

Capítulo III

Cuestiones atinentes a la problemática derivada de las regularizaciones masivas

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ

Profesora Contratada Doctora

Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad de Sevilla

I. Consideraciones preliminares

Sabido resulta que España se ha convertido en un Estado receptor de inmigrantes. Dato que no resulta excepcional en el ámbito europeo pero que sí aparece dotado de una serie de perfiles propios en relación a otros países de nuestro entorno, tradicionalmente lugares de inmigración. El principal es la rapidez con la que el cambio se ha producido, su crecimiento imparable, la generalización de la inmigración irregular y la incapacidad manifiesta que hemos demostrado para darle soluciones eficaces.

Si bien en el año 85 cuando se redacta el primer texto legal de extranjería de la época democrática el flujo de inmigrantes era bastante moderado y parecía que era fácil permitir el acceso de trabajadores para satisfacer las demandas de nuestro mercado de trabajo dando primacía a la mano de obra nacional, el cambio operado en los últimos treinta años y los sonados vaivenes normativos y los desencuentros políticos, han marcado el devenir y la evolución de una

regulación en la que debían primar ciertos intereses comunes y el respeto no sólo a los derechos de los nacionales sino también de los inmigrantes. En este sentido, son significativas las palabras del profesor Montoya cuando señala que "El legislador del siglo XXI da la impresión de no tener una idea del todo clara sobre la política de inmigración que exige el momento. Así se explican las ambigüedades y sobre todo los objetivos contradictorios de la LOExtranjería⁴⁷".

Los frecuentes cambios legislativos han provocado que también se haya "normalizado" en nuestro país el recurso cíclico a una medida de carácter excepcional o extraordinario como son las regularizaciones masivas, que vienen a sumarse a las vías de acceso ordinarias al mercado de trabajo español basadas en la contratación en origen y en la situación nacional de empleo y a los procesos de regularización permanentes representados por las distintas formas de arraigo. Esto es, la práctica cotidiana nos demuestra que la entrada de inmigrantes por cauces irregulares o la irregularidad sobrevenida es una realidad dentro de nuestras fronteras, debida, lógicamente, a muy diversas causas y pone de manifiesto el escaso éxito de las políticas nacionales de inmigración. Los evidentes problemas a corto y largo plazo que acarrea la existencia de bolsas de inmigración irregular cada día más abultadas, obliga a la adopción de soluciones. Punto de partida difícil de negar que ha motivado que prácticamente cada reforma legal venga acompañada de la aprobación de un proceso de regularización extraordinaria.

En este sentido, cabe compartir la opinión del Consejo Económico y Social relativa a que las regularizaciones parecen realizarse bajo una premisa que en la práctica nunca se llega a materializar por completo, pese a las mejoras introducidas: el ideal de que a partir de la última regularización funcionarán adecuadamente los instrumentos de ordenación de los flujos migratorios y el control de esos mismos flujos en las fronteras que impedirán la llegada de nuevos

47 A. Montoya Melgar; *El Empleo Ilegal de Inmigrantes*. Thomson-Civitas. Madrid. 2006; p. 199.

inmigrantes sin las correspondientes autorizaciones administrativas, así como el control de situaciones de irregularidad dentro del país⁴⁸.

Sólo este dato, la aprobación desde 1985 de hasta seis procesos "extraordinarios" de regularización demuestra una premisa de partida: la escasa eficacia de la utilización de un sistema de efectos casi exclusivamente temporales y que no impide ni la nueva recepción de irregulares ni la vuelta a la irregularidad de quienes consiguieron <<papeles>> acogiéndose a uno de estos procesos.

A la reiteración de regularizaciones extraordinarias hay que sumar que en la práctica el sistema de cupos o contingentes ha venido desempeñando durante bastante tiempo el papel de procedimiento anual (encubierto) de regularización de extranjeros "irregulares" ya presentes en nuestro país⁴⁹. De ahí que actualmente se haga especial hincapié en que se trata de un procedimiento encaminado a canalizar los flujos migratorios evitando que se produzcan por cauces irregulares y que está exclusivamente dirigido a extranjeros que no residen ni se hallen en España.

Lógicamente, cuando se procede a una regularización extraordinaria se pretende ser consecuentes con una situación de hecho real, sacar a la luz la inmigración irregular y, en especial en los últimos tiempos, hacer un trasvase de trabajadores desde la economía sumergida al mercado de trabajo ordinario. Esto último con las consiguientes ventajas en cuanto a recaudación de fondos tanto para la Seguridad Social como para Hacienda, dato que se han encargado de ensalzar en ocasiones nuestros políticos.

Ahora bien, si el sistema en sí está demostrando su ineficacia a largo

48 Informe del CES sobre "La inmigración y el mercado de trabajo en España". Informe 2/2004. adoptado en la Sesión del Pleno de 28.4.2004; p. 138.

49 Por todos, P. Charro Baena; "Comentario al artículo 39"; p. 284, en: VV.AA.; (J.M. Campo Cabal); *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*. Civitas. Madrid. 2000; J.M. Puerta Vilchez, "El Contingente de Trabajadores Extranjeros", en: AA.VV.; (M. Moya Escudero, Coord.); *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*. Comares. Granada. 2001; p. 386.

plazo, su causa descansa, asimismo, en la propia ineficacia, lentitud y carácter poco realista de los instrumentos utilizados por la normativa de extranjería para intentar regular los flujos migratorios y luchar contra las situaciones, en especial de trabajo, irregulares. La normativa no incluye instrumentos ágiles y eficaces que permitan satisfacer las demandas de los empresarios que prefieren el cauce más simple, y sin duda también más económico, del empleo irregular. Se hace preciso destacar que el contingente, procedimiento “preferente” para el acceso al mercado español, se viene caracterizando en sus sucesivas ediciones por su falta de realismo que puede constatarse de una manera simple a través de la comparación entre la cifra del cupo prevista para cualquier anualidad y el número de extranjeros que, por muy diversos cauces, entran en nuestro país, una parte muy importante de los cuales vienen a ocupar puestos de trabajo de forma claramente irregular. Falta de realismo que también se ha podido apreciar comparando los catálogos de ocupaciones de difícil cobertura que se han ido aprobando trimestralmente por el Servicio Público de Empleo Estatal y los sucesivos contingentes. Resultan llamativos los desajustes que se producen en la medida en que existen ocupaciones y sectores geográficos incluidos en los catálogos para los que no se ha dotado de plaza alguna en el contingente. Desajuste que a veces viene provocado por la inexistencia de ofertas concretas por parte de los empresarios, algo que lleva a reflexionar sobre el porqué de ese desinterés empresarial por el sistema de contingentes, seguramente por tratarse de un procedimiento excesivamente largo, rígido y complicado, como afirmaba el Dictamen del CES sobre el Proyecto de Reglamento. Caracteres del procedimiento que llevan seguramente al desánimo y a acudir a otros mecanismos de regularización o a emplear mano de obra ilegal, en lugar de cumplir un proceso tan largo y burocrático. A lo que se debe sumar la complejidad del procedimiento de fijación, que provoca discrepancias entre el contingente aprobado y el solicitado o la escasez de sectores económicos que comprende, su carácter limitado y la elección de los lugares de origen de los inmigrantes.

Asimismo, baste ahora con recordar que la práctica española, en especial el último proceso, llamado de “normalización”, ha sido muy contestada por algunos de nuestros vecinos europeos, en especial por aquellos que no suelen recurrir a tales procedimientos. En resumidas cuentas, vienen a considerar que es una decisión de tal calado que tiene también repercusiones para los otros Estados Miembros, dada la inexistencia de fronteras interiores e insisten en el tan temido efecto “llamada” que el proceso acarrea. Pero sobre esto habremos de volver a lo largo del trabajo.

A todo ello puede añadirse que la progresiva difuminación de fronteras entre la inmigración legal e ilegal tampoco incentiva la legal⁵⁰.

II. Los procesos de regularización anteriores a 2005: una breve síntesis

La reiteración de procesos de regularización⁵¹ a la que ha asistido nuestro país en un lapso temporal relativamente corto nos hace siquiera pasar somera revista a los sucesivamente aprobados antes

50 A. Montoya Melgar, *El Empleo Ilegal...*, Op. cit.; pp. 21 y 22.

51 Sobre estos procesos, por todos, vid. R. Aguilera Izquierdo, “El Acceso de los Inmigrantes Irregulares al Mercado de Trabajo: Los Procesos de Regularización Extraordinaria y el Arraigo Social y Laboral”. RMTAS nº 63/2006; pp. 181 ss; E. Arnaldo Alcubilla, “Luces y Sombras del Proceso de Regularización” en: E. Ortega Martín (Dir.); *Hacia un Derecho Unitario Europeo en Materia de Extranjería*. Estudios de Derecho Judicial 81/2005. CGPJ. Madrid. 2006; pp.131 ss; A.F. Franco Pérez; “Inmigración y Extranjería. Las Alternativas de Regularización de los Extranjeros en España” en la obra colectiva M.A. Presno Linera (Coord.); *Extranjería e Inmigración: Aspectos Jurídicos y Socioeconómicos*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004; pp. 214 ss; M. Kostova Karaboytcheva; “Una Evaluación del Último Proceso de Regularización de Trabajadores Extranjeros en España (febrero-mayo de 2005). Un año después”. Real Instituto Elcano. Área: Demografía, Población y Migraciones Internacionales. Documento de Trabajo 15/2006. Agosto 2006; C. Picó Lorenzo; “Nuestra Errática Normativa Sobre Extranjería. Especial referencia a las Regularizaciones y al Arraigo”. *Jueces para la Democracia* nº 43/2002; pp. 62 ss; A. Rega Rodríguez; “El Trabajo de los Extranjeros en España”, en la obra colectiva M.A. Presno Linera (Coord.); *Extranjería e Inmigración*. Op. cit.; p. 256.

de abordar el último (al menos de momento) que será el objeto de nuestro interés.

El primer proceso vino de la mano de la DT 2ª de la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que fijaba la posibilidad de que aquellos extranjeros que se encontraran en España insuficientemente documentados a la fecha de entrada en vigor de la Ley, pudieran regularizar su situación, solicitándolo en el plazo de tres meses desde su aprobación. Plazo de presentación de solicitudes que se vio ampliado hasta el 31 de marzo del año siguiente. Según los datos oficiales el resultado del proceso fue la regularización de 38.181 extranjeros.

El siguiente proceso vino aprobado por Resolución de 7 de junio de 1991, tras haber manifestado el Gobierno su intención de hacer aflorar a la superficie la bolsa de marginación constituida por los extranjeros ilegales en la Comunicación al Congreso en diciembre de 1990 sobre "la situación de los extranjeros en España. Líneas básicas de la política española de extranjería". Con posterioridad, la Proposición no de Ley aprobada por el Congreso el 9 de abril de 1991 instaba al Gobierno a adoptar las medidas necesarias a fin de completar el proceso de regularización anterior. Según los datos manejados dio lugar a la concesión de cerca de 110.000 permisos de las más de 130.000 solicitudes presentadas.

Habrà que esperar otros cinco años, hasta la entrada en vigor del RD 155/1996, de 2 de febrero, que aprueba el Reglamento de ejecución de la LO 7/1985 para asistir a un nuevo proceso de regularización. Proceso desarrollado por Resolución de 15 de abril del mismo año. En este caso, iba dirigido a extranjeros en situación irregular que se encontraran en España antes de 1 de enero de 1996, y hubieran sido titulares de un permiso de trabajo y residencia o de residencia con posterioridad a la entrada en vigor del anterior Reglamento de extranjería (RD 116/1986, de 26 de mayo). Asimismo, los familiares de los extranjeros que cumplieran tales requisitos. Resultaba precisa la presentación de una oferta de trabajo o la declaración de la actividad/

es en las que tenía previsto trabajar. Si se solicitaba sólo la residencia debían acreditarse medios de vida suficientes para el período solicitado además de cobertura de la asistencia sanitaria. En este caso, el proceso tuvo escasa repercusión pues el número de solicitudes rondó las 25.000.

La nueva Ley de Extranjería (LO 4/2000, de 11 de enero) dará lugar a una nueva oportunidad de regularizar de forma excepcional y temporal la situación de irregularidad de los extranjeros presentes en España. En principio, los requisitos básicos eran la presencia en territorio español antes de 1 de junio de 1999 y la acreditación de haber solicitado en alguna ocasión un permiso de residencia o de trabajo o haberlo tenido en los últimos años. No obstante, el proceso fue notablemente ampliado a través del RD 239/2000, de 18 de febrero. Por tanto en esta ocasión se prescindió siquiera de la oferta de trabajo. De las 247.598 solicitudes fueron favorablemente acogidas 153.465.

Sin ni siquiera haber transcurrido un año, se procede a la reforma de la Ley por LO 8/2000, de 22 de diciembre, y se abre un nuevo proceso, sin necesidad de presentar una nueva documentación y que pretende la "revisión" de aquellas solicitudes presentadas al amparo del RD anterior y que hubieran sido denegadas por no cumplir el requisito de hallarse en nuestro país antes de 1 de junio de 1999. Procedimiento desarrollado en el RD 142/2001, de 16 de febrero. Además del reexamen de solicitudes vino a englobar dos subprocesos: uno específicamente dirigido a los ciudadanos ecuatorianos y el extraordinario por arraigo para quienes acreditaran la estancia en España con anterioridad a 23 de enero de 2001, contar con una oferta de trabajo, la residencia en el país o lazos familiares con españoles o extranjeros residentes. A resultas de este complejo proceso, de mayor envergadura que los anteriores, consiguieron regularizar su situación casi 300.000 extranjeros.

III. Algunos datos de interés en relación a la “normalización” prevista en la Disposición transitoria 3ª del Reglamento de extranjería

El último de los procesos aprobados hasta el momento fue el denominado proceso de normalización⁵², contenido en la DT 3ª el RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 y cuyo plazo de solicitud estuvo abierto entre el 7 de febrero y el 7 de mayo de 2005. Según los datos aportados en su momento por el Ministro de Trabajo y aparecidos en los medios de comunicación, se presentaron unas 700.000 solicitudes, de las que más de 600.000 fueron resueltas favorablemente⁵³, con la consiguiente <<normalización>> de los extranjeros beneficiarios de las mismas y las correspondientes altas y afiliaciones a la Seguridad Social. Téngase en cuenta la magnitud del proceso pues esta cifra equivale aproximadamente a la global alcanzada con todos los procedimientos abiertos con anterioridad⁵⁴. No obstante, también es verdad que quedaron muchos inmigrantes sin regularizar, aunque es difícil saber cuántos con exactitud, en función de quien aporte el dato, pues es bien sabido que en esta materia el baile de cifras es

52 Pese al intento de huída del término regularización el propio preámbulo del Reglamento lo utiliza al expresar que “para garantizar que este proceso se ciñe a quienes tengan una vinculación cierta y comprobable con el mercado de trabajo, se exigirá, salvo en el servicio doméstico por horas, que sean los propios empleadores los que presenten la solicitud de autorización y los que presenten el contrato que les vinculará con el extranjero cuya regularización se pretende...”.

53 Dato del que también se ha hecho eco la doctrina, por todos, J. González Calvet, “El Arraigo como Instrumento de Regularización Individual y Permanente del Trabajador Inmigrante Indocumentado en el Reglamento de Extranjería aprobado por el RD 2393, de 30 de Diciembre”. RDS nº 37/2007; pp. 106-107; R. Sandell, “En Busca de una Inmigración Regular en España”. Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos. Área: Demografía y Población-ARI nº 64/2005; p. 2.

54 En este sentido, F. Sacristán Romero; “Proceso de Normalización de Trabajadores Extranjeros en España”. REDMEX nº 14/2007; p. 231. También, E. Arnaldo Alcubilla; “Luces y Sombras...”, Op. cit.; p. 33.

una constante y que cada cual las maneja como mejor se ajusta a sus intereses.

Llamativa resulta, desde luego, la cifra y la capacidad de nuestro mercado de trabajo para absorber dicha mano de obra lo que demuestra con claridad que ya estaban integrados en el mundo laboral, aunque en la economía sumergida, y que nuestras políticas resultan extremadamente ineficaces y parten de una clara subestimación de la demanda de mano de obra inmigrante en los últimos años⁵⁵.

No vamos a entrar en detalle en la descripción de las normas básicas y los requisitos impuestos por dicho procedimiento⁵⁶, puesto que no es el objetivo de este trabajo, sino que nos limitaremos a resaltar sus principales novedades. Y ello porque son precisamente estos aspectos innovadores y la propia denominación empleada los que han servido a quienes lo adoptaron para marcar las distancias con los procesos anteriores.

El sistema de normalización, presidido por la excepcionalidad y lógicamente temporal, se separa de los anteriores en que su ámbito subjetivo de aplicación no es general o universal (para cualquier extranjero que se halle de forma irregular en nuestro país) sino que viene limitado a quienes demuestren tener una relación de trabajo efectiva. Por el contrario, como hemos visto, en ninguno de los procesos anteriores, salvo en el año 96, se impusieron exigencias relati-

55 Estos datos con mayor detalle en R. Sandell, “En Busca de una Inmigración...”, Op. cit.; p. 3.

56 Vid. La Orden PRE 140/2005, de 2 de febrero, por la que se desarrolla el procedimiento aplicable al proceso de normalización previsto en la DT 3ª del RD 2393/2004, de 30 de diciembre. Con mayor detalle sobre este procedimiento, entre otros, J.C. Alonso Burón, “Autorizaciones a los Extranjeros para Trabajar en España”, en C. Sánchez Rodas Navarro (Dir.); Aspectos Puntuales del Nuevo Reglamento de Extranjería. Laborum. Murcia. 2005; p. 26. L.E. De la Villa de la Serna; “Luces y Sombras en la Normalización de los Trabajadores Extranjeros. Comentario al “Régimen Contractual” en el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, y en la Orden de la Presidencia del Gobierno 140/2005, de 2 de febrero”. RGDITSS nº 8/2005, www.iustel.com. A. Quirós Fons; “El Proceso de Normalización: Regularización Extraordinaria de Trabajadores Extranjeros”. AS nº 19/2004, BIB 2005/404.

vas a la efectiva prestación de servicios del trabajador. Y este último se limitó a exigir una simple oferta que, por supuesto, podría no llegar a plasmarse en un contrato de trabajo. En este sentido, el propio Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto de Reglamento (aprobado el 16 de diciembre de 2004) vino a destacar el carácter especialmente innovador de la DT 3ª, aparte de ajustada a Derecho y sin reparos de legalidad.

En concordancia con lo anterior, basta ahora con destacar que un cambio importante es que el sujeto legitimado para presentar la solicitud ya no es el propio trabajador extranjero sino los empresarios o empleadores que pretendan contratarlos, lo que sienta las bases para su futuro compromiso laboral con el mismo. Excepción hecha de los trabajadores del servicio del hogar familiar que presten servicios a tiempo parcial y simultáneamente para varios empresarios, que habrían de tramitar ellos mismos la solicitud.

Junto a la exigencia, común a todos los procesos, de que el trabajador llevara un determinado lapso de tiempo en nuestro país, acreditado en base al empadronamiento⁵⁷ en un municipio español, se impuso el requisito adicional, núcleo central del proceso de normalización, de que el empresario o empleador hubiera firmado con el trabajador un contrato de trabajo, de efectos condicionados a la entrada en vigor de la autorización de residencia y trabajo solicitado.

Además, se vino a imponer al empresario un compromiso de mantenimiento de la actividad por un período mínimo de seis meses, aunque con algunas especialidades en relación al cómputo para sectores como la construcción o la hostelería y que quedaba rebajado a tres en el caso del sector agrario. Pese a hallarnos ante un requisito al que se han puesto determinadas objeciones por parte de la doctrina en especial por el grado de sujeción a la empresa que comporta, por

57 Sobre este polémico requisito, su posterior flexibilización hacia el empadronamiento por omisión y los conflictos al mismo aparejados, en los que no hemos de entrar, por todos, C. Tolosa Tribiño; "Algunas Cuestiones de Actualidad en la Jurisprudencia en Materia de Extranjería". REDMEX n° 14/2007, en especial, pp. 34 y ss.

su difícil avenimiento con el establecimiento de un período de prueba y por los posibles peligros para el trabajador inherentes al mismo, seguramente debe primar el aspecto sociológico fundamental destacado por algún autor⁵⁸ de la relevancia del trabajo como factor esencial de integración de los inmigrantes, la "gran olvidada" en determinados planteamientos sobre los temas de inmigración.

Un dato que también merece destacar ahora es que una vez estimada la solicitud, la autorización venía condicionada a que, en el plazo de un mes desde la notificación, habría de producirse la pertinente afiliación y/o alta del trabajador en la Seguridad Social⁵⁹. Cumplida esta condición, la autorización comenzaría su período de vigencia de un año. Resulta evidente que con este singular procedimiento se pretendía hacer aflorar gran parte de la economía sumergida, con la consiguiente recuperación de las contribuciones y cotizaciones sociales que no se estaban produciendo. Se busca, evidentemente, evitar las situaciones fraudulentas y garantizar que las contribuciones al sistema de Seguridad Social sean reales y efectivas.

Por tanto, hubo extranjeros (25.805 según los datos manejados por el Ministerio) a quienes se les notificó la resolución favorable pero no fueron dados de alta en la Seguridad Social⁶⁰. Supuesto que dejó al trabajador en una situación de impotencia frente a la dejación o pasividad del empleador, aun cuando el RD preveía la posibilidad de que el trabajador extranjero aportara en el plazo de un mes, a contar desde el día siguiente al que hubiera quedado agotado el período para dar de alta, un nuevo contrato de trabajo.

Todo lo anterior viene a confirmar la evidente laboralización del

58 Vid. En este sentido las consideraciones de J. González Calvet; "El Arraigo...", Op. cit., p. 108.

59 En general sobre esta cuestión, P. Pumares Fernández; "Efectos de la Inmigración Regularizada sobre el cambio en la Estructura por Regímenes y Grupos de Cotización de la Seguridad Social". Estudios Geográficos. LXVII, 261, 2006, pp. 607 y ss.

60 R. Aguilera Izquierdo; "El Acceso de los Inmigrantes Irregulares...", Op. cit., p. 187.

proceso. En esta dirección había apuntado ya la OCDE que vino a destacar que el potencial efecto de atracción de nuevos flujos que pueden tener las regularizaciones no depende tanto de este mecanismo en sí como de la manera en que se lleve a cabo. De forma que cuanto menos relacionados estén los requisitos de la regularización con la realidad del mercado de trabajo mayor es el riesgo de incurrir en el futuro en la exclusión social de los beneficiarios de estos procesos⁶¹.

IV. Efectos de la regularización extraordinaria

Resulta evidente que en los procesos de regularización extraordinaria pueden apreciarse tanto efectos positivos como otros que no lo son tanto y seguramente una ponderación entre ambos conduce a una postura restrictiva en relación con su utilización. En términos generales no estamos ante el camino más adecuado para resolver los problemas derivados de la desconexión entre las previsiones sobre contrataciones de extranjeros en sus países de origen y su presencia real en el nuestro. No obstante lo anterior, pueden rastreadse algunas consecuencias positivas, lo que ocurre es que son, como la propia medida, temporales, y tienen una vida efímera⁶².

A. Los palpables efectos positivos a "corto plazo"

A nadie escapa que con el proceso de normalización se pretendió encontrar una solución de emergencia para un problema en buena medida derivado de la falta de realismo y la ineficacia de la normativa vigente. Como enseñanza para el futuro, es patente que lo importante es la manera de afrontar la causa del problema de la inmigración

61 Afirmaciones recogidas en el Informe del CES sobre "La Inmigración y el Mercado de Trabajo..."; Op. cit., p. 79

62 La doctrina es unánime a la hora de resaltar que sólo tiene efectos inmediatos, por todos, J. Marín Marín y F. Gallego Moya; *El Trabajo de los Inmigrantes Irregulares. Un Estudio Jurisprudencial*. Bomarzo. Albacete. 2005; p. 18.

irregular y la forma de evitarla, porque de lo contrario seguramente necesitaremos un nuevo proceso de regularización extraordinaria⁶³. En este sentido, si bien en las regularizaciones subyacen evidentes motivaciones de tipo humano y social también reflejan la impotencia ante el desbordante fenómeno de la inmigración irregular⁶⁴.

Resultaba imposible llegados a la situación vivida en 2005 dar la espalda a la realidad que representaban esas miles de personas en situación de marginación, de invisibilidad y casi de exclusión social y se intentó buscar una vía de escape que pudiera ir abriendo camino hacia su integración. Como resultado del proceso se logró sacar a tales personas de la situación a que se habían visto abocadas, accediendo a una situación laboral regular, con ciertas expectativas de integración y menos expuestas a la explotación⁶⁵. El problema es que es un resultado exclusivamente provisional.

Sin lugar a dudas, también se consiguió satisfacer la demanda de trabajadores en determinados sectores necesitados de mano de obra extranjera. De esta forma, continuamente se destacaron sus efectos positivos en relación con la Seguridad Social, que experimentó, en el momento de concesión de las autorizaciones iniciales derivadas del proceso de normalización, un crecimiento espectacular en las cifras de afiliaciones y altas. Algo que ha motivado quizás una excesiva euforia sobre la garantía de las futuras pensiones. Asimismo, la Hacienda Pública aparecía pletórica en aquella época por la emergencia de más de medio millón de trabajadores, contribuyentes, de la economía

63 R. Sandell; "En Busca de una Inmigración...", Op. cit., p. 4.

64 A. Montoya Melgar; *El Empleo Ilegal...*, Op. cit., p. 72.

65 Así, viene a destacar estos beneficios ético-sociales del proceso, entre otros, J. Pérez Milla, "Integración y Atracción de la Inmigración Laboral Ilegal". REDMEX nº 13/2006, p. 242; también, L.E. De la Villa de la Serna; "Luces y Sombras en la Normalización...", Op. cit.; pp. 5-6. Para E. Sagarra Trias; "Sujeto Legitimado, Sujeto Interesado y Sujeto Afectado en el Proceso de Regularización "Normalización" de Inmigrantes de 2005". REDMEX nº 8/2005; p. 25, se trata de un proceso necesario e inaplazable... con el que casi 800.000 individuos dejarán de ser invisibles y ciudadanos opacos y temerosos.

sumergida⁶⁶. Qué duda cabe que supuso un ataque directo contra esta última y contra la competencia desleal. No obstante, también se pone sobre el tapete el dato de que hay mecanismos más eficaces, en especial la denuncia de la situación laboral ilegal como mecanismo represor de la explotación del inmigrante trabajador irregular y generador de ventajas en orden a la obtención de la regularidad⁶⁷.

A título individual, sin duda alguna, se vieron muy favorecidos los propios empresarios que pudieron legalizar, sin consecuencias en el plano sancionador, lo que ha llevado a hablar de “plena amnistía”⁶⁸ o de oportunidad “a coste cero”⁶⁹, a trabajadores que venían prestando trabajos normalmente escasamente cualificados, mal retribuidos y para los que no es fácil, o no lo era en el momento en que se produce el proceso, encontrar mano de obra nacional.

La concesión de la autorización tuvo también efectos sobre la posible expulsión del extranjero, pues determinaba el archivo de los expedientes de expulsión pendientes de resolución, así como la revocación de oficio de las órdenes de expulsión que hubieran recaído sobre el extranjero titular de la autorización, cuando el expediente o la orden de expulsión correspondientes estuvieran basados en las causas previstas en el artículo 53 a) y b) de la LOExtranjería.

66 En este sentido también, J. González Calvet; “El Arraigo...”, Op. cit., p. 107.

67 Cfr. J. Pérez Milla; “Integración y Aracción...”, Op. cit., p. 243. Son interesantes también las propuestas de concesión de residencia de larga duración, en especial en casos de extrema gravedad, para víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, contenidas entre las recomendaciones (nº 50) integrantes del Dictamen del Comité de las Regiones “Un Enfoque Global de la Migración: el Desarrollo de una Política Europea de Inmigración Laboral y su Encaje en las Relaciones con los Países Terceros” (2008/C 257/04) (DOUE 9.10.2008).

68 En este sentido, entre otros, E. Sagarra Trías; “Sujeto Legitimado, Sujeto Interesado...”, Op. cit.; p. 25, quien afirma además que estamos ante un último “aviso a navegantes” para quienes se lucran del trabajo sumergido de los irregulares y no contribuyen a la Tesorería de la Seguridad Social.

69 E. Rojo Torrecilla e I. Camós Victoria, “La Laboralización de la Inmigración en España. Estudio del Real Decreto 2394/2004, de 30 de diciembre, y de su impacto sobre la problemática laboral de la inmigración”. REDMEX nº 8/2005; p. 87.

B. La incertidumbre sobre los efectos a largo plazo, la reproducción del problema y el “incentivo” a la inmigración irregular

Tal y como hemos señalado, el proceso vino marcado por un claro sesgo laboral, y la afiliación de más de medio millón de personas a la Seguridad Social puso de manifiesto que en aquel momento, al menos, nuestro mercado de trabajo estaba necesitado de mano de obra extranjera y que, en realidad, los inmigrantes contribuyen de manera efectiva a nuestro desarrollo económico y social. Ahora bien, teniendo en cuenta que las solicitudes se concentraban en buena medida en la construcción y el servicio doméstico, ello también hace pensar que tras la crisis del primero de dichos sectores y sus nefastas repercusiones sobre nuestra economía, buena parte de quienes lograron la regularización pueden haber pasado a engrosar las listas de desempleo, en las que figura un importante porcentaje de extranjeros.

Sin lugar a dudas, el problema principal derivado de la normalización viene de la mano de la incertidumbre sobre la situación resultante de la expiración del plazo de la autorización para residir y trabajar en España inicialmente concedida. En principio, teniendo en cuenta que el legislador no ha previsto nada al efecto, cabe coincidir con quien considera que el trabajador no queda en situación de ventaja sobre cualquier otro extranjero sin autorización para residir y trabajar en territorio nacional⁷⁰. Aunque no disponemos de datos oficiales, seguramente una parte importante de estos extranjeros regularizados a mediados de 2005 habrán vuelto a una situación similar a la anterior por falta de cumplimiento de los requisitos para poder renovar sus autorizaciones, aunque algunos irán camino de poder alcanzar la residencia permanente en 2010. Sin lugar a dudas este problema quedó irresuelto y no se ha logrado un remedio unánime, pues se han constatado prácticas bien diversas según las provincias a

70 L.E. De la Villa de la Serna; “Luces y Sombras en la Normalización...”, Op. cit., p. 16.

la hora de interpretar de manera más o menos flexible la normativa a la hora de renovar los permisos de estos trabajadores.

Así, mientras en algunos casos se han renovado por simple constatación de que el trabajador prestó servicios y estuvo cotizando durante al menos seis meses sin importar la provincia ni el sector de actividad, en otros se ha exigido que hayan permanecido durante al menos seis meses en el puesto de trabajo original, aunque posteriormente se encuentren trabajando en otra provincia o sector. Pero también se han denegado de modo sistemático las solicitudes de renovación en aquellos casos en que los trabajadores han desarrollado su actividad en provincia distinta o sector de actividad diferente. Divergencias que también se aprecian entre las distintas Inspecciones de Trabajo a la hora de levantar o no actas de infracción por desajuste entre el alta en la actividad y el sector para el que se concedió la autorización⁷¹. El cambio de sector y/o provincia suele venir motivado porque una vez regularizada su situación, los inmigrantes buscan empleos mejor remunerados, lo que provoca que queden vacantes nuevamente los puestos que desempeñaban durante su etapa "irregular", puestos para los que seguirá existiendo una demanda difícil de cubrir si no es a través de la contratación irregular⁷².

Ahora bien, lo que sí resulta probado, aunque de nuevo encontrar cifras exactas no es demasiado fácil, es que volvemos a tener una bolsa numerosísima (cerca al millón) de inmigrantes irregulares. De lo anterior resultan ilustrativas las consideraciones contenidas en el reciente Informe del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes sobre la situación de integración social de los inmigrantes y refugiados en 2008⁷³, en la que se constata la realidad creciente de

71 P. Aguelo Navarro, P. Charro Baena y C. San Martín Mazzuconi, "La Renovación de las Autorizaciones de Trabajo por Cuenta Ajena: Propuestas para una Interpretación Integradora". REDMEX n° 11/ 2006; p. 81.

72 Afirmaciones recogidas en el Informe del CES sobre "La Inmigración y el Mercado de Trabajo...", Op. cit.; p. 79. También se hace eco de estas consideraciones M. Kostova Karaboycheva, "Una Evaluación del Último Proceso...", Op. cit.; p. 7.

73 Aprobado en el pleno ordinario de 14 de octubre de 2008, p. 200.

migrantes en situación irregular, en muchas ocasiones, sobrevenida, así como la realidad creciente de extranjeros con una orden de expulsión no ejecutada. A resultas de lo cual consideran imprescindible realizar un análisis de la situación, estudiar y conocer las causas de la irregularidad (sobreenvenida o no) y afrontar la necesidad de adoptar una solución jurídica aceptable para un colectivo que constituye, sin duda, el grupo más vulnerable y más expuesto a una situación de exclusión⁷⁴.

Esta doble faz de los procesos (factor favorable al proceso de integración de inmigrantes y posible factor generador de más inmigración ilegal) fue destacada ya en su momento por la Comisión Europea en su Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre los vínculos entre la inmigración legal e ilegal⁷⁵. Para la Comisión estos procedimientos ofrecen cierto estímulo a la inmigración ilegal, puesto que es fácil constatar, tomando como ejemplo el proceso de regularización operado en Bélgica en 1999, que los flujos de inmigrantes ilegales aumentaron a raíz de la medida, en tanto parece ser que envió un mensaje erróneo a potenciales inmigrantes ilegales de que su estancia acabaría tolerándose.

Constituye un lugar común el considerar que todos los procesos de regularización tienen un cierto "efecto llamada" que ha de valorarse antes de abrir un nuevo procedimiento⁷⁶. No obstante lo anterior, se-

74 A estos riesgos de exclusión y a la marginación que sufren estos colectivos alude, entre otros, L.A. Triguero Martínez; El Estatuto Jurídico Laboral del Trabajador Extranjero Inmigrante. Bomarzo. Albacete. 2008; p. 98.

75 COM (2004) 12 final (no publicado en Documento Oficial). Sobre esta cuestión, entre otros, R. Aguilera Izquierdo; "El Acceso de los inmigrantes Irregulares...", Op. cit., pp. 178 ss; F. Román García; "Los Procesos de Regularización de Extranjeros en los Estados Miembros vistos desde la Unión Europea", en E. Ortega Martín (Dir.); Hacia un Derecho Unitario..., Op. cit., pp. 199 y ss.

76 R. Aguilera Izquierdo; "El Acceso de los Inmigrantes Irregulares...", Op. cit.; p. 187. Para el CES este procedimiento plantea un dilema importante porque si de un lado representa una solución pragmática a una situación grave de hecho con repercusiones socio-económicas muy negativas por otra genera confianza

guramente es más atinado realizar alguna precisión adicional. Esto es, resulta evidente que el factor esencial motivador de las migraciones son las extremas condiciones de precariedad, y en no pocos casos de desesperación, en los países de origen, lo que pudiera denominarse un "efecto expulsión"⁷⁷. Ahora bien, a estos factores que están en la base de la inmigración ilegal, se pueden añadir factores objetivos de "atracción", entre los que seguramente cabe incluir la excesiva tolerancia o el insuficiente control de los países receptores⁷⁸.

En el Informe de la Comisión se consideró también como una consecuencia de la regularización el posterior aumento de las solicitudes de reunificación familiar.

En conclusión, para la Comisión estamos ante una solución a corto plazo que no elimina el problema en el futuro, puesto que los analizados son procesos que se repiten cíclicamente, por término medio cada seis años y medio. Por ello estima que las medidas de regularización a gran escala deberían evitarse o limitarse a situaciones muy excepcionales, aparte de informar y consultar determinados aspectos con los demás Estados Miembros con antelación. No obstante, también considera inaceptable que los Estados permitan la residencia ilegal duradera de grandes números de nacionales de países terceros.

Nos parece también interesante destacar las conclusiones del Informe del Parlamento Europeo sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal y la integración de los emigrantes⁷⁹, en el que destaca que comparte con la Comisión la idea de que la regularización en masa de los inmigrantes ilegales no es una solución para el problema

entre los irregulares de que siempre habrá una regularización extraordinaria, Informe del CES "La Inmigración...", Op. cit., p. 138. También sobre la regularización como incentivo de la llegada de inmigración irregular, J. Pérez Milla, "Integración y Atracción...", Op. cit.; p. 243.

77 En este sentido, A.F. Franco Pérez; "Inmigración y Extranjería...", Op. cit., p. 202.

78 Vid. A. Montoya Melgar, El Empleo Ilegal..., Op. cit.; p. 16.

79 3.05.2005. 2004/2137 (INI).

de la inmigración ilegal y, a falta de un sistema común de inmigración y de asilo, debería tener carácter excepcional y único, ya que no soluciona los verdaderos problemas de fondo. No obstante, señala que estas operaciones de regularización son importantes para combatir el trabajo en negro, integrar a los inmigrantes ilegales en la sociedad y evitar que sean explotados.

Mucho más recientemente, el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo⁸⁰, aunque relaja su posición inicial en relación a la prohibición expresa de las regularizaciones masivas, refleja su clara preferencia por una regularización caso a caso. Así, aunque reconoce un amplio margen de maniobra a los Estados Miembros para combatir la llegada y/o estancia de indocumentados (alrededor de 8 millones en toda la Unión), considera que deberían utilizar las regularizaciones caso por caso y no las generales, en el marco de las legislaciones nacionales, sea por motivos económicos o humanitarios.

Pues bien, si esta posición de partida es perfectamente compartible, son notorias las dificultades para poner sobre la mesa soluciones eficaces al problema de la inmigración irregular. En el propio seno de la UE se producen importantes desencuentros en esta materia, pues mientras la Comisión propone el desarrollo de una política comunitaria de repatriación, abordando el problema garantizando la vuelta al país de origen, el Consejo Económico y Social Europeo mantiene una postura bien diversa, dada la insuficiencia de la política de retorno que debe venir acompañada de medidas de regularización para evitar que se mantenga la dimensión de la población que se encuentra en situación irregular, con lo que ello conlleva de fomento de la economía sumergida, la explotación laboral y la exclusión social⁸¹.

80 Aprobado por el Consejo de Ministros de Justicia e Interior y aprobado formalmente en la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea celebrada los días 15 y 16 de octubre de 2008.

81 Vid. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones al "Estudio sobre los Vínculos entre la Migración Legal e Ilegal". DOUE serie C n° 157, de 28 de junio de 2005. También

No debemos ignorar que en nuestro país, dada la situación económica en la que nos hallamos inmersos, el imparable y persistente problema de la presencia de “irregulares” y las poco halagüeñas previsiones de futuro, se ha iniciado una batería de medidas encaminadas a promover el retorno voluntario de determinados extranjeros a sus países de origen. Así en el Real Decreto-ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen⁸² se considera que “Esta línea de actuación se encuadra en un marco más amplio orientado a ordenar el fenómeno migratorio y los flujos migratorios. Con el abono de esta modalidad de prestación se favorecerá la reinserción laboral y profesional en sus países de origen, se fortalecerá el desarrollo de estos países con el retorno de trabajadores con una cualificación y experiencia laboral enriquecida y formativa y permitirá reforzar la relación de nuestro país con los países de origen”.

En esta difícil coyuntura económica puede que realmente acabe siendo notable la tan temida competitividad entre autóctonos e inmigrantes en algunos sectores económicos con su posible incidencia en una revisión de los salarios a la baja teniendo en cuenta que el porcentaje de inmigrantes está destinado a seguir aumentando⁸³.

sobre esta materia, R. Aguilera Izquierdo, “El Acceso de los Inmigrantes...”, Op. cit., p. 179.

82 BOE de 20 de septiembre. Vid. Resolución de 2.10.2008, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen (BOE 14 de octubre). Asimismo, vid. La Resolución de 23.10.2008, de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes, por la que se convoca la concesión de subvenciones para el retorno voluntario de personas inmigrantes (BOE 25 de octubre). Además, recientemente se ha aprobado el RD 1800/2008, de 3 de noviembre por el que se concretan y se establecen los requisitos y condiciones para poder acceder a este abono anticipado y acumulado (BOE 11.11.2008).

83 M. Kostova Karaboytcheva, “Una Evaluación del Último Proceso...”, Op. cit., p. 19.

Por otro lado, aunque en su momento el proceso sirvió para “legalizar” la situación laboral de muchos extranjeros, no acaba con el problema, resultando absolutamente necesario poner una mayor atención en la lucha efectiva contra la contratación ilegal que en buena medida está en la base de la irregularidad⁸⁴. Ahora bien, pese a que se hayan dado pasos en esta dirección, dificultar la contratación ilegal de los inmigrantes irregulares viene a actuar sólo sobre una faceta de un problema muy complejo. Y es que, además, con ello no se da respuesta a la demanda general de mano de obra extranjera regular⁸⁵. Para algunos sólo un cambio de las vigentes estructuras socioeconómicas globales permitiría incidir sobre las tendencias migratorias que hoy por hoy preocupan a los gobernantes de la UE. Dado que un cambio de esta naturaleza resulta poco probable en las actuales circunstancias internacionales, cualquier alternativa de solución que pueda ofrecerse no deja de ser un mero paliativo en lugar de verdaderas soluciones⁸⁶.

En otro orden de consideraciones, se ha venido a afirmar, asimismo, que la presencia masiva de inmigrantes puede provocar un desbordamiento de los servicios públicos⁸⁷ y, en muchas ocasiones, en los medios de comunicación se les llega a acusar de los colapsos producidos en la sanidad pública. Sin embargo, no debemos pasar por alto dos observaciones. Una, que la mayoría de las personas (sean nacionales o no) sólo acuden a los servicios sanitarios ante si-

84 En la misma línea se mueve R. Aguilera Izquierdo, “El Acceso de los Inmigrantes Irregulares...”, Op. cit.; p. 177. Véase en este sentido el Dictamen del Comité de las Regiones “Un Enfoque Global de la Migración: el Desarrollo de una Política Europea de Inmigración Laboral y su Encaje en las Relaciones con los Países Terceros” (2008/C 257/04) (DOUE 9.10.2008), que entre sus recomendaciones generales señala que “coincide en que el empleo ilegal es uno de los principales factores de atracción de la inmigración irregular, y en que, por tanto, los Estados miembros deben profundizar y mejorar sus esfuerzos para adoptar todas las medidas necesarias de lucha contra el mercado de trabajo irregular”.

85 R. Sandell, “En Busca de una Inmigración...”, Op. cit.; p. 4.

86 A.F. Franco Pérez, “Inmigración y Extranjería...”, Op. cit.; p. 230.

87 Por todos, vid. E. Arnaldo Alcubilla, “Luces y Sombras...”, Op. cit., p. 129.

tuaciones de necesidad y estas situaciones, lógicamente, deben ser atendidas. En segundo lugar, tampoco hay que desconocer que una cifra importante de los inmigrantes que acceden al sistema público de salud lo hacen en base a sus cotizaciones a la Seguridad Social, por tanto, no se están beneficiando del servicio sin contribuir a la financiación. Resulta evidente que si se ha considerado que la llegada de inmigrantes tiene efectos positivos frente al envejecimiento de la población, este crecimiento demográfico tiene que verse correspondido con una mayor prestación de servicios públicos. Sin duda nuevamente estamos ante el reflejo de una notable improvisación en las políticas públicas y del poco realismo de las previsiones sobre la presencia de inmigrantes, que llevan a un desfase entre el crecimiento de la población y el de los correspondientes servicios. En este sentido, resulta interesante destacar que entre las prioridades para la legislatura contenidas en el reciente Informe sobre la situación de la Integración Social de los Inmigrantes y Refugiados en 2008 ya citado, se resalta la necesidad de adecuar cuantitativa y cualitativamente los servicios públicos y garantizar el acceso en igualdad de condiciones, en especial en lo que respecta a educación y sanidad.

Hay que tener presente que el proceso también estaba llamado a tener efectos no demasiado positivos para aquellos a quienes se denegó la solicitud, puesto que, de un lado, se habrán archivado otras solicitudes eventuales de residencia o de residencia y trabajo que estuvieran en trámite y que no habrían de revivir por el hecho de la denegación normalizadora y, de otro, el extranjero habrá levantado el velo de su posible ocultamiento a los ojos de la Administración, siendo en adelante más vulnerable a las medidas que puedan adoptarse en contra de aquellos extranjeros que se encuentren en situación irregular⁸⁸.

88 L.E. De la Villa de la Serna, "Luces y Sombras en la Normalización...", Op. cit.; p. 14.