsión, que se anula, acordada por un Gobernador civil en julio de 1992.

<sup>5</sup> Ni siquiera a raíz de la promulgación de una nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, 29/1998, de 13 de julio, se ha considerado específicamente la materia en la asignación de competencias a los juzgados de lo contencioso-administrativo, recién entrados en funcionamiento, y a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia. Han existido discrepancias entre distintos órganos jurisdiccionales declarándose competentes o incompetentes para conocer de los recursos finalmente zanjadas formalmente por el Tribunal Supremo en Auto de 20 de octubre de 2000, reiterado en otro de 3 de abril de 2001, aquí ya resolviendo una cuestión de competencia negativa. La importancia de la materia provocó, incluso, que el Consejo General del Poder Judicial al informar

La ausencia de claridad política ante el fenómeno migratorio conlleva que las normas no afronten la plena realidad. La última reforma legislativa Ley 8/2000, de 22 de diciembre, llevada a efecto sobre la Ley 4/2000, de 11 de enero nada significativo aporta al control del flujo migratorio si nos atenemos a lo que cada día publicitan los medios de comunicación social y observamos nuestro entorno. Sin embargo, su Preámbulo afirma que, durante la vigencia —ni siquiera un año— de la Ley 4/2000, se han detectado aspectos en los que la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de las normas.

Es constatable que restringe las posibilidades de entrada y de regularizar la situación de aquellos que se encuentren en situación irregular partiendo de establecer un régimen de situaciones y permisos que incentiven a los extranjeros a entrar y residir en España dentro del marco de la regularidad, frente a la entrada y estancia irregular, en palabras del Preámbulo. El acceso a las ofertas de trabajo encuadrables en los contingentes anuales se circunscribe a los extranjeros que no se hallen ni sean residentes en España sin afrontar debidamente la realidad de los residentes irregulares.

La vigente LO 4/2000, tras la reforma llevada a cabo por la LO 8/2000 *reconoce a los extranjeros el derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia* siempre y cuando tuvieren la condición de *residentes legales*.

Para alcanzar la condición de *estancia legal* —inferior a 90 días— establece la norma que es preciso entrar *por los puestos habilitados al efecto, provisto del pasaporte o documento de viaje, del correspondiente visado salvo que un Tratado lo exonerase y acreditar medios de vida suficiente para el tiempo que pretenda estar en España y no estar sujeto a prohibiciones expresas*.

La condición de *residente legal* requiere la obtención del oportuno permiso tras haber accedido al país por puesto habilitado al efecto y del correspondiente visado, de residencia, o, en su caso, para trabajar. Los extranjeros que quieran realizar en España una actividad lucrativa por cuenta propia o ajena deben obtener previamente la correspondiente autorización administrativa.

El visado constituye el instrumento de orientación de la política inmigratoria endureciéndose las condiciones de concesión a fin de controlar y controlar el flujo migratorio legal. Debe solicitarse ante la Misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida el ciudadano extranjero. El vigente Reglamento regula prolijamente todos sus aspectos.

Siguiendo la línea apuntada por la LO 7/1985, posteriormente desarrollada por su Reglamento de 2 de febrero de 1996, la nueva redacción de la LO 4/2000, artículo 38, se decanta plenamente por la integración socio-laboral del trabajador extranjero. Se regula la *imperatividad de la renovación del permiso de trabajo ante la concurrencia de determinadas circunstancias*. Supone conferir estabilidad a la residencia.

Las sucesivas regularizaciones abiertas cada vez que se ha producido una modificación legislativa o reglamentaria muestran un número de inmigrantes en situación irregular notablemente superior a los cálculos que, por adelantado, hubiere efectuado la Administración. Evidencian que un cierto porcentaje de los ciudadanos extranjeros que demandan su regularización, y por tanto muestran voluntad de integrarse, llevan largo tiempo residiendo en España y, en bastante supuestos, entraron legalmente. Así algunos han gozado en algún momento de permiso de residencia o trabajo que no renovaron a su vencimiento u obtuvieron una denegación. Es obvia una cierta perversidad del sistema abocando a la irregularidad que no se vislumbra finalice. Diversos provienen del status de no residentes como los estudiantes y otros muchos del de extranjeros en tránsito o turistas provistos o no de visado.

El paso del tiempo muestra, además, la ineficacia de las medidas desarrolladas para abordar la realidad de la presión migratoria en las fronteras con Estados cuyos nacionales ejercen presión migratoria o asumen a nacionales de otros estados instalados irregularmente en dicho territorio. Tal es el caso del Estrecho de Gibraltar y las islas orientales del archipiélago canario.

Acabado el año 2001 puede concluirse que el incremento de pateras ha sido notable tanto para acceder a la península atravesando el Estrecho de Gibraltar desde la costa norteafricana como desde la costa occidental africana para acceder a las Islas Canarias sin que existan suficientes centros de acogida para atenderlos respetando mínimamente sus derechos como personas. Tampoco está debidamente articulado el futuro documental, es decir la obtención de un status de regularidad mediante el disfrute de los correspondientes permisos de los ciudadanos extranjeros que tras haber alcanzado territorio español, Ceuta o Melilla, son enviados a la península por las autoridades gubernativas.

De este panorama errático también es destacable lo acontecido en los primeros meses del año 2001 año en que ciudadanos extranjeros residentes irregularmente en territorio español procedían a encerrarse en iglesias (caso de Barcelona) o a formar largas colas en las Subdelegaciones del Gobierno (Almería, Murcia, Barcelona, Huelva, etc.) en espera de regularizaciones inciertas negadas reiteradamente por la Administración que, finalmente, si han tenido lugar.

Así, antes de la entrada en vigor, el 1 de agosto del 2001, del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, aprobando el Reglamento de ejecución de la Ley 4/2000, de 11 de enero, reformada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, se puso en marcha otra regularización no especificada en Disposición Transitoria alguna del mencionado Reglamento como, en cambio, si había acontecido con el dictado del Reglamento de 1996, aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, mientras también se ha producido otra regularización, no apoyada en las mencionadas disposiciones, respecto de los encerrados en Iglesias de Barcelona.

Dada la situación expuesta no se vislumbra la,

el Proyecto de reforma de la LO 4/2000, plasmado finalmente en la LO 8/2000, hiciese una consideración sobre la oportunidad de poner en la Ley Orgánica a reformar una disposición reguladora de la competencia jurisdiccional objetiva.

pretendida, eficacia del marco de referencia a que más arriba se hizo mención. Máxime si tenemos en cuenta lo acontecido tras el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre del 2001, determinando contingente de trabajadores no comunitarios para el año 2002, cuya impugnación ha sido anunciada<sup>6</sup>. Se prevé en la Circular 1/2002, en desarrollo de aquel acuerdo, que *las solicitudes de permiso de trabajo y de residencia del denominado régimen general presentadas a partir del día 14 de enero de 2002, relativas a ofertas de empleo que puedan cubrirse a través del contingente anual o a través del mecanismo previsto para complementar el mismo, serán inadmitidas a trámite por considerar que se presentan según procedimiento inadecuado. La resolución correspondiente se emitirá según el modelo que consta en la Addenda XII de esta circular.*

De forma harto dudosa con los principios de la legislación sobre procedimiento administrativo y el propio Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, se ha llegado a colocar un cartel en dependencias de la Oficina de extranjería de Barcelona<sup>7</sup> diciendo que *En cumplimiento de lo ordenado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, no podrán presentarse en esta oficina solicitudes de permiso de trabajo y residencia iniciales con ofertas nominativas, salvo las previstas en los artículos 71, 76, 77 y 79 del Reglamento, rechazando, al parecer, tales presentaciones. De ser presentadas obtienen el modelo antedicho. Cabe también obtener con inusitada rapidez, 10 días, la adopción de un acuerdo denegatorio sustentado en el modelo de la Addenda XIII del siguiente tenor: Denegar el permiso de trabajo solicitado, al concurrir la causa prevista en el artículo 71.4.a) del citado Reglamento —RD 864/2001, de 20 de julio—, por considerar que existe suficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional capacitados para atender la concreta oferta de empleo de la empresa, en virtud del Acuerdo del Consejo de Ministros adoptado en su reunión del 21 de diciembre de 2001 (BOE del 12 de enero de 2002), que fija el contingente de trabajadores extranjeros para el año 2002, teniendo en cuenta las necesidades de mano de obra a nivel nacional durante dicho año, sin perjuicio de la capacidad de los servicios públicos de empleo de realizar propuestas como complemento del contingente, cuando se detecten necesidades del mercado de trabajo.*

<sup>6</sup> Publica el Diario *El Mundo* de 16 de febrero 2002 que CCOO anunció el día anterior que recurriría el acuerdo del Consejo de Ministros del 21 de diciembre de 2001 invocando que contradice y modifica la Ley de Extranjería.

<sup>7</sup> Es de presumir que en todas aquellas provincias en que se ha fijado contingente de trabajadores extranjeros. Curiosamente en el Acuerdo de 21 de diciembre de 2001 se echa de menos la presencia de la provincia de Madrid, salvo para trabajadores de temporada. Ello provoca que en Madrid pueda interesarse solicitudes de asistentes domiciliarios —sector de actividad frecuente en este ámbito— por el régimen general, mientras en otros territorios, caso de la provincia de Barcelona, se encuentra sometido a cupo vedando la posibilidad de ofertas nominativas, no obstante la necesaria confianza y conocimiento mutuo que lleva tal sector de actividad de difícil encaje en una selección y contratación de los trabajadores en el exterior dada la notoria ausencia de organizaciones empresariales.

### 3. LA SOLUCION DE PROBLEMAS PUNTUALES

Las grandes reformas del ordenamiento de extranjería, fuere la promulgación de las Leyes, fuere de los Reglamentos han ido acompañadas de Disposiciones transitorias tendentes a regularizar en territorio español a aquellos ciudadanos extranjeros residentes irregulares con arraigo en el país siguiéndose criterios de pura oportunidad al exigirse una mayor o menor duración de su permanencia en territorio español. Se ha seguido la línea propugnada en el Preámbulo de la Ley Orgánica de Extranjería, 7/1985, de 1 de julio. Aunque la realidad evidenciase otro camino ya se refería a que *pretende favorecer la integración de los extranjeros en la sociedad española.*

#### 3.1. La primera regularización con ocasión de aprobarse la LO 7/1985, de 1 de julio

Aquí todavía no se retrotraen en el tiempo la exigencia de la presencia en España para proceder a la regularización. Se dirigió a los *extranjeros insuficientemente indocumentados, en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley siempre que los extranjeros o los empleadores, en su caso, así lo soliciten, presentando la documentación necesaria.*

#### 3.2. La segunda regularización en 1991 sin amparo legislativo o reglamentario

Sin embargo pronto se constató que la LO 7/1985, de 1 de julio, no solventaba los problemas surgidos en su aplicación. A través de una Interpelación urgente presentada en el Congreso de los Diputados sobre medidas de política general y de inmigración que piensa adoptar el Gobierno para promover la regularización de la situación de los inmigrantes extranjeros en España, se finalizó en una Proposición no de Ley presentada por diversos Grupos parlamentarios, adoptada el 9 de abril de 1991, instando al Gobierno para que, dada la situación existente, procediese a una regularización acogiendo las pautas de la política de extranjería aprobadas.

De todo ello derivó la Resolución de 7 de junio de 1991, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991 sobre regularización de trabajadores extranjeros.

Destinatarios de la regularización fueron los trabajadores extranjeros que acreditaran inserción o arraigo y de forma accesoria, por la vía de reagrupación familiar, extranjeros no trabajadores siempre que se encontrasen ya en España. Inserción y arraigo que se reconducía a presencia en España antes del 24 de julio de 1985 y permanencia habitual desde dicha fecha o presencia en España antes del 14 de mayo de 1991 y permanencia habitual desde entonces, concurriendo alguna de las circunstancias enumeradas —haber sido titular de un permiso de trabajo o residencia, realizar o haber

realizado en España una actividad lucrativa—. Y la exigencia de contar con oferta firme de empleo regular y estable, respecto de los asalariados, o con proyecto permanente y viable de explotación o desarrollo de actividad para el ejercicio por cuenta propia.

Por esta vía se concedieron 108.321 permisos de trabajo respecto un total de 130.406 pretensiones formuladas.<sup>8</sup> Cifra aún mutable, pese a frecuentes desestimaciones de recursos (SSTS 27 de marzo, 9 de abril de 2001) en virtud de sentencias favorables (STS 19 de marzo de 2001), retroacciones (STS 24 de abril, 11 de junio de 2001).

### **3.3. La apertura de proceso de autorización de cupos de trabajadores extranjeros constitutivas de regularizaciones encubiertas**

No fue hasta la promulgación del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, mediante su artículo 70 reguló que el Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social, y de Asuntos Sociales, previa consulta con las organizaciones sociales y empresariales más representativas, e informe de la Comisión Interministerial de Extranjería, podrá establecer un contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios, con objeto de garantizar la cobertura de aquellas ofertas de empleo no atendidas por el mercado nacional de trabajo para sectores y zonas geográficas determinadas, y, en su caso, establecer un procedimiento específico para su gestión. Previsiones que actualmente ostentan rango de Ley al haber sido plasmada en la LO 4/2000, en la redacción efectuada por la LO 8/2000, artículo 39, con amplio tratamiento reglamentario en el RD 864/2001, de 20 de julio

Sin embargo el sistema de cuotas de autorizaciones de permisos de trabajo para ciudadanos extranjeros no comunitarios se inició el año 1993, continuando en 1994, 1995, 1997, 1998 y 1999, es decir todos aquellos años en que no hubo un proceso de regularización. Así las tras múltiples regularizaciones de los años 2000-2001, se ha continuado en 2002 con el proceso de contingentes excluyendo ya expresamente a los residentes irregularmente en territorio español.

El análisis<sup>9</sup> de las ofertas presentadas desde el inicio de los contingentes anuales, sigue confirmando dos hechos:

— El empleo extranjero se dirige, mayoritariamente, hacia los ofertas de trabajo, que se registran en el mercado laboral, pero que se cubren mediante contrataciones ilegales.

— La existencia de los denominados nichos laborales, es decir sectores de actividad que, a pesar de la tasa de desempleo existente, no son cubiertos, en su totalidad por trabajadores españoles.

En ellos se pueden encuadrar la prestación de servicios personales, servicio doméstico y trabajos

agrícolas de temporada. Al canalizarse las solicitudes hacia dichos sectores se pretende reducir el abuso y explotación de que son objeto los inmigrantes ilegales.

En el nuevo marco legislativo de la LO 4/2000 los contratos de trabajo que se gestionen a través del contingente deberán ser firmado por extranjeros que no se hallen ni sean residentes en territorio español. Pero hasta la fecha las ofertas habían funcionando como regularización encubierta. Incluso la penúltima determinación de cupo en 1999 recoge expresamente un apartado relativo a la tramitación de exención de visado para destinatarios de ofertas que se encuentren en España, mientras las Instrucciones contingente 1994 se refieren expresamente como uno de los dos objetivos a conseguir regularizar la situación de los extranjeros que desarrollen efectivamente una actividad en nuestro país.

### **3.4. El tercer proceso regularizador en 1996 con ocasión de la aprobación de un nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería de 1985**

La aprobación del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España que derogaba el inicial Reglamento de la Ley aprobado el 26 de mayo de 1986 (Real Decreto 1119-86) abrió, con apoyo en su Disposición transitoria tercera, un proceso de documentación de extranjeros en situación irregular.

Se exigía encontrarse en España antes del 1 de enero de 1996, haber sido titulares de permiso de trabajo o de residencia con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 1119-86 y no estar incurso en determinadas causas de expulsión previstas en la LO 7/1985 o tener prohibida la entrada en territorio español.

El desarrollo del citado proceso de documentación se instrumentalizó por Resolución de 15 de abril de 1996 disponiendo la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 1996. No vamos a entrar en los pormenores de la documentación de las solicitudes ni del procedimiento. Vamos a transcribir los términos incluidos en los antecedentes del Acuerdo. *La aprobación del Reglamento de ejecución...representa la culminación de un amplio y fecundo período de consultas y negociaciones con los sindicatos, organizaciones no gubernamentales y asociaciones de inmigrantes, y se espera que su aplicación represente una modificación sustancial en el régimen de autorizaciones administrativas de los extranjeros y un elemento esencial para su integración.*

*Estas esperanzas se verían, en cierta manera, frustradas de no acometer en el momento de su aplicación un procedimiento especial para documentar a aquellos inmigrantes que se hallan en España de forma irregular, en buena parte, por dificultades derivadas de la legislación que el citado Reglamento viene a remediar.*

<sup>8</sup> Fuente: anuario de Migraciones 1996 recogiendo todas las cifras finales después de revisiones y recursos.

<sup>9</sup> Fuente: Anuario de Migraciones. 2000.

*Este procedimiento permitirá la obtención de autorizaciones al amparo del Reglamento de ejecución de la LO 7/1985, con la finalidad de garantizar una situación legal y socialmente estable de los beneficiarios, de acuerdo con los objetivos previstos en el Plan para la Integración Social de los Inmigrantes aprobado por acuerdo de consejo de Ministros de 2 de diciembre de 1994.*

No puede concluirse que fuere un proceso que regularizara un elevado número de inmigrantes. Hubo 17.676 peticiones de permiso de trabajo y residencia de las que se concedieron 14.653<sup>10</sup>. Cifras también que pueden ser alteradas por mor de recursos jurisdiccionales (STS 14 de junio de 2001).

### **3.5. La cuarta Regularización habida en 2000 con ocasión de la aprobación de la LO 4/2000, de 11 de enero**

Dado el largo camino de la proposición de Ley que condujo, finalmente, a la aprobación de la LO 4/2000, la fecha tomada como tope para ser acreedor a la regularización se retrotrae mucho más que en los procesos anteriores. La Disposición Transitoria primera de la Ley dispuso una regularización dirigida a todos los extranjeros que se encontrasen en España antes del primero de junio de 1999 y que acreditasen determinadas condiciones

Resumidamente se exigía haber trabajado antes del 1 de junio de 1999, haber sido titular de permiso de trabajo o de permiso de residencia, o bien haber solicitado permiso de trabajo o permiso de residencia con anterioridad al 31 de marzo de 2000.

La norma reglamentaria que lo llevó a la práctica, el Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, introdujo un nuevo requisito haber permanecido en la citada situación de forma continuada. Entendemos constituye una exigencia desproporcionada para acceder a un mero proceso de regularización. En la norma reglamentaria, entonces vigente, RD 155/1996, de 2 de febrero, de desarrollo de la Ley de extranjería, se establecía como causa de denegación de la renovación de un permiso de trabajo haber permanecido fuera del territorio español durante más de seis meses de forma ininterrumpida.

Otro exceso reglamentario, si bien favorecedor de la integración de los residentes irregulares haciendo uso del puro principio de oportunidad, lo constituye la extensión temporal del requisito de haber solicitado en alguna ocasión permiso de residencia o trabajo, fijado en la Disposición Transitoria de la LO 4/2000, de 11 de enero, publicada en el Boletín Oficial del estado el 12 de enero. Así el Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, publicado en el Boletín Oficial del estado el 19 de febrero de 2000 establece que podrán ser documentados los que acrediten *haber solicitado permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia en alguna ocasión hasta el día 31 de marzo de 2000, inclusive*. Es decir, con posterioridad, a la publicación de la norma de regularización lo que permitía aflorar desde la clandestini-

dad todos aquellos residentes irregulares que permanecieron en España desde antes del 1 de junio de 1999 y nunca hubieron interesado permiso de residencia o trabajo alguno. Se trataba de petitionar primero un permiso de trabajo y de inmediato interesar la regularización.

A octubre de 2000, se habían petitionado 243.982, de las que se habían resuelto 153.382. De éstas 115.757 con resultado favorable, 31.985 denegadas y 3.618 archivadas por diferentes causas. Proceso, que, independientemente del resultado de recursos jurisdiccionales, no puede darse por acabado. Tomemos como referencia las cifras de la Oficina de extranjeros de Barcelona a enero 2001 en que sobre 51.148 solicitudes presentadas se concedieron inicialmente 14.851 tarjetas, 11.249 en el procedimiento de repesca, a que haremos mención en el apartado siguiente, denegándose 22.616 solicitudes con 1.932 expedientes archivados y 500 expedientes pendientes por distintas causas.

### **3.6. El reexamen de las solicitudes de regularización denegadas en el proceso de regularización del 2000**

Al reformarse la LO 4/2000, de 11 de enero, por la LO 8/2000, de 22 de diciembre se dictó una Disposición transitoria por la que el Gobierno, mediante Real Decreto, establecerá los requisitos que han de permitir sin necesidad de nueva documentación la regularización de los extranjeros que se encuentren en España y que, habiendo presentado solicitud de regularización, al amparo del Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, les hubiese sido denegada exclusivamente por el incumplimiento del requisito de encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999.

El reexamen de oficio de las solicitudes citadas, durante un término máximo de tres meses, dará lugar al examen del cumplimiento de los requisitos establecidos mediante el Real Decreto 142/2001, de 16 de febrero. Cuando se acredite el cumplimiento de los requisitos se revocará la resolución desestimatoria anterior, o si procede, se estimara el recurso si la persona interesada hubiese interpuesto previamente un recurso administrativo

En declaraciones a la prensa afirmó el ministro del Interior<sup>11</sup> que de las 57.000 peticiones denegadas se habían aprobado 34.000 por lo que el proceso de regularización ha abarcado 184.000, estimando que, al acabar el proceso, superará los 200.000. Habrá que esperar al resultado final mas las cifras antes expuestas de la Oficina de Barcelona muestran que la repesca no alcanzó la cuarta parte de los solicitantes iniciales.

Sin embargo creemos importante destacar algunas cosas de la antedicha repesca. La Oficina de extranjeros de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona está procediendo a comunicar a la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña los expedientes que ha resuelto favorablemente a fin de que el órgano jurisdiccional proceda al

<sup>10</sup> Fuente. anuario de Migraciones 1997 y anuario de 1998.

<sup>11</sup> *El País*, 29 junio 2001.

archivo, por satisfacción extraprocesal, de los correspondientes recursos contencioso-administrativos interpuestos por los extranjeros que hubieren impugnado aquellas denegaciones.

Se desconoce cuáles fueron los errores u omisiones administrativos para ahora conceder lo que, previamente, había sido denegado. Se impide, de facto, a los tribunales un auténtico control de la actuación administrativa. Hecho grave si se tiene en cuenta que la prensa ha afirmado, a partir de datos del Ministerio del Interior, que la "repecha" de extranjeros revela provincias con altos porcentajes estimatorios en el proceso inicial de regularización y otras con un número elevado de desestimaciones<sup>12</sup>.

La motivación de los actos revocatorios de las resoluciones desestimatorias dictadas en su día se limitan a hacer afirmaciones del siguiente tenor. Re-examinado de oficio el expediente, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 142/2001, de 16 de febrero, sin que se hayan tenido en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, resulta que éste cumple con todos los requisitos exigibles para la concesión del permiso solicitado, según lo establecido en el artículo 1 del RD 142/2001, antes citado.

Falla la necesaria motivación de un acto administrativo resolviendo un procedimiento administrativo no estrictamente de revisión de oficio, dada la complejidad de sus trámites, más análogo en sus fines que exigiría aquella motivación, a que se refiere el artículo 54.1.b) de la Ley de procedimiento administrativo común de 20 de noviembre de 1992. Motivación absolutamente necesaria en el control judicial de la actividad de la Administración Pública para evitar la arbitrariedad prohibida constitucionalmente, artículo 103. Probablemente, habrá supuestos que no sean resueltos favorablemente, sin que, ante una eventual alegación de trato discriminatorio exista un referente indiscutido.

Se hace preciso también destacar un aspecto significativo del Real Decreto de 16 de febrero de 2001. Introduce como requisito para obtener la regularización, en aplicación del Real Decreto de 18 de febrero de 2000, *encontrarse en España a la entrada en vigor de este Real Decreto*. esto es haber continuado irregularmente en territorio español, o haber impetrado auxilio jurisdiccional interesando, y obteniendo la medida cautelar de suspensión de la antedicha admonición tras la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo contra una resolución denegatoria de permiso de residencia, residencia-trabajo por los cauces ordinarios y las antedichas autorizaciones por alguna de las múltiples regularizaciones a que hemos venido haciendo mención.

De tal regulación se extraen dos conclusiones significativas.

Por un lado se premia, pues al extranjero que ha incumplido el mandato legal, establecido tanto en la LO 7/1985 como en la LO 4/2000, redacción orgánica, artículo 26, o redacción modificada por la LO

8/2000, artículo 28, que impone la salida obligatoria del territorio español ante la denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España. Admonición de salida en el plazo de un mes que, expresamente, figura en las antedichas resoluciones denegatorias comunicándose expresamente al interesado. El ciudadano extranjero que hubiere hecho caso a la antedicha admonición, es decir cumplierse voluntariamente el mandato de abandonar el territorio español nunca se vería recompensado con la tarjeta de residente en algún proceso regularizador. No incentiva, pues, la norma su cumplimiento castigando al que, de buena fe, la cumple.

Por otro aflora, una vez más, la importancia que despliegan las medidas cautelares que pueda adoptar la jurisdicción contencioso-administrativa. Pese al frecuente alegato en contra de la Abogacía del Estado esgrimiendo la doctrina de la no suspensión de los actos negativos es indiscutible la posibilidad de suspensión de la admonición de salida aparejada a las denegaciones de permisos de residencia y trabajo, mientras se sustancia el correspondiente recurso contencioso-administrativo. Se encuentra ampliamente reconocida por la jurisprudencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ante determinadas circunstancias —arraigo, perjuicios irreparables, etc.—. Por ello todos aquellos ciudadanos extranjeros que hubieren impugnado las resoluciones denegatorias obteniendo la suspensión cautelar de la salida obligatoria y, en consecuencia, permaneciendo en territorio español podrán, en su caso, acogerse a los antedichos procesos.

### 3.7. El último, por ahora, proceso de regularización por arraigo 2001

El último proceso, por ahora, de regularización, fue anunciado en rueda de prensa por el ministro de Interior en la primera quincena del mes de junio de 2001. No se ha publicado en periódico oficial alguno lo que no es óbice para su efectividad real en lo favorable (SSTC 107-84, 150-94). La fecha límite era absolutamente indeterminada, aunque determinable, al vincularse a la aprobación y subsiguiente publicación del nuevo Reglamento de la Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España..

Se trata de unas Instrucciones a los sres. delegados y subdelegados del Gobierno en relación con la posibilidad de otorgar un permiso de residencia temporal a un extranjero cuando se acredite una situación de arraigo en España, a tenor de lo previsto en el artículo 31.4 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Afirman las Instrucciones que, en aplicación de dicho precepto, y hasta tanto no entre en vigor el Reglamento de ejecución de la citada Ley orgánica, se procederá a la resolución favorable de aquellas peticiones de permiso de residencia de los extranje-

<sup>12</sup> *El País*, 6 junio de 2001.

ros que se hallen en España y que cumplan los siguientes requisitos.

1. Acreditar encontrarse en España antes del 23 de enero de 2001.

2. Acreditar una situación de arraigo en España, considerando como tal: la incorporación real, o potencial al mercado de trabajo, la anterior residencia regular en España o la existencia de vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles.

3. No estar incurso en alguna de las causas de expulsión que se establecen en los artículos 53.c), d) y f) y 54 de la Ley Orgánica 4/2000 reformada por LO 8/2000, ni haber sido acordada su expulsión con anterioridad por alguna de estas causas sobre la base de la normativa de extranjería vigente en su momento, y no tener prohibida la entrada en territorio español, salvo que la expulsión hubiese prescrito; ni tener proceso judicial penal en curso, salvo que el interesado acredite el archivo definitivo de la causa judicial o el sobreseimiento libre de las actuaciones.

Asimismo cumplir los requisitos establecidos en el apartado quinto del artículo 31 de la Ley orgánica 4/2000 reformada por LO 8/2000 (carencia de antecedentes penales).

El proceso se cerró el 31 de julio a raíz de la entrada en vigor el 1 de agosto de 2001 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 Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Informa el diario *El País* del 3 de octubre de 2001 que se habían presentado 297.638 solicitudes de las que el Ministerio del Interior lleva estudiadas 14.633 de las que se han aprobado 13.735, comprometiéndose a resolver el resto de los expedientes antes de fin de año. Centrando los datos en la Oficina de extranjeros de Barcelona se presentaron 44.628 solicitudes de las que se denegaron 29.799, concediéndose 11.070, archivándose 1.966 y hallándose pendientes de aportar documentación, en su mayoría de justificación de parentesco 1.793.

#### **4. EL "ARRAIGO" DE LOS INMIGRANTES ILEGALES COMO FACTOR DE INTEGRACION. ALGUNAS CUESTIONES SIGNIFICATIVAS**

##### **4.1. La pretensión de que las permanencias sean regulares**

Hemos constatado que, en las sucesivas regularizaciones, se ha visto favorecido el residente irregular que, incluso, hizo caso omiso de las advertencias de salida obligatoria.

La nueva legislación pretende erradicar la residencia irregular no favoreciéndola. Afirma la Ley 4/2000 que el contingente anual de trabajadores extranjeros que podría establecer el Gobierno irá dirigido a *trabajadores extranjeros que no se hallen ni sean residentes en España* desapareciendo así las regularizaciones encubiertas hasta ahora acontecidas.

Remite la Ley 4/2000 a vía reglamentaria el permiso de trabajo para los trabajadores extranjeros en actividades de temporada. Y el RD 864/2001 fija que el trabajador extranjero ha de comprometerse a retornar al país de origen una vez concluida la relación laboral, pudiendo ser causa de denegación de ulteriores solicitudes de otros tipos de permisos de trabajo el incumplimiento de la antedicha obligación. El cumplimiento de dicha obligación le dará prioridad para ocupar otras posibles ofertas que se generen en la misma actividad. Alcanza así rango reglamentario la previsión de las Instrucciones sobre la determinación de un contingente de autorizaciones para el empleo de trabajadores extranjeros que, ya desde el inicio en 1993, excluía de acceder a la posibilidad futura de empleo a los que no abandonasen el territorio tras la conclusión de la campaña de temporada. Y resulta más tajante el incipiente derecho reconocido en las Instrucciones del contingente para 1999 estableciendo que, en las provincias en que se hubiesen tramitado autorizaciones para el empleo temporal se llevará un registro especial de los mismos que permita reiterar las ofertas para las siguientes campañas.

Sin embargo, esa reserva de ofertas de empleo reservadas a los extranjeros no residentes en España, tanto prevista en la redacción originaria de la LO 4/2000, como en su ulterior versión llevada a cabo por la LO 8/2000, artículo 39, comporta la existencia de un elevadísimo número de residentes irregulares cuya pretensión de acceso al mercado de trabajo choca con la inadmisión de solicitudes a que se refiere el párrafo tercero del apartado noveno de la Resolución de 11 de enero de 2002 de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2002, en relación con el desarrollo ulterior por la Circular 1/2002, de 15 de enero de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones.

##### **4.2. La permanencia irregular acreditada mediante el empadronamiento**

Tomando como base la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local 7/1985, de 2 de abril que establece que toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en que resida habitualmente, lo cual despliega efectos en la elaboración del Censo electoral, se ha ido creando una categoría de extranjeros empadronados en el municipio que pueden ser residentes irregulares con arreglo a la normativa de extranjería.

La inscripción en el padrón municipal devine elemento probatorio requerido para acceder a alguno de los múltiples procesos de regularización acontecidos al amparo del vaivén legislativo. Expresamente menciona el certificado de empadronamiento las Instrucciones de fecha 16 de marzo de 2000 relativas al procedimiento de regularización de extranjeros, previsto en la Disposición Transitoria primera de

la LO 4/2000, de 11 de enero, y aprobado mediante Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero.

La redacción originaria de la LO 4/2000 regulaba los derechos de los extranjeros designándolos bajo distintos denominaciones en absoluta equiparables. Así extranjeros residentes, extranjeros irregulares, extranjeros irregulares empadronados, extranjeros trabajadores irregulares empadronados. A los empadronados se les otorgaba una serie de derechos como acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles, ahora suprimido (art. 13). Si bien se mantiene, tras la reforma llevada a cabo por la LO 8/2000, el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, artículo 12.

Expresa ahora la LO 4/2000, en la redacción dada por la LO 8/2000, artículo 6, que

2. Los extranjeros residentes, empadronados en un municipio, tienen todos los derechos establecidos por tal concepto en la legislación de bases de régimen local.

3. Los Ayuntamientos incorporarán al padrón y mantendrán actualizada la información relativa a los extranjeros que residan en el municipio.

Extranjeros residentes que habrá de entender conforme a la definición del artículo 29 que reputa extranjeros residentes a los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente.

Ha desaparecido la llamada regularización permanente que establecía el artículo 31.3 de la LO 4/2000. Decía la Ley 4/2000, de 11 de enero, hasta su derogación por la Ley 8/2000 de 22 de diciembre que igualmente podrá acceder a la situación de residencia temporal el extranjero que acredite una estancia ininterrumpida de dos años en territorio español, figure empadronado en un municipio en el momento en que formule la petición y cuente con medios económicos para atender a su subsistencia. Sin embargo la importancia del empadronamiento respecto el residente irregular no ha desaparecido.

Tenemos, por un lado, que la Administración podrá conceder el permiso de residencia temporal a los extranjeros que, en su momento, hubieran obtenido tal permiso y no lo hubieran renovado, así como aquellos que acrediten una permanencia en territorio español durante un período mínimo de cinco años. Por vía reglamentaria se ha adicionado la *continuidad en la permanencia*. Resulta claro que el empadronamiento podrá constituir un significativo medio de prueba.

Y por otro el proceso de regularización abierto en junio del 2001, el denominado por arraigo, *en tanto en cuanto no entre en vigor el Reglamento de ejecución de la LO 8/2000*, por cuya razón, *se admitirán a trámite las peticiones de residencia de los extranjeros que se hallen en España y que cumplan los siguientes requisitos*: Acreditar hallarse en España antes del 23 de enero de 2001. Para la acreditación de encontrarse en España antes del 23 de enero de 2001, se tendrán en cuenta los siguientes documentos: a) *certificados de empadronamiento de los interesados, asimismo los informes emitidos por Ayuntamientos como consecuencia de investigaciones llevadas acabo por la Policía o la Guardia*

*Civil, en ambos casos se comprobará la veracidad de los documentos aportados.*

#### 4.3. La valoración del "arraigo" en la jurisprudencia contencioso-administrativa

En la labor jurisprudencial se encuentra la valoración del *arraigo* en distintos ámbitos de la legislación de extranjería.

Así para acceder a la suspensión de la ejecución de expulsiones del territorio español decretadas respecto ciudadanos extranjeros o de las advertencias de abandono del territorio español que llevan aparejadas las denegaciones de los permisos de residencia o de trabajo en razón a la salida obligatoria que comporta aquellas resoluciones. El Tribunal Supremo ha repetido incasablemente<sup>13</sup> que el arraigo de un ciudadano extranjero en territorio español, bien sea por razones económicas, sociales o familiares, es causa suficiente para suspender la ejecutividad de una orden de expulsión o la obligación impuesta de abandonar España por considerarse en estos caso como prevalente, de ordinario, el interés particular frente al general.

En la norma reglamentaria, RD 1119/1986, que inicialmente desarrollaba la LO 7/1985, ya era tomado en consideración. Una circunstancia excepcional para eximir del preceptivo visado de residencia es el *arraigo*. La jurisprudencia de la citada Sala viene considerando que ha de tenerse por circunstancia suficiente o excepcional el arraigo en territorio español, demostrado, entre otras situaciones, por el hecho de seguir estudios con suficiente asiduidad y aprovechamiento, la reagrupación y la integración familiar, el disfrute de permiso de trabajo o el haber sido previamente titular de permiso de residencia. Por ello la invocación de la reagrupación familiar respecto de un extranjero en quien concurre una situación de unión de hecho similar a la conyugal estable y continuada constituye circunstancia excepcional suficiente para justificar, a tenor de la reiterada doctrina, la exención de visado. La convivencia marital *more uxorio*, debidamente acreditada, ha sido entendida como similar al matrimonio no sólo para la exención de visado sino también para reagrupación familiar u obtener el permiso de trabajo. Hermenéutica que no ha pasado a las disposiciones legales o reglamentarias creando, de nuevo, conflictos.

No se plasman tales parámetros ni en la LO 4/2000 ni en su reforma llevada a cabo por la LO 8/2000. Como afirma el Magistrado Peces Morate<sup>14</sup> ese silencio no es la consecuencia de una mera omisión sino, por el contrario, la intencionada falta de asunción por el legislador de la orientación jurisprudencial en temas como el arraigo, la reagrupación familiar o las circunstancias excepcionales justificativas de la exención de visado, entre otras, en que tímidamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo mitigó existencias impuestas por la Adminis-

<sup>13</sup> En tales términos se expresa en STS 22 de mayo de 2001, recurso de casación 1486/1999, con cita de jurisprudencia anterior.

<sup>14</sup> Garantías jurisdiccionales para los extranjeros Medidas cautelares en el proceso Madrid 2001

tración, que no se consideraron acordes con los principios que deben servir para interpretar las normas en materia de extranjería y que, en definitiva, redujeron la discrecionalidad administrativa a la hora de conceder o denegar permisos de residencia y de trabajo, de dispensar del visado de residencia o de ordenar expulsiones.

Tampoco se recoge lo vertido por el Tribunal Supremo<sup>15</sup> respecto a que, según el artículo 32.1 de la Constitución el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio, y desde ese momento nacen los derechos y deberes de los cónyuges (art. 32.2) por lo que la Orden Ministerial de 11 de abril de 1996 que, hasta ahora, exigía un período previo de matrimonio de tres años para alcanzar la exención de visado, se extralimitaba respecto a la norma reglamentaria, RD 155/1996, y se opone a lo establecido en los artículos 67 y 68 del Código Civil. Cuestión relevante por cuanto el nuevo reglamento aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, en concordancia con la Ley 8/2000, fija el plazo de un año al menos de convivencia para eximir por el Ministerio del Interior de la obligación de obtener visado que se solicite como cónyuge de un residente (art. 31.7).

El arraigo como elemento relevante para no abocar a una situación de ilegalidad al extranjero que pretender integrarse en territorio español se ha tenido también en cuenta para valorar el cambio de circunstancias en los permisos de trabajo. Se han atemperando las normas modulando la poca flexibilidad normativa para obtener un permiso de trabajo por cuenta propia para la explotación de pequeños negocios proviniendo del disfrute anterior de un permiso de trabajo por cuenta ajena<sup>16</sup>

## 5. A MODO DE BREVE CONCLUSION

1. La legislación vigente afirma que pretende canalizar los flujos sin que, en realidad establezca medidas adecuadas al no conseguir frenar ni evadir los flujos irregulares dejando en flotación, para una boyante economía sumergida, miles de residentes irregulares con difícil acceso a un permiso de residencia/trabajo.

2. Se desconoce la eficacia del trato favorecedor a aquellos que cumplan las normas cómo es la posibilidad de obtener nuevas contrataciones en los contratos de temporada.

3. La fijación del último contingente para el 2002 cierra, de entrada la presentación de un elevado número de solicitudes por la vía ordinaria por lo que el número de extranjeros en situación irregular crece cada día mostrándose bastante largo y complejo el procedimiento de selección y contratación de trabajadores en el exterior.

4. Al tiempo la errática política migratoria, de los sucesivos gobiernos, evidencia que la permanencia en situación irregular, haciendo caso omiso de las advertencias de salida u órdenes de salida obligatoria, casi siempre se ve recompensada por la adquisición del estatus regular ante un proceso de regularización que se afirma el último, o por la vía de la regularización por permanencia continuada durante cinco años.

5. A consecuencia precisamente de la situación anterior aflora con gran intensidad la importancia de la medida cautelar de suspensión de la advertencia de salida, que pueden adoptar los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo, mientras pende la resolución de los recursos contra denegaciones de permisos de residencia, trabajo y, en determinados casos, acuerdos de expulsión.

<sup>15</sup> SSTS 1 de febrero y 21 de mayo 2001, recursos de casación 7579/1996 y 1134/1997.

<sup>16</sup> SSTSJ Cataluña 263/1998, de 13 de marzo, 984/1998, de 30 de octubre.