

Ricardo Rueda Valdivia
Universidad de Granada

Imposible saber con exactitud el número de ciudadanos extranjeros que en la actualidad residen en nuestro país en situación irregular, si bien todo apunta a pensar que la cifra sigue siendo elevada; y ello a pesar de los procesos de regularización masiva que se han sucedido en el tiempo (el último en 2005), así como de la incorporación en 2007 a la Unión Europea de Rumanía y Bulgaria, con la consiguiente regularización, bajo el paraguas del Derecho comunitario, de los importantes colectivos de inmigrantes procedentes de tales países que hasta entonces vivían ilegalmente en España². En tal situación se encuentran, no solo quienes han entrado en nuestro país de manera irregular, al no haberlo hecho por los lugares habilitados a tal efecto, y no han conseguido aún regularizar su estatus por alguna de las vías previstas a tal efecto, sino también, y sobre todo, quienes, habiendo entrado legalmente en territorio español, no lo han abandonado cuando venían obligados a hacerlo. Y, a su vez, dentro de este segundo grupo, quedan incluidos, además de quienes han entrado (con o sin visado, dependiendo de su país de origen) como turistas o en visita familiar, por un tiempo máximo de tres meses, y han acabado quedándose, aquellos extranjeros que, tras haber permanecido legalmente en territorio español durante un determinado período de tiempo como titulares, bien de una autorización de residencia, residencia y trabajo o estancia por estudios, han dejado de estarlo al no conseguir la renovación o prórroga de la correspondiente autorización, y, aún así, siguen viviendo en España, incurriendo en lo que se conoce como irregularidad sobrevenida. Precisamente es éste último, el de los irregulares “sobrevenidos”, un colectivo que ha aumentado de manera considerable en los últimos años, aumento que ha venido propiciado por la profunda crisis económica que azota a nuestro país, y que ha incidido muy seriamente en la población inmigrante, determinando que hayan sido muchos los extranjeros que han perdido sus puestos de trabajo, y, con ello (una vez agotados, en su caso, la prestación y el subsidio de desempleo a los que tuvieran derecho), la posibilidad de renovar sus autorizaciones de residencia y trabajo.

Solo disponemos de los datos publicados por el INE respecto al número de extranjeros inscritos en el Padrón Municipal (Padrón al que, conviene recordar, y pese a la polémica suscitada al respecto en determinados ayuntamientos, tienen acceso todos los extranjeros con residencia habitual en España, cualquiera que sea su situación administrativa), que, cruzados con los que proporciona el Ministerio de Trabajo e Inmigración respecto al número de autorizaciones de residencia o de estancia en vigor, nos arrojan unas cifras, que podríamos pensar que corresponden a los extranjeros en situación irregular en España. Pero estas cifras lejos están de reflejar el número real de extranjeros irregulares que hay en España. En primer lugar, por cuanto no todos los extranjeros que viven en nuestro país en situación irregular se hallan empadronados (unos nunca lo han estado, y otros, si bien lo estuvieron, acabaron siendo dados de baja por no renovar su inscripción padronal, obligatoria cada dos años para los extranjeros sin residencia permanente)³. Y, en segundo término, porque las estadísticas oficiales de las que dispone el Ministerio no reflejan el total de extranjeros en situación legal en España, ya que no incluyen los datos relativos a los extranjeros en proceso de renovación o prórroga de sus autorizaciones de residencia o estancia, como tampoco los de aquéllos que, hallándose en situación legal en España, figuran en otros censos, como es el caso de los trabajadores transfronterizos o de los asilados⁴. En cualquier caso, aun cuando no sepamos su número exacto, lo que está claro es que el volumen de extranjeros en situación irregular en España sigue siendo en estos momentos muy importante.

¹ Trabajo realizado en el marco del proyecto de excelencia (P09-SEJ-4738) “Análisis transversal de la integración de mujeres y menores nacionales de terceros países en la sociedad andaluza: problemas en el ámbito familiar”, financiado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía.

² Ciertamente es que en situación irregular también se puede decir que se encuentran aquellos ciudadanos que, ostentando la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la Unión Europea, Espacio Económico Europeo o Suiza, no reúnen los requisitos exigidos por la legislación comunitaria para poder permanecer legalmente en España (recuérdese que, por encima de tres meses, solo se reconoce el derecho a residir a quienes trabajan, se han jubilado, disponen de medios económicos suficientes o se hallan cursando estudios, además de a sus familiares). Sin embargo, en esta comunicación solo nos referimos a los extranjeros que, teniendo la nacionalidad de un tercer Estado, y quedando, por tal motivo, sujetos a la legislación general de extranjería (Ley y Reglamento de Extranjería), no cumplen lo preceptuado en ésta última respecto a la entrada o la permanencia de extranjeros en nuestro país.

³ De hecho, ni siquiera lo están la totalidad de los extranjeros que residen legalmente en España.

⁴ A nivel provincial, y a partir de los datos de los que disponen las Subdelegaciones o Delegaciones del Gobierno respecto al número de renovaciones o prórrogas de autorizaciones denegadas, cabe también extraer algunas cifras que se podría pensar corresponden a la llamada irregularidad “sobrevenida”. Pero estas cifras no pues no se sabe cuántas de esas personas a las que le ha sido denegada la renovación o prórroga de su autorización se acaban quedando en España y cuántas retornan a su país de origen.

Ante la realidad que supone la presencia en nuestro país de este importante colectivo de personas en situación irregular (presencia ésta que viene siendo una constante desde que se iniciara el desarrollo económico de España y nuestro país acabara convirtiéndose en destino de flujos migratorios), el legislador no puede permanecer ajeno. Este, efectivamente, no puede ignorar que se trata de ciudadanos que incurrir en una clara infracción de la legislación de extranjería y que, por tal motivo, deben ser sancionados. De ahí que deba esforzarse en localizar a los infractores, en conseguir que a éstos, mediante la tramitación del correspondiente expediente sancionador, se les imponga la debida sanción, sea de multa o de expulsión del territorio nacional, así como en hacer que la sanción impuesta sea cumplida, pretensión ésta última que, en determinadas ocasiones, puede llegar a requerir la adopción, con carácter cautelar, de determinadas medidas, algunas tan severas como el internamiento o privación de la libertad ambulatoria del extranjero. Pero, al mismo tiempo, el legislador debe tener presente que se encuentra ante personas, y que a éstas, tanto por mandato constitucional como por compromisos internacionales asumidos, necesariamente les ha de reconocer un conjunto de derechos mínimos. Incluso, debe considerar la oportunidad de dejar abierta la puerta a que, en supuestos concretos, y por concurrir circunstancias excepcionales, puedan los extranjeros en situación irregular regularizar su situación administrativa en nuestro país mediante la obtención de una autorización de residencia. Es por ello por lo que podemos afirmar que el legislador, frente al colectivo de extranjeros en situación irregular, se ve en la necesidad de actuar con mano de hierro en guante de seda, haciendo, por tanto, descansar su política respecto a tal colectivo en dos grandes pilares: de un lado, el que podríamos denominar pilar "represor", y, de otro, el que cabría calificar como pilar "protector".

Ciertamente, con ocasión de la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁵ (en adelante, Ley de Extranjería), operada a través de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre⁶, se han introducido importantes cambios en uno y otro pilar. El legislador, no hay duda, ha fortalecido claramente el pilar protector de su política respecto a los extranjeros en situación irregular al ampliar el elenco de derechos de los que éstos van a poder disfrutar en España, así como al introducir reglas especiales facilitando la regularización de los extranjeros irregulares en algunos de los supuestos en los que aquélla ya venía admitida. Pero la reforma de la Ley, como era de esperar, también ha sido aprovechada por el legislador para introducir algunos cambios en el pilar represor de su política respecto a los irregulares (elevación de la sanción de multa, ampliación del período máximo de internamiento, limitación de los supuestos en los que cabe la utilización del procedimiento preferente...), cambios que, es preciso subrayar, no en todos los casos han supuesto un endurecimiento de tal política, ya que en algunos de ellos lo que cabe ver es justamente lo contrario: una atenuación del rigor de dicha política.

Nuestra pretensión en las próximas páginas será precisamente analizar las que constituyen las grandes líneas maestras tanto de la política protectora, como de la política represora seguida por el legislador español respecto a los extranjeros en situación irregular, destacando las principales novedades que, tanto en una como en otra, se han acabado introduciendo con ocasión de la última reforma de la Ley Extranjería, y a la espera de las que pueda llegar a incorporar el futuro Reglamento de la Ley, aún proyecto⁷. Además, trataremos de acercarnos a aquellas situaciones en las que una y otra política entran en conflicto, así como a la solución que para tales situaciones se acoge en la legislación española de extranjería.

1. REPRESIÓN DE LA ESTANCIA IRREGULAR DESDE EL DERECHO ESPAÑOL DE EXTRANJERÍA

El primero de los pilares sobre los que descansa la política del legislador español respecto de los extranjeros en situación irregular lo constituye, sin duda, el que hemos denominado pilar "represor", pilar que conforman el conjunto de medidas que la legislación de extranjería arbitra para sancionar la infracción administrativa que, a la luz de esta última, aquéllos cometen, como es la entrada y permanencia de forma ilegal en territorio español. La Ley de Extranjería, efectivamente, tipifica la estancia irregular como infracción grave (art. 53.1 a), previendo para la misma dos posibles sanciones, no susceptibles de imposición conjunta: de un lado, la multa (art. 55.1 b), y, de otro, la expulsión de territorio nacional (art. 57.1), sanción ésta última que lleva aparejada una prohibición de entrada durante un determinado período de tiempo, cuya duración se fijará en consideración a las circunstancias que concurren en cada caso (art. 58.1 y 2). Además, para la imposición de la correspondiente sanción, contempla la tramitación de un expediente sancionador, expediente que necesariamente

⁵ BOE nº 10, de 12 de enero de 2000; corrección de errores BOE nº 20, de 24 de enero de 2000.

⁶ BOE nº 299, de 12 de diciembre de 2009. Con anterioridad, la Ley ya había sido reformada a través de las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre (BOE nº 307, de 23 de diciembre de 2000; corrección de errores BOE nº 47, de 23 de febrero de 2001), 11/2003, de 29 de septiembre (BOE nº 234, de 30 de septiembre de 2003) y 14/2003, de 20 de noviembre (BOE nº 279, de 21 de noviembre de 2003).

⁷ Según la Disposición Final 3ª de la Ley Orgánica 2/2009, el Gobierno venía obligado a aprobar el texto del nuevo Reglamento en el plazo de 6 meses desde la publicación de la Ley, esto es, antes del 12 de junio de 2010. Pero dicho plazo no ha sido respetado. Según las últimas noticias, el referido Reglamento no verá la luz hasta el primer trimestre de este año, aunque, teniendo en cuenta que hay elecciones municipales y autonómicas el próximo mes de mayo, y que el tema de la inmigración es bastante delicado, es más que probable que el texto reglamentario no sea aprobado hasta después de tales elecciones. En definitiva, casi un año después de la fecha límite prevista en la Ley para su aprobación.

se ha de ajustar a uno de los procedimientos establecidos en la Ley, y durante el cual, y con carácter cautelar, se contempla la posible adopción por el instructor de una serie de medidas destinadas a asegurar la resolución final que en su caso recaiga (art. 61). Y entre éstas, la más grave, por la privación de libertad ambulatoria que conlleva, el internamiento preventivo del extranjero en un centro de internamiento, que requerirá en todo caso una previa autorización judicial (art. 62).

Deja la Ley un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad gubernativa a la hora de decidir cuándo sancionar con multa y cuándo con expulsión la estancia irregular de un extranjero en España. De hecho, el art. 57.1 solo dispone que "podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español". En uso de tal discrecionalidad, la Administración optó abiertamente en un principio por tener mano dura frente a esta infracción, sancionándolo en todos los casos con la expulsión del territorio nacional. Pero tal situación cambió radicalmente a partir del año 2007, a raíz de que el Tribunal Supremo, en varias sentencias⁸, declarara que la mera estancia irregular en España no es por sí sola motivo suficiente para imponer la sanción de expulsión, exigiendo un plus para poder acordar ésta última (no dar pasaporte o, de darlo, no constar en él entrada por puesto habilitado, no estar empadronado, no acreditar medios económicos, no disponer de familiares en España, ausencia de esfuerzos de integración, tener antecedentes penales o policiales...). Desde entonces, de no concurrir este plus, la estancia irregular viene siendo sancionada con multa. De ahí que, en este punto, bien podamos hablar de una clara atenuación jurisprudencial del rigor que la Administración, en ejercicio de la potestad discrecional que la legislación de extranjería le reconoce en materia sancionadora, había acabado imprimiendo, con su opción por la más severa de las sanciones, a la lucha contra la estancia irregular.

En cualquier caso, hay que tener presente que esta atenuación del rigor con el que, en términos generales, se diseñó inicialmente la política represora frente a los extranjeros en situación irregular, no solo se ha producido por vía jurisprudencial. Tal atenuación la podemos encontrar incluso a nivel legislativo. Sírvanos de ejemplo la última de las reformas operada en la Ley de Extranjería a través de la Ley Orgánica 2/2009. Ciertamente son varios los cambios que, con ésta última, ha introducido el legislador en el pilar represor de su política hacia los irregulares, cambios que no en todos los casos han implicado un endurecimiento de tal política, ya que en algunos de ellos lo que cabe ver es precisamente una atenuación del rigor de dicha política. Así, si bien no hay duda de que el legislador ha endurecido su política represora respecto del colectivo de inmigrantes irregulares al elevar el importe de la multa con la que se puede sancionar la infracción de estancia irregular en España (el mínimo pasa de 301 a 501 euros, y el máximo de 6.000 a 10.000) y al ampliar el período máximo de internamiento de los extranjeros en situación irregular en centros de internamiento de extranjeros (de los 40 días anteriormente previstos, se pasa a los 60 actuales), bien se puede afirmar que aquél ha suavizado su política represora en dos puntos. En primer lugar, al restringir la posibilidad de aplicar el procedimiento preferente⁹ en los expedientes sancionadores seguidos contra un extranjero por estancia irregular en España, y, con ello, tanto la posibilidad de acordar su internamiento, como de proceder a una ejecución inmediata de la expulsión que contra el mismo se ordene, limitándose el uso de aquél a los supuestos en que concurran determinadas circunstancias objetivas, como pueden ser: a) riesgo de incomparecencia; b) que el extranjero evite o dificulte la expulsión (sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos), o c) que el extranjero represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. De no concurrir ninguna de estas circunstancias, el procedimiento a seguir en el expediente sancionador que contra el extranjero se tramite será en todo caso el procedimiento ordinario, procedimiento éste en el que no se podrá acordar el internamiento como medida cautelar (art. 63 bis.3), y en el que además, de acordarse la expulsión del extranjero del territorio nacional (por concurrir el plus que, como se ha indicado, viene exigiendo la jurisprudencia para poder imponer esta sanción), se concederá a éste último un plazo de cumplimiento voluntario para abandonar España, que oscilará entre 7 y 30 días a contar desde el momento de la notificación de la resolución correspondiente, y que será susceptible de prórroga durante un tiempo prudencial en atención a las circunstancias concurrentes (puntos éstos dos últimos -duración del plazo y posible prórroga- en los que cabe también advertir una clara flexibilización de la Ley -art. 63 bis.2-). Solo en el caso de que, expirado el plazo de cumplimiento voluntario, el extranjero no hubiera abandonado España, sería posible su detención y su conducción hasta al puesto de salida por el que haya de efectuarse la expulsión, y, de no poder ésta ejecutarse en el plazo de 72 horas, podría solicitarse del juez su internamiento (art. 64.1). Finalmente, puede también decirse que la reforma de la Ley ha supuesto una atenuación del rigor de la política represora al reducirse en ella la vigencia máxima de la prohibición de entrada que conlleva la sanción de expulsión, que pasa de los 10 años que anteriormente se contemplaban, a los 5 actuales (tan solo excepcionalmente, en los casos en que el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, se prevé la posibilidad de que se imponga un período de prohibición de entrada de

⁸ Vid., a título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 26 de diciembre de 2007 -RJ 2007/9038-.

⁹ Procedimiento éste que cabe calificar de sumario por la brevedad de los plazos que en el mismo se contemplan (vid. art. 63).

hasta 10 años), y, por otra parte, desaparecer el límite mínimo de 3 años que a tal prohibición se imponía antes de la reforma (nuevo art. 58).

Está claro que es al legislador a quien corresponde en último término decidir, a la luz de las circunstancias del momento, si endurece o suaviza su política represora respecto del colectivo de extranjeros en situación irregular, como también lo está el que la ejecución de dicha política requiere ineludiblemente la intervención tanto de la autoridad gubernativa como de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Pero lo que hay que evitar a toda costa es que estas autoridades, en ejecución de esa política represora, acaben adoptando prácticas sin duda cuestionables, como puede ser el establecimiento de cupos de detenciones de inmigrantes irregulares o la utilización de criterios raciales para la identificación de los extranjeros, prácticas que en su día siguieron aquéllas conforme a instrucciones recibidas del propio Ministerio del Interior, y que fueron denunciadas desde los medios de comunicación¹⁰.

Expuestas las principales medidas que nuestra legislación de extranjería arbitra para combatir la estancia irregular en España, además de las tendencias que en este ámbito se vienen advirtiendo, no podemos dejar de destacar aquí la importancia que, en el marco de este pilar "represor", cobran asimismo los acuerdos de readmisión suscritos por el Gobierno español con diferentes países, acuerdos de los que se puede llegar a decir que son los garantes de la efectividad de la política sancionadora frente a los irregulares, en los casos en que sea la expulsión del territorio nacional la sanción que a los mismos se imponga. No debemos, efectivamente, olvidar que el gran handicap de la política sancionadora frente a los extranjeros en situación irregular ha venido siendo tradicionalmente la imposibilidad material de ejecutar las sanciones de expulsión que contra los mismos se pudieran acordar, al no saber o no tener dónde practicar tal expulsión. Y no hay duda de que la suscripción de acuerdos bilaterales de readmisión se ha acabado convirtiendo en la gran solución al problema, al hacer posible que los extranjeros sancionados con expulsión sean entregados o enviados a los países de los que sean nacionales o desde los que se hayan trasladado hasta el territorio español¹¹.

Y, para terminar, procede referirse a la que, a nuestro juicio, constituye la última de las medidas que conforman el pilar represor de la política del legislador español respecto de los extranjeros en situación irregulares: la prohibición de que éstos puedan acceder desde España a cualquiera de las autorizaciones administrativas que la legislación de extranjería contempla (p.e., arts. 50.2 a -autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena-, 56.1 -autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada- o 58.2 a -autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia- del Reglamento aún vigente¹²), con la única excepción de las denominadas autorizaciones por circunstancias excepcionales previstas en el art. 31.3 de la Ley, a las que nos referiremos en el próximo epígrafe. Además, conviene tener presente que, según la Disposición Adicional 4ª de la Ley, el hecho de que el extranjero solicitante se encuentre en

¹⁰ En tales instrucciones, según informaron los medios de comunicación, y como acabó reconociendo el propio Ministerio del Interior, a los comisarios se les exigía una tasa de detenidos a la semana o al mes, según la cantidad de extranjeros que vivieran en su distrito, dándose en todo caso prioridad a los inmigrantes marroquíes, al ser más fácil la repatriación, por existir Convenio de readmisión con Marruecos, y poder además efectuarse el traslado por carretera, lo que hacía que los costes se pudieran asumir con más facilidad. Además, se denunciaba que a los agentes con mayor número de inmigrantes sin papeles detenidos al mes se les retribuía con días libres.

¹¹ En la actualidad, España tiene suscritos convenios de readmisión con 16 países: Argelia (Protocolo sobre circulación de personas, hecho en Argel el 31 de julio de 2002 -BOE nº 37, de 12 de febrero de 2004); Bulgaria (Acuerdo relativo a la readmisión de personas en situación irregular, hecho en Sofía el 16 de diciembre de 1996 -BOE nº 51, de 28 de febrero de 1997-); Eslovaquia (Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, hecho en Bratislava el 3 de marzo de 1999 -BOE nº 94, de 20 de abril de 1999); Estonia (Acuerdo sobre readmisión de personas, hecho en Tallin el 28 de junio de 1999 -BOE nº 113, de 11 de mayo de 2000); Francia (Acuerdo sobre admisión en puestos fronterizos de personas en situación de estancia ilegal, firmado en Madrid el 8 de enero de 1.988 -BOE nº 108, de 6 de mayo de 1.989- y Acuerdo entre la República Francesa y el Reino de España sobre la readmisión de personas en situación irregular, hecho en Málaga el 26 de noviembre de 2002 (BOE nº 309, de 26 de diciembre de 2003); Guinea Bissau (Acuerdo en materia de inmigración, hecho en Madrid el 7 de febrero de 2003 -BOE nº 74, de 27 de marzo 2003-); Italia (Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1.999 -BOE nº 33, de 7 de febrero de 2001-); Letonia (Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, hecho en Madrid el 30 de marzo de 1999 -BOE nº 93, de 18 de abril de 2000-); Lituania (Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, hecho en Madrid el 18 de noviembre de 1998 -BOE nº 94, de 19 de abril de 2000-); Macedonia (Acuerdo relativo a la readmisión de personas en situación irregular, hecho en Skopje el 6 de febrero de 2006 -BOE nº 280, de 23 de noviembre de 2006-); Marruecos (Acuerdo relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992 -BOE nº 100, de 25 de abril de 1992 y nº 130, de 30 de mayo de 1992); Mauritania (Acuerdo en materia de inmigración, hecho en Madrid el 1 de julio de 2003 -BOE nº 185, de 4 de agosto de 2003-); Polonia (Acuerdo relativo a la readmisión de personas en situación irregular, hecho en Varsovia el 21 de mayo de 2002 -BOE nº 176, de 22 de julio de 2004-); Portugal (Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, hecho en Granada el 15 de febrero de 1993 -BOE nº 77, de 31 de marzo de 1995); Rumanía (Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, hecho en Bucarest el 29 de abril de 1.996 -BOE nº 150, de 21 de junio de 1996); Suiza (Acuerdo sobre la readmisión de personas en situación irregular y Protocolo para su aplicación, hecho en Madrid el 17 de noviembre de 2003 -BOE nº 17, de 20 de enero de 2005-). De entre estos convenios, unos, es cierto, solo posibilitan la expulsión a tales países de sus nacionales, mientras que otros prevén la readmisión tanto de sus nacionales como de los nacionales de terceros Estados que hubieran entrado desde su territorio a territorio español.

¹² Reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (BOE nº 6, de 7 de enero de 2005; corrección de errores en BOE nº 130, de 1 de junio de 2005), en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio (BOE nº 177, de 23 de julio de 2009).

situación irregular en España, salvo en los supuestos del art. 31.3 de la Ley, constituye causa de inadmisión a trámite de cualquier solicitud de autorización que aquél pueda formular (D.A. 4º.1 g).

2. EL EXTRANJERO IRREGULAR Y SU PROTECCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL DE EXTRANJERÍA

Junto al "pilar represor" de la política del legislador español respecto a los extranjeros en situación irregular, se levanta asimismo el que hemos denominado "pilar protector", siendo fundamentalmente dos las medidas en las que tradicionalmente se ha concretado la política de protección de nuestro legislador hacia los miembros de este colectivo: 1) el reconocimiento a los mismos de un conjunto de derechos y 2) el establecimiento de vías para que aquéllos, bajo ciertas circunstancias, puedan conseguir su regularización.

2.1 Reconocimiento de derechos

La primera de las medidas en las que el legislador español hace descansar su política de protección de los extranjeros irregulares del legislador viene consistiendo, como se acaba de indicar, en el reconocimiento a estos últimos de un conjunto de derechos. Y, en este punto, es necesario destacar la importante ampliación que de tales derechos se ha llevado a cabo en la reciente reforma operada en la Ley de Extranjería a través de la Ley Orgánica 2/2009.

La Ley de Extranjería, en su versión anterior, ya reconocía a los extranjeros en situación irregular un significativo conjunto de derechos, si bien tal reconocimiento, en el caso de algunos de ellos, era meramente formal y vacío de contenido, al resultar su ejercicio imposible por exigirse para éste último la posesión de algún tipo de autorización administrativa. Concretamente, cabía hablar de un reconocimiento meramente formal en el caso de los derechos de reunión, asociación y sindicación, cuyo ejercicio quedaba condicionado a la posesión de una autorización de estancia o residencia (arts. 7, 8 y 11.1), así como en el caso del derecho de huelga, cuyo ejercicio se supeditaba a la posesión de una autorización de trabajo (art. 11.2). Los únicos derechos reconocidos a los extranjeros en situación irregular susceptibles de un ejercicio efectivo por parte de éstos eran los siguientes: 1) el derecho a ser inscritos en el Padrón del municipio de su residencia (art. 6.3)¹³, inscripción ésta de gran importancia, al dar acceso a otros derechos (educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas); 2) el derecho a la educación, si bien quedaba limitado a los menores de 18 años y al nivel de la enseñanza básica y obligatoria, incluyéndose en él el derecho a obtener la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas (el derecho a la educación de naturaleza no obligatoria solo se reconocía a los extranjeros con residencia legal) (art. 9); 3) el derecho a la asistencia sanitaria, del que habrían de gozar en igualdad de condiciones con los españoles en la medida en que se encontraran inscritos en el Padrón del municipio en el que tuvieran su residencia habitual, quedando limitada tal asistencia, de no hallarse empadronados, a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que fuera su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. Estos límites, sin embargo, no resultaban aplicables a los menores de edad y a las mujeres embarazadas, que tenían derecho a la asistencia sanitaria plena (los primeros, hasta alcanzar la mayoría de edad, y las mujeres embarazadas, durante el embarazo, parto y postparto) (art. 12); 4) el derecho a los servicios y a las prestaciones sociales básicas (las prestaciones sociales específicas únicamente se reconocían a los residentes legales) (art. 14.2 y 3); 5) el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 20), y 6) el derecho, de carecer de recursos económicos suficientes, a la asistencia jurídica gratuita, aunque solo en aquellos procedimientos administrativos o judiciales que pudieran llevar a su expulsión del territorio nacional o en los seguidos en materia de asilo (la asistencia jurídica gratuita en los demás procedimientos judiciales, cualquiera que fuera la jurisdicción ante la que se siguieran, solo se reconocía a los extranjeros residentes), así como a la asistencia en tales procedimientos de intérprete, de no comprender o hablar la lengua oficial que en los mismos se utilizara. A estos derechos, finalmente, había que añadir los que se reconocía a los trabajadores extranjeros en situación irregular, como eran, de un lado, los derechos derivados del contrato de trabajo, y, de otro, el derecho a obtener las prestaciones de la Seguridad Social que les pudieran corresponder (art. 36.5).

La Ley Orgánica 2/2009, dando cumplimiento a las Sentencias del Tribunal Constitucional nº 236/2007, de 7 de noviembre, y nº 259/2007, de 19 de diciembre, en las que se declaraba la inconstitucionalidad de las restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga prevista en los arts. 7.1, 8 y 11 de la Ley de Extranjería, procede a eliminar de esta última tales restricciones, reconociendo los referidos derechos, así como su ejercicio, y en las mismas condiciones que a los españoles, a todos los extranjeros, incluidos, por tanto, los que se encuentran en nuestro país en situación irregular. Asimismo, y en cumplimiento también de lo establecido en las mencionadas Sentencias, acaba el legislador suprimiendo las restricciones que en la versión anterior de la Ley se establecían al derecho a la enseñanza posobligatoria y al de obtención de asistencia jurídica gratuita en determinados procedimientos judiciales, derechos que, como se ha apuntado, únicamente quedaban reservados para los extranjeros con residencia legal. Concretamente, por

¹³ De ahí que la pretensión de ayuntamientos como el de Vic o el de Torrejón de Ardoz de negar la inscripción a los inmigrantes ilegales no fuera jurídicamente sostenible.

lo que concierne al derecho a la educación, el nuevo art. 9 de la Ley pasa a reconocer éste último a todos los extranjeros en situación irregular, y en todos los niveles (educación básica y obligatoria y educación posobligatoria), si bien es cierto que sigue manteniendo una distinción en función de la edad: para los menores de 18 años el derecho a la educación incluye el derecho a obtener la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles, pero no así en el caso de los mayores de edad, respecto de los cuales efectúa una remisión a lo establecido en legislación educativa. Y, por lo que a la asistencia jurídica gratuita se refiere, el nuevo art. 22 pasa a reconocer a los extranjeros en situación irregular el derecho a obtener tal asistencia en todos los procesos judiciales en los que sea parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, y en las mismas condiciones que a los españoles, manteniendo al mismo tiempo el derecho que ya les reconocía a recibir tal asistencia, así como, en su caso, la de intérprete, en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que pudieran llevar a su expulsión o se siguieran en materia de protección internacional (no obstante, es preciso señalar que, en relación con los procedimientos contencioso-administrativos que se sigan contra resoluciones de expulsión, el nuevo art. 22 pasa a exigir de manera expresa, en orden al reconocimiento del derecho, además de la presentación de la oportuna solicitud realizada en los términos previstos en las normas que regulan la asistencia jurídica gratuita, la manifestación de la voluntad de recurrir conforme a lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil o, en el caso de que el extranjero se halle privado de libertad, en la forma y ante el funcionario público que reglamentaria se determinen. Además, prevé que cuando el extranjero se encuentre ya fuera de España, como sucederá en los casos en que la expulsión acordada ya haya sido ejecutada, tanto la solicitud de asistencia jurídica gratuita como la manifestación de la voluntad de recurrir se podrán realizar ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente).

En esta misma línea de ampliación de los derechos de los irregulares, y ya al margen de las referidas Sentencias del Tribunal Constitucional, debemos destacar también los cambios introducidos por la Ley Orgánica 2/2009 en la literalidad de los preceptos dedicados en la Ley a la regulación de otros dos derechos, como son el derecho a la asistencia sanitaria y el derecho a las prestaciones y servicios sociales. En el primer caso, el cambio consiste en la supresión de un término, que acaba determinando una significativa ampliación del derecho. La Ley Orgánica 2/2009, efectivamente, en la nueva redacción dada al art. 12, al referirse en su apartado 2º a la asistencia sanitaria del extranjero no empadronado en caso de enfermedad grave, elimina el término "contracción", utilizado en la versión anterior de la Ley de Extranjería, posibilitando de este modo que el extranjero irregular no inscrito en el Padrón municipal pueda recibir asistencia sanitaria pública de urgencia tanto si la enfermedad grave que le aqueja ha sido contraída en España como si no. Por lo que respecta a los servicios y a las prestaciones sociales, el cambio consiste, por el contrario, en la inclusión de un nuevo apartado, con el que se acaba igualmente extendiendo el derecho que hasta entonces se reconocía a los extranjeros en situación irregular. Estos, como ya se destacara, venían disfrutando tan solo del derecho a los servicios y a las prestaciones sociales básicas, al quedar las específicas reservadas a los residentes legales. Sin embargo, la Ley Orgánica 2/2009 acaba añadiendo al apartado 2º del art. 14 de la Ley un nuevo inciso, en el que dispone que, "en cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de 18 años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico". Y este nuevo inciso no deja lugar a dudas: el derecho a recibir estos tratamientos, servicios y cuidados especiales se predica con independencia de la situación administrativa en la que se encuentre el menor.

Finalmente, y aun cuando no tenga ninguna consecuencia a nivel de reconocimiento del derecho, consideramos conveniente destacar aquí el cambio terminológico introducido por la Ley Orgánica 2/2009 en los preceptos que la Ley de Extranjería dedica a la regulación de dos de los derechos ya reconocidos a los extranjeros en situación irregular. Nos referimos, concretamente, a los arts. 6.3 y 12.1 de la Ley, relativos al derecho al empadronamiento y al de asistencia sanitaria, consistiendo el cambio en cuestión en la sustitución de los términos "residir" y "residencia habitual", empleados en la versión anterior de los mencionados preceptos, por los de "tener domicilio habitual" y "domicilio habitual", tratándose con ello de evitar el riesgo de que hubiera quien pretendiera ver en aquéllos la exigencia de una residencia legal.

1.2 Establecimiento de vías de regularización

El legislador español, como parte asimismo de su política de protección de los extranjeros en situación irregular, ha venido también arbitrando distintas vías para hacer posible, en determinadas circunstancias, la regularización de tales extranjeros. En esta línea, ciertamente, podemos mencionar aquí los distintos procesos extraordinarios de regularización que se han sucedido en el tiempo (1986, 1991, 1996, 2000/2001 y 2005). Pero, en especial, debemos referirnos al establecimiento en la legislación de extranjería de una serie de vías que podríamos calificar de "regularización permanente". En la actualidad, el establecimiento de estas vías de regularización permanente encuentra su fundamento, principalmente (que no en exclusiva, como se verá), en el art. 31.3 de la Ley de Extranjería, que no ha sufrido modificación alguna en la reforma que de ésta última se ha operado por la Ley Orgánica 2/2009. Este último precepto, concretamente, contempla la posibilidad de

que la Administración conceda una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, razones humanitarias y colaboración con la Justicia, al tiempo que deja abierta la posibilidad de que su concesión se lleve también a cabo por otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente, remisión ésta última que, a día de hoy, y mientras no se apruebe el texto del nuevo Reglamento de la Ley, habrá que seguir entendiendo efectuada al art. 45 del Reglamento aún vigente, donde, además, encontraremos la concreción de las circunstancias expresamente mencionadas en la Ley. Y, a la vista de lo establecido tanto en el art. 31.3 de la Ley como en el art. 45 del Reglamento vigente, bien podemos afirmar que las circunstancias en las que en la actualidad se admite que un extranjero en situación irregular pueda regularizar su situación en España mediante la obtención de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales son las siguientes:

1. arraigo, que podrá ser de distintos tipos (laboral, social-familiar o por tener la condición de hijo de padre o madre originariamente español), y que, dependiendo de la modalidad concreta de que se trate, requerirá o no la permanencia previa en España del extranjero durante un determinado período de tiempo y la disposición por parte de aquél de un contrato de trabajo;
2. protección internacional, y, más concretamente, en el caso de aquellas personas a las que, habiéndoseles denegado el asilo, se les haya autorizado la permanencia en España, así como en el caso del cónyuge o pareja del asilado, cuando el matrimonio o la relación se haya constituido con posterioridad al asilo, y en el de los desplazados;
3. razones humanitarias, entendiéndose que concurren tales razones: a) en el caso de los extranjeros víctimas de delitos tipificados en los arts. 311 a 314 del Código Penal, de delitos en los que haya concurrido la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación, tipificada en el art. 22.4 del Código Penal, o de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, siempre que haya recaído sentencia de condena por tales delitos; b) en aquellos supuestos en que el extranjero acredite sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada de imposible acceso en su país de origen, cuando el hecho de interrumpirla o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida, y c) en aquellas ocasiones en que el traslado del extranjero al país del que es originario o del que procede a efectos de solicitar el visado correspondiente implique un peligro para su seguridad o la de su familia;
4. colaboración con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales, y, finalmente,
5. razones de interés público o seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia en España.

En todo caso, no debemos olvidar que la regularización del extranjero en el que concurra cualquiera de las circunstancias expuestas en modo alguno constituye un derecho de éste último, sino que es discrecional para la Administración, siendo ésta la que finalmente decida si concede o no al interesado la correspondiente autorización de residencia temporal. Además, hay que tener presente que el alcance de la regularización no es en todos los casos el mismo, ya que mientras que en unos supuestos la autorización de residencia temporal concedida al extranjero lleva aparejada una autorización de trabajo (tal es el caso de las autorizaciones de residencia concedidas por arraigo o de las que se otorgan a quienes, no habiendo conseguido el asilo, son autorizados a permanecer en España), en otros, sin embargo, esta última autorización no va implícita, si bien es cierto que, en estos últimos supuestos, nada impide al interesado solicitar personalmente la correspondiente autorización para trabajar, acreditando, eso sí, el cumplimiento de los requisitos establecidos para la obtención de este tipo de autorizaciones, pudiendo además presentar dicha solicitud, bien de manera simultánea con la solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales, o durante el período de vigencia de ésta (art. 45.7 Reglamento vigente).

Precisamente en este punto (alcance de la regularización), no podemos pasar por alto la regulación especial que, a través de la Ley Orgánica 2/2009, se ha introducido en la Ley de Extranjería respecto a dos de las situaciones ya previstas como causas de regularización de extranjeros irregulares, como son: 1) la de las extranjeras irregulares víctimas de violencia de género, a las que se dedica el nuevo art. 31 bis de la Ley, y 2) la de los extranjeros irregulares que, habiendo sido víctimas de trata de seres humanos, colaboran con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal, a los que se refiere el nuevo art. 59 bis de la Ley. Igualmente, resulta imprescindible tener en cuenta la nueva regulación que, tras la reforma de la Ley, se ofrece de otra situación particular susceptible de ser considerada causa de regularización, y que, ya con anterioridad, venía siendo objeto de regulación especial en el art. 59 de la Ley: la de los extranjeros irregulares que colaboran con las autoridades en la lucha contra redes organizadas dedicadas al tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral, tráfico ilícito de mano de obra o explotación de la prostitución, ya sea proporcionando datos esenciales o testificando en el proceso correspondiente. Y la razón no es otra que la importancia de los cambios que las referidas reglas especiales introducen en la regularización de los extranjeros a las que resultan aplicables, cambios que afectan ciertamente al alcance de la regularización (la autorización que el extranjero acaba obteniendo no es solo de residencia, sino de residencia

¿trabajo), pero que van incluso más allá, al contemplarse la posibilidad de adelantar la protección del extranjero, mediante la concesión a éste último de una autorización provisional de residencia y trabajo.

Por otra parte, es preciso referirse a la vía de regularización que, en el caso de los menores extranjeros no acompañados, supone el hecho de que éstos, tras haber resuelto la autoridad gubernativa su permanencia en España, pasen a quedar sujetos a la tutela de una Administración Pública o, en virtud de resolución judicial, de cualquier otra entidad (organización no gubernamental, fundación o entidad dedicada a la protección de menores con la que la Administración General del Estado o la Comunidad Autónoma haya establecido el correspondiente convenio habilitándolas para poder ejercer la tutela ordinaria de menores extranjeros no acompañados -art. 35.11-). En tales supuestos, efectivamente, se prevé que, a instancia del organismo que ejerza la tutela del menor, se otorgue al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor, tras haber sido localizado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y haberse determinado su edad, hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores (art. 35.7). Además, conviene tener presente que, en estos casos, a diferencia de lo que sucede en los restantes supuestos de regularización permanente a los que nos hemos referido anteriormente, la regularización del extranjero menor de edad mediante la concesión de la correspondiente autorización de residencia no es discrecional para la Administración, sino imperativa ("A instancia del organismo que ejerza la tutela... se otorgará al menor una autorización de residencia..."), si bien no debemos olvidar que la concesión de una autorización de residencia a favor del menor no será obstáculo para una ulterior repatriación de éste último, cuando ésta favorezca el interés superior del menor (art. 35.8).

Para finalizar, y aun cuando no figuren entre las posibles causas de regularización de extranjeros enunciadas en el art. 45 del Reglamento, no podemos dejar de apuntar aquí dos situaciones en las que cabría también llegar a pensar en la posibilidad de que un extranjero en situación irregular acabara obteniendo de la autoridad española una autorización de residencia temporal. Nos referimos, por un lado, al caso del extranjero irregular que haya sido víctima de un delito de terrorismo y, por otro, al del extranjero que, estando en situación irregular y trabajando además por cuenta ajena sin la preceptiva autorización, haya sufrido un accidente laboral o una enfermedad profesional que le haya ocasionado una incapacidad permanente para el trabajo, habiéndosele reconocido, al amparo de lo dispuesto en el art. 36.5 de la Ley, la correspondiente prestación por incapacidad permanente. En el primer caso, tenemos el precedente de los extranjeros irregulares que fueron víctimas de los atentados del 11 de marzo de 2004, y a quienes, "por motivos humanitarios", se acabó concediendo -al igual que a sus familiares más cercanos- una autorización de residencia temporal en España, y a algunos, incluso, la nacionalidad española. Y, por lo que respecta a los extranjeros a quienes, tras sufrir un accidente laboral o una enfermedad profesional, les haya sido reconocida una prestación por incapacidad permanente para el trabajo, teniendo presente que el art. 57.5 d) de la Ley hace imposible su expulsión de España, y que es del todo injusto mantenerlos en una situación de irregularidad, no hay duda de que lo que procede es la concesión a los mismos, también "por razones humanitarias", de una autorización de residencia temporal.

3. ESCENARIOS DE CONFLICTO ENTRE MEDIDAS REPRESORAS Y PROTECTORAS

No es difícil imaginar situaciones en las que las medidas represoras y protectoras previstas por el legislador respecto a los extranjeros en situación irregular entran en conflicto. De hecho, es esto precisamente lo que sucede siempre que un extranjero en situación irregular reúne las condiciones necesarias para poder acogerse a alguna de las vías de regularización previstas en la legislación española y, habiendo detectado la autoridad su estancia irregular, es objeto de un expediente sancionador. El problema que en tales situaciones se plantea no es otro que saber cuál de las dos medidas, la represora o la protectora, debe acabar prevaleciendo.

El legislador, en este punto, quiso ser imparcial y no inclinarse abiertamente por un tipo u otro de medida. Y, a tal efecto, con ocasión de la reforma operada en la Ley de Extranjería a través de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre¹⁴, acabó acogiendo con carácter general un criterio que podía considerarse neutral, como es el de la prioridad en el tiempo. Así, optó por hacer prevalecer la medida protectora de la regularización en los supuestos en que el expediente administrativo regularizador se hubiera iniciado con anterioridad al expediente administrativo sancionador y así se acreditase por el interesado, y a la inversa, cerrando la posibilidad de que éste último iniciara un expediente regularizador, pese a reunir las condiciones para ello, cuando se hubiera incoado ya en su contra un expediente sancionador. Concretamente, en el primer caso, imponía al órgano encargado de tramitar el procedimiento sancionador la obligación de suspender éste último desde el momento en que tuviera conocimiento de la existencia del expediente regularizador, suspensión que se habría de mantener hasta la resolución de la correspondiente solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, retomándose únicamente en el caso de que ésta última fuera desestimada (art. 63.3 de la Ley en su versión anterior). En cambio, en los supuestos de incoación de un expediente sanciona-

¹⁴ Cit. supra nota 6.

dor contra un extranjero en situación irregular que reuniera las condiciones necesarias para conseguir su regularización, pero que no la hubiera solicitado, el legislador anteponía claramente la medida represora frente a la protectora que el interesado estuviera en condiciones de solicitar, al recoger entre las causas de inadmisión a trámite de la correspondiente solicitud de autorización de residencia la constancia de "un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión..." (D.A. 4º.4). No obstante, es preciso señalar que la rigidez de esta última regla fue con el tiempo suavizándose, y no solo al reconocerse en la práctica la posibilidad de que una solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales fuese admitida a trámite en los casos en que la orden de expulsión que contra el extranjero se hubiera dictado fuese revocada, sino también al contemplarse de manera expresa en diferentes Instrucciones de la Dirección General de Inmigración la posibilidad de formular solicitudes de regularización pese a estar pendiente un expediente sancionador contra el solicitante, disponiendo incluso la suspensión de tal expediente¹⁵.

La reforma operada en la Ley de Extranjería a través de la Ley Orgánica 2/2009, si bien no ha afectado al principio de la prioridad en el tiempo en los supuestos en los que el expediente regularizador es de fecha anterior al sancionador (principio que pasa a quedar recogido en el actual apartado 6º del art. 63 de la Ley, que sigue contemplando la suspensión del procedimiento sancionador hasta la resolución del expediente regularizador), sí que ha incidido en cambio en dicho principio en los supuestos en los que es el expediente sancionador el primero en iniciarse, al consagrarse legalmente varias excepciones al mismo. El legislador, efectivamente, ha aprovechado la reforma para incluir en la Ley algunas de las excepciones que a dicho principio ya se habían venido admitiendo en la práctica, aunque también para recoger otras anteriormente no previstas. Y así, en primer lugar, contempla la posibilidad de admitir a trámite una solicitud de regularización en los supuestos en que, habiéndose dictado orden de expulsión contra el solicitante, ésta hubiera sido revocada, al tiempo que impone la admisión de aquellas solicitudes de regularización que se puedan formular en los supuestos regulados en los arts. 31 bis -mujeres víctimas de violencia de género-, 59 -colaboradores en la lucha contra redes organizadas- y 59 bis -víctimas de la trata de seres humanos- (preceptos éstos en los que, como ya se ha visto, el legislador establece una regulación diferenciada para tres colectivos de inmigrantes irregulares necesitados de una protección especial), además de en aquéllos a los que alude el art. 68.3 de la Ley -arraigo- (nueva D.A. 4º.1 d de la Ley). En las reglas especiales de aplicación a los tres primeros supuestos, bien expresa o implícitamente, se prevé que el expediente administrativo sancionador que contra el extranjero se incoe por estancia irregular será suspendido por el instructor hasta la resolución del correspondiente procedimiento penal, contemplándose además la concesión al extranjero, primero de una autorización provisional de residencia y trabajo, y más tarde, una vez recaída sentencia, de la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales que aquél, ya iniciado el expediente sancionador, haya solicitado. Sin embargo, el art. 68.3 nada dispone al respecto, ya que simplemente alude a la necesidad de que, con carácter previo a la concesión de autorizaciones por arraigo, las Comunidades Autónomas o, en su caso, los Ayuntamientos, emitan un informe sobre la integración social del extranjero. Así pues, habrá que estar a lo que en su momento establezca el nuevo Reglamento. Aunque, mientras que llega o no éste último, lo que está claro es que, al haber desaparecido el obstáculo para que el extranjero expedientado por estancia irregular pueda solicitar, una vez iniciado el correspondiente expediente sancionador, el arraigo, lo lógico es que la autoridad que esté conociendo del expediente sancionador, al igual que se prevé para los tres supuestos antes mencionados, acuerde la suspensión del procedimiento hasta en tanto la autoridad ante la que se haya solicitado el arraigo se pronuncie sobre éste último.

A la vista, por tanto, de los cambios introducidos por la Ley Orgánica 2/2009 en la D.A. 4º.1 d) de la Ley, bien podemos afirmar que la tradicional prevalencia de la medida represora frente a la protectora en los supuestos en que aquélla preceda en el tiempo a ésta última, ha quedado, a nivel legal, bastante limitada, operando ya únicamente en los casos en que el extranjero en situación irregular pretenda su regularización por razones humanitarias distintas a la violencia de género o por colaboración con las autoridades españolas en supuestos distintos a los previstos en los arts. 59 y 59 bis de la Ley. Sin embargo, no debemos olvidar que en la reforma no se han incluido como excepciones algunas que, hasta entonces, y a través de Instrucciones de la Dirección General de Inmigración, venían admitiéndose en la práctica (piénsese en el caso de los extranjeros víctimas delitos distintos a los de conducta violenta ejercida en el entorno familiar o el de aquéllos que colaboran con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social). Y como, desde nuestro punto de vista, tras la reforma de la Ley, deviene imposible seguir aplicando las referidas Instrucciones en lo que contrarían a lo establecido en la Ley, y, en este caso, a lo establecido en la referida D.A. 4º.1 d), queda descartada la posibilidad de seguir manteniendo la exceptuación del principio de prevalencia de la medida represora en los supuestos contemplados en las ya mencionadas Instrucciones.

¹⁵ Tal es el caso, p.e., de la Instrucción DGI/SGRJ/06/2006, sobre autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o de las Instrucciones DGI/SGRJ/ 05/2008, en relación con los supuestos de personas extranjeras que hayan sido víctimas de determinados delitos, incluidos los de conducta violenta ejercida en el entorno familiar o de violencia de género.

En todo caso, hay una cuestión que queda en el aire, y que es de esperar concrete el futuro Reglamento. Se trata de la cuestión de saber cómo se habrá de cerrar el expediente sancionador que contra el extranjero se incoe por estancia irregular (ya sea éste posterior al expediente regularizador o, en su caso, anterior al mismo -en los supuestos, claro está, en que está prevista la admisión a trámite de la correspondiente solicitud de regularización-) en aquellas ocasiones en que acabe concediéndose al extranjero irregular la correspondiente autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales (de no ser así, no hay duda de que se continuará con el expediente sancionador, formulando el instructor la correspondiente propuesta de resolución, sea de multa o de expulsión, y remitiendo ésta última al órgano competente para la resolución). Las opciones que en principio cabe barajar son dos: 1) que el instructor, una vez se tenga constancia de que el extranjero ha obtenido la autorización de residencia temporal solicitada, proponga el archivo del procedimiento sancionador y éste sea acordado por el órgano competente para resolver, quedando, por tanto, el extranjero exento de responsabilidad administrativa y 2) que el instructor, tras tener conocimiento de la concesión de la autorización de residencia, reabra y prosiga con el procedimiento sancionador, formulando propuesta de resolución de multa, en la menor de las cuantías señaladas por la Ley para la infracción cometida, y remitiendo su propuesta al órgano competente para la resolución. En este segundo caso, aun cuando haya obtenido la autorización de residencia solicitada, y regularizado con ello su situación administrativa en España, el extranjero no queda exento de responsabilidad por la infracción administrativa cometida. A la espera de que aparezca el nuevo Reglamento, lo que sí que podemos adelantar, a la vista de los términos empleados por el legislador en los preceptos que dedica a la regulación de aquellos colectivos de irregulares necesitados de protección especial (en concreto, en los arts. 59 y 59 bis, donde se habla de exención de responsabilidad), es que, al menos en relación con estos colectivos, el expediente sancionador se cerrará con una resolución acordando su archivo.