

¿Existe un derecho en España a la regularización para los nacionales de terceros países en situación irregular? Un análisis a luz del Derecho Europeo, la Convención Europea de Derechos Humanos y la Ley de Extranjería.

Diego Acosta Arcarazo, David Fernández-Rojo y Diego Ginés Martín

1. Introducción

La regulación de la situación jurídica de ciudadanos no comunitarios que se encuentren en situación irregular en España y, más en concreto, la posibilidad de obtener un permiso de residencia depende tanto de la Ley de Extranjería (LOEX)¹ y su Reglamento (REX)², como del Derecho de la Unión Europea (UE), en particular la Directiva 2008/115³ y la Carta de Derechos Fundamentales (CDfUE), así como del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁴, principalmente el Artículo 8 del mismo. Además, se ha de tener en cuenta la jurisprudencia tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Estas diversas fuentes jurídicas no solo pueden entrar en contradicción en algunos casos, sino que, además, han de adaptarse a reglamentar de la mejor manera posible una realidad endémica como es la existencia en España, así como en muchos otros países de la Unión, de un número fluctuante de personas que residen en el territorio careciendo de una autorización de residencia (Baldwind-Edwards y Kraler, 2009).

En España la inmigración irregular deriva de diversos factores, principalmente la dificultad de reclutar trabajadores no europeos por vías regulares, la necesidad de hacerlo en origen y teniendo en cuenta la situación nacional de empleo y el hecho de que los gobiernos de distinto signo político la hayan tolerado dada la necesidad de mano de obra en distintos sectores (Finotelli & Kolb, 2017; Finotelli & Echeverría, 2017; Malheiros, 2012). Si bien ha habido reformas al Reglamento de la Ley de Extranjería que han facilitado la contratación de extranjeros, tales como el Real Decreto 629/2022, se estima que en 2019 había en España entre 390,000 y 470,000 personas en situación irregular (Gálvez Iniesta, 2020), mientras que en 2008 las estimaciones señalaban unos 354,000 (Clandestino, 2009, p. 74). Es importante destacar que la mayor parte de las personas en situación irregular en España entran dentro de la categoría de irregularidad sobrevenida, es decir, tuvieron en algún momento una residencia legal en el país, lo cual se contrapone con el concepto de irregularidad profunda que se aplica a aquellos que ya entraron al país de manera irregular. Por tanto, la sobreestadía una vez que una autorización de estancia, por ejemplo, por motivos de turismo, haya caducado es el principal generador de irregularidad en España (Consejo Económico y Social de España, 2019, p. 218).

Como se ha señalado, las normas que regulan la situación de estos ciudadanos no comunitarios derivan de tres niveles. En primer lugar, la Directiva 2008/115, mejor conocida como Directiva de Retorno, establece el procedimiento para la salida voluntaria o expulsión de aquellos en situación irregular. El objetivo principal de la Directiva es la finalización de la situación irregular. Es por ello que, en su artículo 6(4), se permite a los Estados Miembros el regularizar “en cualquier momento” y “por razones humanitarias o de otro tipo” a un nacional

¹ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12/01/2000).

² Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE núm.,103, de 30/04/2011).

³ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DO L 348, de 24 de diciembre de 2008, p. 98).

⁴ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (BOE núm. 243/1979, de 10/10/1979).

de un tercer país que se encuentre en situación irregular. El TJUE ha señalado en el asunto *Mahdi*⁵ que lo previsto en el Artículo 6(4) de la Directiva supone una posibilidad, pero no una obligación para los Estados Miembros. Algunos autores han criticado esta lectura por no considerar el TJUE en su sentencia la CDfUE (Acosta 2015). Además, el artículo 5 establece la obligación en los Estados Miembros de tener en cuenta, por una parte, el respeto del principio de no devolución y, por otra, el estado de salud de la persona, el interés superior del niño y la vida familiar. Precisamente relacionado con estos dos últimos elementos, el Artículo 8 de la CEDH establece el derecho al respeto a la vida privada y familiar sin importar, por supuesto, el estatus administrativo de la persona en cuestión.

En segundo lugar, las condiciones que determinan tanto la legalidad de la expulsión como la existencia de un eventual derecho humano a la regularización de los nacionales de terceros países vienen recogidas en la jurisprudencia del TEDH.

Por último, la residencia temporal, regulada en el Artículo 31 de la LOEX, permite al nacional de un tercer país permanecer en España por un periodo superior a 90 días e inferior a cinco años. Además de los permisos de residencia habituales en cualquier ordenamiento jurídico, tales como aquellos que habilitan para trabajar, la administración española también puede otorgar permisos de residencia temporal por circunstancias excepcionales en cuatro escenarios distintos: arraigo, razones humanitarias, cooperación con las autoridades públicas y, por último, otras circunstancias excepcionales, tales como haber sido víctima de violencia de género.

Si bien la LOEX determina la potestad administrativa para casos excepcionales, el uso de estos permisos no es para nada inusual sino todo lo contrario. De hecho, si atendemos a las estadísticas para el año 2021, podemos confirmar como de los 379,085 permisos de residencia temporales que se otorgaron, los cuales incluían tanto primeros permisos como renovaciones, 143,225, es decir más del 37% de total, fueron concedidos bajo una de las cuatro vías excepcionales (Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, 2022, p. 10). Esto hace posible que miles de ciudadanos no comunitarios puedan o bien regularizar su situación en el país, o bien evitar el caer en la irregularidad migratoria. Además, como puede observarse en la Tabla 1, el número de este tipo de permisos concedidos viene en aumento en los últimos años, principalmente debido al incremento de nacionales venezolanos que han obtenido residencia por razones humanitarias.

Tabla 1

Año	Número total de residencias temporales por circunstancias excepcionales	Nacionales de Venezuela – circunstancias excepcionales (primer permiso o renovación)	Nacionales de Venezuela – circunstancias excepcionales (primer permiso)
2021	143.225	65.298	14.720
2010	132.020	82.420	46.834
2019	83.282	39.435	39.139
2018	41.767	2314	2190
2017	32.918	1356	1268

Tabla 1: Número total de residencias temporales por circunstancias excepcionales 2017-2021. Elaboración propia con datos del Observatorio permanente de la inmigración⁶.

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2014, *Mahdi*, C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320, apdo. 89.

⁶ Datos del Observatorio Permanente de la Inmigración: https://inclusion.seg-social.es/web/opi/estadisticas/catalogo/flujo_autorizaciones/resultados

En el capítulo que nos ocupa, nuestro interés se centra en la figura del arraigo. Si bien la regularización mediante el arraigo es un procedimiento que no es inusual ni en perspectiva comparada europea (Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, 2021; Hinterberger, 2023), ni en comparación con lo que acontece en países en otras regiones, por ejemplo, en América Latina (Acosta & Harris 2022; Acosta, 2018), es cierto que supone un elemento central en el sistema jurídico español. En efecto, 190.414 personas contaban en junio de 2023 con un permiso inicial de residencia por arraigo (Observatorio Permanente de la Inmigración, 2023, p. 2). Además, es esencial investigar esta figura jurídica en su relación con el derecho de la UE y con la CEDH.

Por consiguiente, este capítulo se estructura de la siguiente manera. En la siguiente sección, se analizará en qué medida el artículo 57.1 LOEX, el cual, conforme al principio de proporcionalidad, sanciona la estancia irregular en España bien con una multa, o bien con expulsión, es compatible con el efecto útil de la Directiva 2008/115, que exige que los extranjeros sujetos a una decisión de retorno sean efectivamente devueltos a sus países de origen en el plazo otorgado para su salida voluntaria o forzosa. A la espera de que el legislador español se decida a armonizar las disposiciones de la LOEX con la Directiva 2008/115, entendemos, en línea con lo dispuesto por el Tribunal Supremo (TS) en sus dos últimos pronunciamientos de 18 de septiembre de 2023, que la estancia irregular del extranjero sin circunstancias agravantes se sanciona con una multa acompañada de un requerimiento de salida voluntaria.

En la tercera sección se investigará la jurisprudencia del TEDH en materia de expulsión y regularización de nacionales de terceros países en base al artículo 8 CEDH, sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar. En este sentido, se constatará la existencia de una jurisprudencia que muestra una marcada deferencia hacia la soberanía de los Estados, la cual, unida al marco jurídico español en materia de regularización, sugiere una efectividad limitada como instrumento de regularización en España.

En el cuarto apartado, se examinará el funcionamiento de la figura del arraigo bajo el ordenamiento jurídico español. El capítulo concluirá con unas breves reflexiones.

2. La relación entre la Directiva 2008/115 y la Ley de Extranjería en cuanto a la multa o expulsión de los nacionales de terceros países en situación irregular

El artículo 53.1.a) de la LOEX establece como una infracción grave la presencia irregular en territorio español, al no haber obtenido la autorización de residencia o documentos similares cuando sean exigibles. De acuerdo con el principio de proporcionalidad, esta infracción puede ser sancionada bien con una multa (artículo 55.1.b) LOEX), o bien mediante expulsión forzosa (artículo 57.1 LOEX), acompañada de una prohibición de entrada en territorio español durante un periodo determinado (artículo 58.1 LOEX). Desde la adopción de la Directiva 2008/115/CE, ha habido una extensa y contradictoria jurisprudencia tratando de definir la capacidad sancionadora de la Administración española cuando un extranjero se encuentra en situación irregular en España. Tras la última sentencia del TJUE del 3 de marzo de 2022 sobre el sistema español de multa-expulsión⁷, el TS primero concluyó, en su sentencia del 16 de marzo de 2022, que la sanción de multa quedaba desplazada y correspondía exclusivamente aplicar la sanción de expulsión⁸. Sin embargo, en sus dos últimos pronunciamientos, de 18 de septiembre de

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2022, *UN*, C-409/20, EU:C:2022:148.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 33/2022 de 16 de marzo de 2022, ES:TS:2022:988.

2023, el TS rectificó y reintrodujo la posibilidad de imponer una multa en casos de estancia irregular de extranjeros, siempre y cuando no existan elementos negativos en su expediente⁹.

El TJUE emitió su primer pronunciamiento sobre la normativa española de multa y expulsión en materia de extranjería el 22 de octubre de 2009 en el caso *Zurita y Choque*. La Directiva de retorno aún no había desplegado sus efectos, y el Tribunal concluyó que el sistema de multa-expulsión era compatible con el marco normativo facultativo para los Estados miembros en ese momento¹⁰. Sin embargo, en la sentencia *Zaizoune* de abril de 2015, el TJUE declaró incompatible con la Directiva de retorno el sistema español de multa o expulsión¹¹, lo que llevó al TS a establecer en diciembre de 2018 que, en casos de mera estancia irregular, la expulsión era la medida a adoptar¹². Tras el asunto *Zaizoune*, si bien la mayoría de los tribunales en España comenzaron a aplicar directamente la expulsión, algunos de ellos siguieron aplicando la multa, argumentando que la aplicación directa de la Directiva perjudicaba los derechos de los extranjeros.

En atención a la posición de algunos tribunales españoles que continuaban imponiendo multas a extranjeros en situación irregular contraviniendo la jurisprudencia del TS, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Castilla-La Mancha planteó una nueva cuestión prejudicial al TJUE en julio de 2019. En octubre de 2020, el TJUE respondió indicando que, cuando la normativa nacional permita aplicar una multa o expulsión y la expulsión solo sea posible en presencia de circunstancias agravantes adicionales a la situación irregular, la autoridad nacional no puede basarse directamente en la Directiva de retorno para adoptar una decisión de expulsión¹³. Esto es, las directivas de la UE no pueden crear obligaciones para los individuos por sí mismas y los principios de legalidad, seguridad jurídica e irretroactividad limitan la aplicación del principio de interpretación conforme en el ámbito sancionador¹⁴. En respuesta a la Sentencia del TJUE de 8 de octubre de 2020, el TS volvió a fijar su doctrina y señaló en la Sentencia de 17 de marzo de 2021 que la estancia irregular conllevaba la sanción de expulsión, sin que se pudiese conmutar por una multa, y que la expulsión exigía, en cada caso y de manera individualizada, la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pusiesen de manifiesto y justificasen la proporcionalidad de la medida adoptada¹⁵.

En el último pronunciamiento del TJUE, que tuvo lugar el 3 de marzo de 2022, se abordó la cuestión planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Pontevedra¹⁶. El tribunal español preguntó si la Directiva 2008/115 se oponía a una normativa nacional que sanciona la permanencia irregular de extranjeros sin circunstancias agravantes con una multa y un requerimiento de retorno voluntario, seguido de la sanción de expulsión en caso de no regularización o retorno voluntario. El TJUE determinó que la Directiva de retorno no se oponía a dicha normativa nacional que imponía, en un primer momento, una multa con la obligación de abandonar el territorio en un plazo determinado, y, en un segundo momento, la expulsión si el extranjero no se regularizaba ni retornaba voluntariamente¹⁷. La Directiva no prohíbe que la multa y la expulsión se impongan sucesivamente, siempre que la orden de salida voluntaria se añada a la multa, como exige el artículo 24 del Reglamento de Extranjería.

⁹ Sentencias del Tribunal Supremo 1140/2023 y 1141/2023 de 18 de septiembre de 2023, ES:TS:2023:3700 y ES:TS:2023:3701.

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2009, *Zurita y Choque*, C-261/08 y C-348/08, EU:C:2009:648, apdo. 66.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 2015, *Zaizoune*, C-38/14, EU:C:2015:260.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2018, 1716/2018, ES:TS:2018:4270.

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de octubre de 2020, *MO*, C-568/19, EU:C:2020:807.

¹⁴ *Ibid.*, apdos.33 y 35.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2021, 366/2021, ES:TS:2021:1181.

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2022, *UN*, C-409/20, EU:C:2022:148.

¹⁷ *Ibid.*, apdo. 59 y 60.

Sin embargo, en su sentencia de 16 de marzo de 2022, el TS reafirmó su posición sobre la incompatibilidad de la Directiva de retorno con el sistema español de multa-expulsión¹⁸. El TS consideró que el TJUE en su pronunciamiento de 3 de marzo de 2022 se basó en una incorrecta interpretación del derecho nacional presentada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Pontevedra. La única sanción posible para la estancia irregular, según el TS, era la expulsión, pero debía evaluarse caso por caso, considerando la concurrencia de circunstancias agravantes que justificaran la proporcionalidad de la medida. El TS señaló que, a pesar de la existencia de la orden de salida voluntaria, esta es inconcreta e ineficaz, y no se establecen medios para hacerla efectiva, lo que contraviene el efecto útil de la Directiva de retorno. El TS se vio en la necesidad de inaplicar la multa, a pesar de ser más favorable para los extranjeros, con el objetivo de hacer una interpretación de la LOEX que sea conforme a la Directiva de retorno. El TS argumentó que no era admisible interpretar el art. 57.1 LOEX en el sentido de poder aplicar la opción de multa o expulsión al extranjero en situación irregular, ya que procede su expulsión o la acción debe quedar al margen del ámbito sancionador.

Empero, y llevando a cabo un nuevo giro en su interpretación, el TS cambió su doctrina más tarde. Con fecha de 18 de septiembre de 2023, el TS señala que “(...) tras el análisis de la STJUE de 3 de marzo de 2022 (...) estamos obligados (...) a rectificar lo afirmado en el fundamento cuarto de nuestra sentencia de 16 de marzo de 2022, recurso 6695/2020 (...)”¹⁹. El TS establece ahora que la imposición de la sanción de expulsión a un extranjero en situación irregular, sin la concurrencia de circunstancias agravantes, constituye una vulneración del derecho fundamental a la legalidad sancionadora, tal y como indica el Tribunal Constitucional en su sentencia 47/2023 de 10 de mayo²⁰. Por tanto, conforme el principio de proporcionalidad que exige que las sanciones guarden proporción con la gravedad de la infracción, la sanción preferente a imponer a extranjeros en situación irregular, cuando no concurren circunstancias agravantes, es la multa. En estos casos, se advierte al afectado que debe abandonar voluntariamente el territorio nacional en el plazo establecido en la resolución sancionadora. En la sentencia 1141/2023 el TS enfatiza la necesidad de realizar una valoración y apreciación individualizada de las circunstancias agravantes sin aplicar de manera automática la sanción de expulsión²¹.

En definitiva, la deficiente y confusa transposición de la Directiva de retorno por parte de la legislación española de extranjería ha llevado a numerosos pronunciamientos del TJUE y del TS, generando inseguridad jurídica y un evidente perjuicio para los migrantes en situación irregular sin circunstancias agravantes en España, quienes han quedado a merced de innumerables vaivenes interpretativos. Paradójicamente, las personas extranjeras con circunstancias agravantes adicionales a la simple permanencia irregular, o aquellas interceptadas en la frontera, no han experimentado estos vaivenes.

Dado que el TJUE no puede interpretar el derecho interno de cada Estado miembro, sino que queda vinculado a la concreta interpretación que realice el órgano judicial que le plantea la cuestión prejudicial, y en ausencia de una cuestión prejudicial elevada por el TS, el TJUE ha emitido dictámenes dispares en función de la heterogénea interpretación del derecho nacional realizada por los tribunales españoles en sus respectivas cuestiones prejudiciales. No obstante, el TJUE, independientemente de la cuestión a examen siempre ha sostenido que: 1) la situación de irregularidad de un ciudadano extranjero conlleva la consecuencia de adoptar una decisión de retorno; 2) es compatible con la Directiva de retorno que el extranjero, durante el plazo de retorno voluntario que se le conceda, intente regularizar su situación y; 3) todo

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2022, 988/2022, ES:TS:2022:988.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 1140/2023 de 18 de septiembre de 2023, ES:TS:2023:3700, Fundamento Jurídico Sexto.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2023, de 10 de mayo, ES:TC:2023:47.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo 1141/2023 de 18 de septiembre de 2023, ES:TS:2023:3701.

procedimiento de expulsión ha de estar sujeto al principio de proporcionalidad y a una valoración individualizada del expediente de cada migrante irregular. El TJUE invariablemente ha subrayado que no es posible un sistema nacional que, una vez decidido el retorno del extranjero en situación irregular, frustre su salida mediante prórrogas o demoras que no atiendan a las exigencias de un tiempo prudencial, perpetuando así su permanencia irregular y vaciando de contenido la Directiva de retorno. La expulsión no puede ser sustituida por una multa que no lleve aparejada la obligación de la salida del migrante irregular, ni erigirse esta en un mecanismo que mediante dilaciones excesivas suponga una permanencia irregular del migrante en el territorio del Estado miembro correspondiente.

Tras el que parece el último pronunciamiento del TS se pone fin a una hermenéutica jurídica errante y se concluye la procedencia de la sanción de multa ante la mera estancia irregular en España y la expulsión si concurren circunstancias negativas debidamente acreditadas en el expediente del migrante. El TJUE, por el contrario, ha conseguido mantenerse al margen de las idas y venidas interpretativas nacionales pues ya desde el asunto *Zurita y Choque*, viene apuntando que “la resolución por la que se impone una multa no es un título que permita a un nacional de un tercer país en situación irregular permanecer legalmente en territorio español, toda vez que, al margen de si la multa se paga o no, dicha resolución se notifica al interesado con la advertencia de que debe abandonar el territorio en un plazo de quince días, y que, si no obedece podrá ser perseguido sobre la base del artículo 53, letra a), de la Ley de extranjería y podrá ser expulsado de forma inmediata”²². Transitoriamente, y a la eterna espera de la correcta trasposición nacional de la Directiva de retorno, la sanción de multa contemplada en la LOEX para la mera permanencia irregular no implica una regularización encubierta de la situación del ciudadano extranjero en territorio nacional. En caso de no obtener la autorización de residencia, el migrante tendría ya una circunstancia agravante en su expediente: la violación de una orden de salida voluntaria asociada a la multa previamente impuesta, lo cual justificaría su expulsión.

3. El derecho a la regularización en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

Dentro del derecho internacional de los derechos humanos, es difícil identificar esferas en las que los Estados cuenten con prerrogativas soberanas tan amplias como en el derecho de extranjería. A nivel europeo, el TEDH ha dictaminado en repetidas ocasiones a raíz de su fallo en *Abdulaziz, Cabales y Balkandali* que, si bien el CEDH protege a las personas migrantes, existe un principio de derecho internacional “firmemente establecido” según el cual los Estados tienen el derecho de controlar quien entra, permanece o abandona su territorio conforme a sus leyes migratorias²³. En resumen, los derechos humanos de los migrantes no se encuentran únicamente limitados por las provisiones del CEDH, sino adicionalmente por las “prerrogativas soberanas” de los Estados a controlar la inmigración en su territorio. Se trata de una verdadera inversión argumentativa, a partir de la cual el razonamiento del TEDH comienza con las prerrogativas soberanas de los Estados, quedando los derechos garantizados por el Convenio en un segundo plano (Dembour, 2015). Es por ello que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en materia de extranjería muestra una marcada deferencia hacia la soberanía de los Estados (Costello, 2015, p. 316).

En este contexto, el Artículo 8 del CEDH establece el derecho de todas las personas “al respeto de su vida privada y familiar”, si bien su párrafo segundo posibilita injerencias en la

²² Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2009, *Zurita y Choque*, C-261/08, EU:C:2009:648, apdo. 65.

²³ TEDH, Sentencia del TEDH de 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, apdo. 67.

medida en que la limitación sea “necesaria en una sociedad democrática”²⁴. Se trata, por tanto, de un derecho relativo, que en el caso de las personas migrantes queda además doblemente condicionado por las prerrogativas de los Estados en materia de inmigración. Durante décadas, los abogados de extranjería han desafiado dichas prerrogativas ante el Tribunal de Estrasburgo en base al artículo 8 del Convenio. Este artículo puede operar tanto como un instrumento para impedir la expulsión como para obligar a los Estados a regularizar a personas en situación irregular.

En el primero de los supuestos, el TEDH ha desarrollado una copiosa e impredecible jurisprudencia. La existencia de prerrogativas estatales no impide que los vínculos familiares o sociales de un no nacional le puedan otorgar un derecho a no ser expulsado. A lo largo de décadas de jurisprudencia²⁵, el Tribunal ha intentado sistematizar los criterios a ponderar por parte de los Estados para justificar la medida de expulsión²⁶, dando lugar sin embargo a una imprevisible combinación de sentencias condenatorias y absolutorias en una línea jurisprudencial eminentemente errática²⁷. Sin embargo, y pese al amplio margen de apreciación del que disponen los Estados en este ámbito, la jurisprudencia del TEDH no deja dudas respecto de la necesidad de realizar un análisis individualizado sobre el impacto de la expulsión en la vida privada y familiar de los extranjeros. Es precisamente en base a ello que España fue condenada por el TEDH en el caso de *Saber y Boughassal*. En particular, el Tribunal condenó la aplicación automática por parte de los jueces españoles del artículo 57(2) de la LOEX, que expulsaba a aquellos inmigrantes condenados por delitos castigados con penas superiores a un año de prisión sin evaluar su compatibilidad con el artículo 8 CEDH²⁸.

No obstante, la posibilidad de impugnar con éxito una decisión de expulsión en base al artículo 8 CEDH no lleva aparejada la obtención de un permiso de residencia. El TEDH ha manifestado reiteradamente que la imposibilidad de expulsar a alguien en virtud de los derechos adquiridos bajo el artículo 8 CEDH y la obtención de un permiso de residencia son cuestiones diferentes. La regla general es, por lo tanto, que el permitir la permanencia física del migrante en el Estado anfitrión es condición suficiente para que el Estado salvaguarde el respeto a su vida privada y familiar²⁹.

Lo anterior no ha impedido que, en situaciones de especial precariedad, y de un modo individualizado, el Tribunal de Estrasburgo haya obligado a los Estados a regularizar a los solicitantes. Es en estos supuestos donde podemos vislumbrar un derecho humano a la

²⁴ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (BOE núm. 243/1979, de 10/10/1979).

²⁵ Además de la jurisprudencia mencionada, el TEDH tiene también abundante jurisprudencia en materia de extranjería en relación con el Artículo 3 CEDH. Este artículo prohíbe en términos absolutos la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, y ha sido interpretado consistentemente por el Tribunal de Estrasburgo como una obligación de no-devolución.

²⁶ TEDH, Sentencia de 2 de agosto de 2001, *Boultif c. Suiza*, apdo. 48; TEDH, Sentencia de 18 de octubre de 2006, *Üner c. Países Bajos*, apdo. 58. Los criterios a tener en cuenta incluyen la duración de la estancia (regular o irregular) en el Estado anfitrión, la presencia de actividad delictiva, los vínculos sociales o familiares de la persona con el Estado anfitrión, la posibilidad de reintegrarse en su país de origen etc.

²⁷ Algunas de las sentencias más relevantes en este ámbito, tanto absolutorias como condenatorias, son: TEDH, Sentencia 18 de febrero de 1991, *Moustaquim c. Bélgica*; TEDH, Sentencia 21 de junio de 1988, *Berrehab c. Países Bajos*; TEDH, *Boultif* (n 5); TEDH, *Üner* (n 5); TEDH, Sentencia de 9 de octubre de 2003, *Slivenko c. Letonia*; TEDH, Sentencia de 28 de junio de 2011, *Nunez c. Noruega*.

²⁸ TEDH, Sentencia de 18 de diciembre de 2018, *Saber y Boughassal c. España*. La misma práctica ha sido considerada contraria a la Directiva 2003/109 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el asunto *López Pastuzano* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 2017, Wilber López Pastuzano, C-636/16, EU:C:2017:949).

²⁹ TEDH, Sentencia de 29 de abril de 2003, *Dremlyuga c. Letonia*; TEDH, *Nunez* (n 5); TEDH, Sentencia de 1 de marzo de 2018, *Ejimson c. Alemania*.

regularización (Thym, 2008). Fue en los años 2005 y 2006, cuando el Tribunal emitió sus primeras sentencias condenatorias en los fallos de *Sisojeva*, *Mendizabal* y *Rodrigues da Silva*³⁰.

El TEDH ha clarificado en el asunto *Ejimson* que los principios aplicables son similares en lo que respecta a las obligaciones negativas (no-expulsión) y positivas (regularización) de los Estados³¹, ya que en ambos supuestos es necesario lograr un “equilibrio justo” entre los intereses del migrante y los del Estado. Se trata, en definitiva, de una línea jurisprudencial diferente, pero que opera bajo los mismos parámetros. El Tribunal no ha especificado con claridad cuán más elevado es el umbral en casos de regularización en comparación con casos de expulsión. Sin embargo, sí ha mantenido durante años que el derecho a la regularización bajo el artículo 8 CEDH únicamente se adquiere en circunstancias excepcionales³². Para determinar si concurren circunstancias excepcionales el Tribunal ha considerado la duración de la residencia (regular o irregular)³³, la imposibilidad de regularizar la situación en dicho período³⁴, o los vínculos familiares (en particular la existencia de hijos con nacionalidad del Estado anfitrión)³⁵, entre otras circunstancias. En líneas generales, el TEDH ha requerido décadas de residencia en el Estado anfitrión (sin antecedentes penales), o alternativamente varios años de residencia acompañados de fuertes vínculos familiares. Por último, el TEDH ha manifestado en *Hoti* y *Sudita Keita* que la apatridia constituye un elemento determinante a favor de la regularización³⁶.

En su jurisprudencia más reciente, el Tribunal ha abandonado parcialmente el lenguaje de excepcionalidad observado en los casos anteriores. En el asunto *Pormes*, el TEDH determinó que la evaluación de la regularización del solicitante no se debía analizar desde una perspectiva de excepcionalidad, sino desde un “punto de partida neutral”³⁷. Sin embargo, en el mismo caso el Tribunal consideró que la denegación de un permiso de residencia a un adulto de nacionalidad indonesia que había vivido desde los cuatro años en los Países Bajos no violaba la Convención³⁸. Además, el Tribunal confirmó que se requieren “razones de mucho peso” para justificar la expulsión de migrantes de larga duración, pero no para denegar el acceso a un permiso de residencia³⁹.

En definitiva, el TEDH se enfrenta en los casos de inmigración irregular a un verdadero dilema con tres posibles respuestas: la expulsión, el limbo legal, y la regularización. Considerando la casuística del Tribunal de Estrasburgo en este ámbito, resulta complicado constatar la existencia de un derecho humano a la regularización compatible con las mínimas exigencias del principio de legalidad.

En el caso español, la legislación vigente proporciona, a priori, condiciones para la regularización que superan ampliamente los estándares mínimos establecidos desde Estrasburgo. La regularización a través de autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales previstas en el REX, y en particular el arraigo, analizado en el siguiente apartado, generalmente impiden que las situaciones de irregularidad administrativa

³⁰ TEDH, Sentencia de 16 de junio de 2005, *Sisojeva y otros c. Letonia*; TEDH, Sentencia de 31 de enero de 2006, *Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos*, TEDH, Sentencia de 17 de enero de 2006, *Aristimuño Mendizabal c. Francia*. En *Sisojeva*, la Gran Sala archivó el caso al haber otorgado Letonia un permiso de residencia renovable a los solicitantes.

³¹ TEDH, *Ejimson* (n 8) apdo. 56.

³² TEDH, *Rodrigues da Silva* (n 9) apdo. 39.

³³ TEDH, Sentencia de 3 de octubre de 2014, *Jeunesse c. Países Bajos*, apdo. 116.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ TEDH, *Rodrigues da Silva* (n 9) apdo. 44.

³⁶ TEDH, Sentencia de 26 de abril de 2018, *Hoti c Croacia*, apdos. 136-138, TEDH, Sentencia de 12 de agosto de 2020, *Sudita Keita c. Hungría*, apdos. 35-40.

³⁷ TEDH, Sentencia de 28 de Julio de 2020, *Pormes*, 25402/14 apdo. 61

³⁸ *Ibid.*, apdo. 69

³⁹ *Ibid.*, para. 59.

puedan prolongarse durante décadas, como sí ocurre en otros países en Europa. Según estadísticas proporcionadas por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en junio de 2023 las personas regularizadas por arraigo habían permanecido, de media, 2,8 años en situación irregular (Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, 2023, 2-3). Asimismo, el arraigo familiar previsto en el artículo 124(3)(a) proporciona condiciones más favorables que los mínimos proporcionados por el TEDH en sentencias como *Rodrigues da Silva*. Así, resulta poco sorprendente constatar la ausencia de casos contra España en el TEDH. En definitiva, el marco legislativo español parece proporcionar condiciones más favorables para la regularización, en comparación con un marco europeo minimalista y previsto para casos extremos de irregularidad prolongada y pasividad administrativa.

Es sin embargo en el ámbito de la criminalidad donde la legislación española ofrece menor protección. La retirada de los permisos de residencia y la expulsión están frecuentemente vinculadas a la comisión de un delito, siendo especialmente frecuentes los expedientes de expulsión en aplicación del artículo 57(2) LOEX, citado anteriormente⁴⁰. En la práctica, esto ha derivado en la adopción automática de expedientes de expulsión respecto de personas con más de veinte años de residencia legal en España⁴¹, aunque el TS ha incorporado la jurisprudencia del TEDH y del TJUE para tratar de impedirlo⁴². No obstante, el TS no se pronuncia sobre la pérdida del permiso de residencia de estas personas, la cual, como hemos analizado, podría por sí misma violar el artículo 8 CEDH independientemente de que no se materialice la orden de expulsión⁴³. Al mismo tiempo, y como se verá en el siguiente apartado, la regularización por arraigo bajo el REX exige generalmente la ausencia de antecedentes penales, pudiendo dar nuevamente lugar a situaciones de limbo legal e irregularidad prolongada potencialmente contrarias al CEDH. Sin embargo, resulta pertinente resaltar que las personas condenadas penalmente son precisamente las más desprotegidas en la jurisprudencia de Estrasburgo, que otorga a los Estados un margen de apreciación aún mayor en estos casos⁴⁴.

En definitiva, la legislación española proporciona, comparativamente, un marco favorable respecto de la regularización de las personas en situación irregular, superando ampliamente los parámetros mínimos marcados desde Estrasburgo. Sin embargo, esta protección adicional parece desaparecer desde el momento en el que los inmigrantes, sean regulares o irregulares, de corta o larga duración, cometan hechos delictivos.

4. La regularización de nacionales de terceros países en el sistema español

Como bien se ha visto en los anteriores apartados, la regularización en el sistema jurídico español ha de leerse en consonancia con lo establecido en el Derecho de la UE y el CEDH. Sin entrar a realizar un análisis pormenorizado de la figura del arraigo, podemos señalar algunos aspectos. En primer lugar, es importante destacar que el arraigo es un mecanismo permanente de regularización. Es decir, al contrario de las regularizaciones extraordinarias que España ha

⁴⁰ Información proporcionada por la Dirección General de la Policía tras ser solicitada a través del portal de transparencia. No obstante, el número de personas expulsadas en aplicación del artículo 57(2) LOEX ha ido descendiendo, desde 1.423 en el año 2015, hasta 278 en el año 2022.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo 1118/2022, de 7 de septiembre de 2022, ECLI:ES:TS:2022:3254, Fundamento Jurídico Segundo.

⁴² *Ibid.*; Sentencia del Tribunal Supremo 151/2021, de 13 de septiembre de 2021, ES:TC:2021:151.

⁴³ El Tribunal Constitucional (TC) sí se ha manifestado sobre la denegación de los permisos de residencia, aunque únicamente en supuestos de renovaciones de permisos de trabajo y residencia con antecedentes penales leves, en casos de denegaciones manifiestamente infundadas. Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2014, de 7 de abril, ES:TC:2014:46; Sentencia del Tribunal Constitucional 29/2017, de 7 de abril, ES:TC:2017:29; Sentencia del Tribunal Constitucional 151/2021, de 13 de septiembre, ES:TC:2021:151, Fundamento jurídico segundo.

⁴⁴ TEDH, Sentencia de 28 de junio de 2007, *Kaya c. Alemania*; TEDH, Sentencia de 21 de octubre de 1997, *Boujlifa c. Francia*; TEDH, Sentencia de 14 de septiembre de 2017, *Ndidi c. Reino Unido*.

llevado a cabo en el pasado bajo gobiernos de distinto signo político (Finotelli y Arango, 2011), el arraigo es un instrumento que permite al nacional de un tercer país solicitar un permiso de residencia en cualquier momento, siempre y cuando cumpla con una serie de requisitos. Dicho de otro modo, el arraigo otorga un derecho procedimental a solicitar la regularización y el permiso de residencia correspondiente.

En segundo lugar, los cuatro tipos de arraigo existentes pueden dividirse en dos grupos. Por un lado, tenemos los arraigos laboral, social y para la formación, los cuales pueden entenderse como instrumentos de política laboral que suplen, en diversos grados, la carencia de vías regulares de migración por motivos de trabajo en España. Por tanto, no se puede hablar aquí de permisos de residencia que tengan un componente humanitario, o basado en los derechos humanos, sino más bien uno utilitario. Es interesante señalar que el Pacto Mundial para la migración segura, ordenada y regular, el cual ha sido secundado por España, señala entre los objetivos que han apoyado los diversos estados el adoptar “vías de migración regular” que faciliten la movilidad laboral “en función de las prioridades nacionales”, “con miras a optimizar la correspondencia entre la oferta y la demanda”, garantizando “la movilidad de la mano de obra contratada en función del mercado” y “reduciendo los plazos de tramitación (...) para las autorizaciones de empleo estándar”.⁴⁵ A través del arraigo, España consigue estos objetivos, pero obligando necesariamente a la persona a pasar un período de residencia en situación irregular. Esto permite que el mercado laboral se auto-regule y favorece a aquellos que tengan las capacidades que demanda el mercado y puedan obtener un empleo y así regularizarse.

De hecho, los tres arraigos tienen requisitos similares que se pueden resumir en haber residido en España entre dos o tres años, carecer de antecedentes penales y tener una integración laboral en el país bien por haber ya trabajado durante un mínimo de seis meses (arraigo laboral), tener un contrato de trabajo firmado (arraigo social), o realizar una formación que concluya con la firma de un contrato en un área de empleo incluida en el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura (arraigo para la formación).

El énfasis en el mercado laboral también puede verse en las reformas realizadas en 2022 para evitar la llamada irregularidad sobrevenida, es decir, la que afecta a aquellos que habiendo tenido un permiso de residencia lo pierden posteriormente por no cumplir los requisitos para renovarlo. En este sentido, el Real Decreto 629/2022 que modifica el REX, facilita la renovación de permisos de trabajo (Artículo 71), posibilita que los que tienen una residencia por estudios puedan obtener una por trabajo cuando los completen (Artículo 199) y extiende la vigencia de los permisos temporales de trabajo a cuatro años (Art. 72).

Distinto es el caso del arraigo familiar. El mismo es aplicable en cuatro escenarios: 1) cuando el nacional de un tercer país en situación irregular es el padre, madre o tutor de un menor español y dicha persona tiene a cargo al niño o niña y vive con él o ella; 2) cuando la persona tiene a cargo a una persona española con discapacidad y ambos viven juntos; 3) en caso de familiares (cónyuge, pareja de hecho, ascendientes mayores de 65 años o menores a cargo, o descendientes menores de 21 años o mayores a cargo, de un ciudadano o ciudadana de nacionalidad española o de su cónyuge o pareja de hecho; 4) aquellos que sean hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

En estos casos el legislador busca garantizar la vida familiar en España de un ciudadano o ciudadana español. De hecho, el elemento clave en todos los casos es que el arraigo familiar no es posible en España si no hay en el grupo familiar un nacional español. Dicho esto, y como se ha visto en la sección anterior, este procedimiento es mucho más generoso que el establecido en la compleja y contradictoria jurisprudencia del TEDH.

⁴⁵ Pacto Mundial para la migración segura, ordenada y regular, objetivo 5. Asamblea General de Naciones Unidas, Distr. general 11 de enero de 2019, A/RES/73/195.

Por último, no existe en el ordenamiento jurídico español ninguna cláusula especial que atienda a las necesidades de aquellos ciudadanos no comunitarios en situación irregular que no puedan ser expulsados a su país de origen por distintos motivos, aspecto que ha sido señalado por el Defensor del Pueblo en su informe anual (2022, pp. 170-172). Es decir, estas personas o bien obtienen la residencia por alguna de las vías de arraigo ya explicadas, o se ven abocadas a residir en España durante largos periodos sin autorización, si bien es cierto que gozando de algunos derechos fundamentales garantizados como el acceso a la salud.

5. Conclusiones

El presente capítulo se ha interrogado sobre si existe un derecho a la regularización en España para los nacionales de terceros países en situación irregular. Esta es una pregunta de enorme centralidad teniendo en cuenta que, como bien ha señalado el anterior Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, la irregularidad puede llevar a situaciones de “explotación y marginación”, mayor exposición a “violencia de género y acoso” y “a situaciones de vulnerabilidad, lo cual reduce también los beneficios para el desarrollo que la migración aporta a los migrantes, a sus familias y a las comunidades implicadas.” (Relator especial, 2023, p. 3). Por otra parte, la finalización de la situación irregular constituye precisamente el objetivo principal de la Directiva de retorno. Habida cuenta de los bajos porcentajes de expulsión de las personas en situación irregular tanto a nivel nacional como europeo, resulta pertinente investigar acerca de la existencia de tal derecho.

Si bien se viene instando a España a que modifique la LOEX para que, conforme el artículo 6(1) de la Directiva 2008/115, los migrantes irregulares estén sujetos a un proceso de expulsión en lugar de a una sanción de multa, es importante tener en cuenta que el Capítulo II de la Directiva se titula “finalización de la situación irregular”. Esto conlleva que no en todas las circunstancias es exigible, ni deseable, un retorno efectivo para lograr una política migratoria bien gestionada, sino que también incluye la posibilidad de que los migrantes procedan a regularizar su situación mediante figuras jurídicas como la del arraigo. De lo que no cabe duda alguna es que sobre los ciudadanos extranjeros en situación irregular no pueden recaer las consecuencias de una deficiente trasposición nacional de la Directiva 2008/115, ni la inseguridad jurídica de desconocer si serán sancionados con una multa o un procedimiento de expulsión. El TS, tras sus últimos pronunciamientos, parece haber dado carpetazo definitivo a los incesantes vaivenes interpretativos desde que se conoció el asunto *Zaizoune* y concluye que la imposición de una multa no otorga a un nacional de un tercer país en situación irregular el derecho de permanecer en territorio español. Esto es, la imposición de una multa al inmigrante en el que no concurren circunstancias agravantes más allá de su mera permanencia irregular en España no supone una regularización encubierta que interfiera con el efecto útil de la Directiva 2008/115 pues si este no lograra regularizar su situación, o no regresara voluntariamente a su país de origen se procedería entonces a su expulsión.

La respuesta a nuestra pregunta inicial es que no existe como tal un derecho a la regularización, pero si una posibilidad de solicitarla para aquellos que cumplan con determinados requisitos que tienen principalmente que ver o bien con la existencia de lazos familiares con un nacional español o bien con la capacidad de trabajo y de obtener un contrato laboral. En el marco europeo, ni la Directiva de Retorno ni el CEDH otorgan un derecho a la regularización, a excepción de los supuestos excepcionales y a menudo imprevisibles contemplados en la jurisprudencia del TEDH.

El hecho de que España vaya más allá en sus mecanismos permanentes de regularización de lo establecido por el Derecho Europeo o por la Convención Europea de Derechos Humanos, no ha de leerse necesariamente como una aproximación al tema basada en una visión de derechos humanos o en un acercamiento a la irregularidad migratoria desde una

perspectiva humanitaria. Una lectura más compleja nos permite ver como el arraigo como un instrumento de política laboral que favorece a los nacionales de terceros países mejor posicionados a la hora de conseguir un empleo, obligándoles en cualquier caso a pasar un período de al menos dos años de residencia en situación irregular con las consecuencias negativas para la inclusión social y bienestar del individuo que ello pueda acarrear.

Bibliografía

Acosta, D. (2018). *The national versus the foreigner in South America. 200 years of migration and citizenship law*. Cambridge University Press. <https://doi-org.bris.idm.oclc.org/10.1017/9781108594110>

Acosta, D. (2015). The Charter, detention and possible regularization of migrants in an irregular situation under the Returns Directive: Mahdi. *Common Market Law Review*, 52 (5), 1361-1378. <https://doi.org/10.54648/cola2015107>

Acosta, D. y Harris, J. (2022), Regímenes de política migratoria en América Latina y el Caribe: inmigración, libre movilidad regional, refugio y nacionalidad. Banco de Desarrollo Interamericano.

Baldwind-Edwards, M. y Kraler, A. (2009). *Regime. Regularisations in Europe*. Pallas Publications.

Clandestino Project (2009). Final Report. Disponible en: <https://emnbelgium.be/sites/default/files/publications/clandestino-final-report.pdf>

Consejo Económico y Social de España (2019). Informe sobre la inmigración en España: Efectos y oportunidades. Disponible en: <https://www.ces.es/documents/10180/5209150/Inf0219.pdf>

Costello, C. (2015). *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*. Oxford University Press. <https://doi-org.bris.idm.oclc.org/10.1093/acprof:oso/9780199644742.001.0001>

Defensor del Pueblo (2023). Informe Anual 2022, Volumen I. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2022/>.

Dembour, M-B. (2015). *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*. Oxford University Press.

Finotelli, C. y Kolb, H. (2017). “The Good, the Bad and the Ugly” Reconsidered: A Comparison of German, Canadian and Spanish Labour Migration Policies. *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, 19(1), 72-86, DOI: 10.1080/13876988.2015.1095429.

Finotelli, C. y Echeverría, G. (2017). So close but yet so far? Labour Migration Governance in Italy and Spain. *International Migration*, 55(1), 39-51. <https://doi-org.bris.idm.oclc.org/10.1111/imig.12362>

Finotelli, C. y Arango, J. (2011). Regularisation of unauthorised immigrants in Italy and Spain: determinants and effects. *Documents d'Anàlisi Geogràfica*, 57(3), 495-515.

Gálvez Iniesta, I. (2020). The size, socio-economic composition and fiscal implications of the irregular immigration in Spain. UC3M Working papers.

Hinterberger, K. (2023). *Regularisations of Irregularly Staying Migrants in the EU. A Comparative Legal Analysis of Germany, Austria and Spain*. Nomos y Hart.

Malheiros, J. (2012). Framing the Iberian model of labour migration. Employment exploitation, de facto deregulation and formal compensation. En M. Okólski (Ed.), *European Immigrations Trends, Structures and Policy Implications* (pp. 159-177). Amsterdam University Press.

Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (2022). Flujo de Autorizaciones de Residencia Concedidas a Extranjeros. Año 2021.

Observatorio Permanente de la Inmigración (2023). Estadística de personas con autorización de residencia por arraigo. Stock mensual desde el 30 de junio de 2013 al 30 de junio de 2023. Disponible aquí: https://www.inclusion.gob.es/documents/2178369/2280852/Nota_Arraigo.pdf/d390a344-e1a8-b793-dd6e-e07ac10f863b?t=1690466582396

Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (2021). Regularization of Migrants in an Irregular Situation in the OSCE Region. Recent Developments, Points for Discussion and Recommendations. Disponible en: <https://www.osce.org/odihr/494251>

Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Felipe González Morales (2023). Formas de ampliar y diversificar los mecanismos y programas de regularización para mejorar la protección de los derechos humanos de los migrantes. 20 de abril de 2023, A/HRC/53/26

Thym, D. (2008). Respect for Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay. *International and Comparative Law Quarterly*, 57(1), 87-112.