

PARA SABER MÁS

REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA: LA REFORMA INFINITA

FRANCISCO SOLANS PUYUELO. ABOGADO, SECRETARIO-PORTAVOZ DE EXTRANJERISTAS EN RED Y PREMIO NACHO DE LA MATA 2022.

El RD 629/2022 de reforma del Reglamento de Extranjería debería ser la estructura central de las muchas prometidas en ese terreno por el ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, José Luis Escrivá. Se consiguió reformar la situación de los mal llamados MENAS, pese a la reacción de un Ministerio del Interior siempre alerta en su visión «no solo inhumana, además estúpida»²⁴⁶ de la inmigración, con lo que la siguiente fue apresurada, veraniega y no suficientemente dialogada. Es momento de hacer un primer balance crítico, sin olvidar que la reforma es necesaria, conveniente, saludable y, si acaso, excesivamente timorata y corta. Topa la norma con principios fundamentales del derecho administrativo: buena fe, eficacia, celeridad, confianza legítima, participación y proporcionalidad (¿tiene que ver el auge de ciertas tendencias?).

246 Fanjul, G. (9 de enero de 2023). El secreto mejor guardado contra la pobreza: así contribuyen las migraciones laborales al desarrollo global. El País. <https://elpais.com/planeta-futuro/2023-01-09/el-secreto-mejor-guardado-contra-la-pobreza-asi-contribuyen-las-migraciones-laborales-al-desarrollo-global.html>.

Ya recién estrenada la reforma se publicaron muchos y muy buenos análisis²⁴⁷, por lo que más que entrar en explicaciones prolijas y superadas por la realidad, intentaré exponerlas haciendo un aproximativo balance de estos meses.

1.- La pretendida superación de la cláusula de la situación nacional de empleo: el frustrado catálogo de difícil cobertura y otras fórmulas

Los más fundados estudios critican duramente la política de migración que domina en los países occidentales, por cuanto no está guiada por la inteligencia, sino entretenerada por una complicada e inconfesable xenofobia. El temor a perder identidad —o el complejo de inferioridad de aquellas personas que por el contrario lucen y exhiben pomposamente orgullo patrio— se mezcla con el más siniestro racismo mal escondido, y se añade con el populista pánico cerval porque otros u otras más miserables ocupen mi posición. Por más que se demuestre que una mayor llegada de inmigrantes supone una inyección necesaria de juventud, viveza, emprendimiento, ideas y un largo etcétera que redunde en beneficio del empleo, del PIB y de los mayores y mejores indicadores, sigue imperando un proteccionismo pacato y un nacionalismo majadero. En nuestra ley, con origen en 1985²⁴⁸, no supo expresarse mejor que como la llamada «cláusula de situación nacional de empleo», la cual se consagró desde la ignorancia y hoy se conserva contra toda evidencia. Viene a decir que mientras haya paro no se permita venir a personas extranjeras a «ocupar» puestos de trabajo, como si fueran guisantes contados, ignorando el desarrollo de una economía compleja.

Pero ahí sigue, en una Ley Orgánica y en los discursos más rancios. Ello obliga a sortear las formas más cerriles de interpretación que se excusan —siempre la misma máxima demagógica— en la posibilidad del abuso para prohibir el uso.

Esa búsqueda se ha centrado en dos vías. La simplificación de plazos y periodos de solicitud en el certificado de servicios de empleo que responda ágil y adecuadamente a la demanda empresarial, algo que no parece que pueda resultar mientras el avance no alcance a todo el proceso. ¿De qué sirve que a una empresa que pide contratar —por poner un ejemplo al azar— personal de cocina con experiencia en la preparación de platos típicos de Mongolia se le diga y certifique en solo unos días que con ese perfil nadie puede cubrir el puesto si, para cuando la correspondiente Oficina de Extranjería conceda los permisos y el consulado los visados, habrán pasado varios meses?

247 Extranjería en Red. Otoño 2022. N°1. Extranjeristas en Red. Madrid.

248 BOE (1985). Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. «BOE» núm. 158, de 3 de julio de 1985, páginas 20824 a 20829 (6 págs.). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-12767> Artículo 18.1.a) de la Ley Orgánica 7/1985, hoy derogada.

La segunda, pretendidamente más ágil (siempre el exceso de burocracia que nace de la falta de confianza o del exceso de control, hijo del miedo) es una reforma en la elaboración del «catálogo de ocupaciones de difícil cobertura»²⁴⁹. Fórmula ideada allá en tiempos de vacas gordas, anteriores a la gran crisis de 2008, pero arrollada por su impacto en el desempleo, que hizo que quedara aparcado en un rincón, reiterando cada trimestre una triste letanía de empleos de marina mercante en Madrid, entrenador deportivo y deportista profesional. La nueva debería arrojar un catálogo más amplio. Se habla de presiones sindicales, lo que sería una muy triste lección histórica: quien defendió la apertura de vías legales de inmigración para evitar dumping social y regularizaciones extraordinarias ahora rompe su coherencia en mil pedazos. Lo dicho: que la posible existencia de abusos sea impedimento para regular el uso, no es sino la más rancia demagogia puesta al servicio del simplismo de barra. Así, el primer pilar de la reforma sigue pendiente y no sabemos por cuánto tiempo.

2.- Los nuevos arraigos

Mientras la forma de migrar supuestamente «ordinaria» se torna así imposible, el arraigo se presenta como forma «extraordinaria», pero única. Las durísimas restricciones hacen que el sistema en su conjunto se convierta en kafkiano, por lo que cualquier apertura se agradece, aunque siga cojeando en su fundamento.

A) El **arraigo social** ha vivido años —de 2012 a 2021— de esquizofrenia legal: mientras el contrato tipo era de seis meses, para la regularización por arraigo social se exigía fuera de un año²⁵⁰. La Administración clamaba estar en contra de los contratos de favor mientras hacía imposible regularizarse sin uno de ellos. La modificación de la reforma laboral llevó al paroxismo esa incoherencia, con lo que la reforma era obligada. El nuevo requisito ya no es ese año imposible, que obsesivamente se reclamaba en el contrato, sino el nivel retributivo del mismo, marcado por el salario mínimo interprofesional.

Se añade la posibilidad de simultanear varios contratos de jornada reducida, no importa si en uno o varios sectores, la posibilidad de jornada reducida con retribución proporcional si hay que compaginar con el cuidado de hijos/as, etc.

249 BOE (2022). Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica 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, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. «BOE» núm. 179, de 27 de julio de 2022, páginas 107697 a 107715 (19 págs.). https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-12504 Párrafo 7.º de la Exposición de motivos y artículo 65 del RD 577/2011 según redacción dada por el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio.

250 BOE (2011). 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. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-7703> Artículo 124.

Hasta ahora el tratamiento que se hacía de las posibilidades del autoempleo o de los llamados emprendedores en el **arraigo social por cuenta propia** era poco menos que testimonial, constreñidos en requisitos de inversión desmesurados frente a los que nadie hacía nada por poner sensatez. Tras intentar cambiar de modelo y confiar en cualquier proyecto que a posteriori demostrara su viabilidad, se frustró por una interpretación restrictiva del Consejo de Estado²⁵¹, que obligó a mantener el requisito de suficiencia de la inversión prevista, aunque permitió citar expresamente el autoempleo y eliminar informes y otras trabas previas. Queda por ver si se le permite funcionar.

Del **informe social previo** de ayuntamientos o comunidades autónomas, sigue sin reconocerse su contenido en aspectos tan vitales como la acreditación de estancia durante tres años y se considera no vinculante pese a su evidente especialidad, pero se sigue exigiendo sin siquiera aportar la seguridad de que su sentido sea respetado. Quizá para eso mejor habérmolo ahorrado.

El hándicap principal sigue siendo la infinita paciencia que se exige con tramitaciones cuya longitud temporal se hace sospechosa de una premeditada obstrucción interna, en expedientes con solo cuatro elementos de peso.

B) Un **arraigo familiar** más amplio, que incorpora no solo a padres y madres de menores de edad —ya presentes vía instrucción de desarrollo de jurisprudencia europea—, sino a las parejas y ascendientes de españoles/as. Era necesario debido a la odiosa comparativa con familiares de ciudadanos/as de la Unión. Se trata de un primer paso hacia un proyecto de mayor envergadura que la sociedad está exigiendo, y es un estatuto del familiar de ciudadanía española que protege de la xenofobia, el racismo, la discriminación, que tantas veces tienen su origen en la propia Administración. Mientras dure esa transición se ha generado un agravio comparativo difícil de entender entre nacionales de países que no necesitan visado específico de entrada —quienes necesitan visado hasta para hacer turismo— y quienes por acuerdos que gestiona la UE se encuentran en la lista de países exentos de la necesidad de visado de estancia. Para estos (v. g., un colombiano/a), la reagrupación familiar con una persona de origen español se ha convertido en algo enormemente sencillo: venir y pedir el arraigo familiar. Sin embargo, aquellas personas (v. g., bolivianas), continúan sometidas a un farragoso y exigente proceso de solicitud de visado de residencia, no como familiar de español, sino como familiar de ciudadano/a de la Unión, en el que los consulados —no afectados apenas por las novedades de esta reforma— siguen

251 BOE (2022). Dictamen sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica 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, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. Referencia 1175/2022. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2022-1175>

pidiendo la acreditación de suficiencia de medios de vida, la dependencia económica por carencia de medios en origen, el seguro médico, y un largo etcétera a veces sometido a la arbitrariedad local.

C) La gran novedad ha sido el **arraigo para la formación**, para el que solo se requieren dos años de estancia previa, el cual viene arrastrando no solo su novedad, sino diversos problemas de diseño ante los que solo podemos confiar en que la mezcla de trabas, la incomprensión y el cuidado por la propia parcela de poder no dé al traste con una buena idea, y se mantenga vivo con reformas que necesitarán alguna modificación en instrucciones y sentencias valientes.

La tramitación es compleja pues tiene tres fases diferentes:

1. La primera, junto con el pasaporte y el certificado de penales, la presentación de un compromiso. Sin embargo, se está llenando de condiciones de concreción y comprobaciones absurdas, lo que alarga innecesariamente una tramitación que, como veremos, es redundante. El tiempo mínimo en que se supone se concede un permiso de residencia para acceder a la matrícula del curso se nos alarga. Uno de los mayores errores de diseño se sitúa aquí: ni se permite presentar una formación ya hecha antes de empezar el curso, ni matricularse antes de la concesión del permiso. Con la configuración constitucional del derecho a la educación en nuestro país esas dos trabas son absurdas y contraproducentes. La Sentencia del TCO de 7/11/2007²⁵² proclamó el derecho a la educación como esencial a la condición humana y, por tanto, no sometido al requisito de residencia legal, con lo que exigir primero tener permiso solo tras matricularse es inconstitucional y, además, contrario al objetivo perseguido: favorecer el acceso al mercado laboral de gente con formación profesional.

2. La segunda fase es acreditar que con el permiso de residencia se ha procedido a la matrícula. Dada la tardanza de la Administración, sería delirante que el compromiso sea vinculante. Pero, si no lo es, ¿por qué tanta comprobación? ¿Por qué no ser fieles al texto y dejarla en mero compromiso?

3. La tercera fase comete otro de los monumentales errores de diseño. Un diseño más razonable hubiera concedido un permiso completo desde el principio. Por mucho que se exija cumplir el compromiso formativo, someter a las personas solicitantes a un tercer trámite para el permiso de trabajo —autorizado por oficinas que han demostrado que la celeridad no es lo suyo— desprecia las necesidades empresariales de acceso rápido a sus demandas de mano de obra. Que, además, la oferta de

252 BOE (2007). Pleno. Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1707-2001. Interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. «BOE» núm. 295, de 10 de diciembre de 2007, páginas 59 a 83 (25 págs.) <https://www.boe.es/boe/dias/2007/12/10/pdfs/T00059-00083.pdf>

trabajo esté condicionada a relacionarse con la formación realizada es otra exigencia que puede conducir a acabar con que el arraigo para la formación se quede en una fórmula transitoria destinada a cubrir el año que hay entre los dos años necesarios para este arraigo y los tres de un arraigo social, que presentarán, solo unos meses más tarde, quienes, hecha la formación, encuentren trabajo en otra cosa.

D) Y nos queda por ver el **arraigo laboral**. Vieja y polémica fórmula en la que se ha concentrado la torpeza a la hora de redactar normas con la falta de generosidad y rigor jurídico. En marzo del 2021 una Sentencia del Tribunal Supremo²⁵³ vino a consagrar que los seis meses de trabajo se demostraran con cualquier prueba, como un informe de vida laboral. La reacción fue atropellada y un tanto infantil: una instrucción que pretendía impedir el ejercicio de un derecho consolidado y que vino atajada por los tribunales. Hablemos claro: la propia incapacidad administrativa de hacer las cosas en tiempo hizo que en los últimos años un expediente de asilo no se resuelva en menos de unos dos años. Si a los seis meses se accede a poder trabajar y tras un largo periodo de tiempo llega la denegación del asilo a esa persona, tan integrada como para llevar tiempo trabajando, es absurdo e inhumano situarla en la absoluta insolvencia de una obligación de salida del país. La posibilidad de acreditar en ese momento, o incluso antes, que el arraigo adquirido consolida unos derechos de residencia, en lugar de entenderse como una oportunidad positiva de evitar auténticos dramas (provocados con la indudable responsabilidad de la Administración), se entendió como una vía «excesivamente fácil» e indeseable.

Por tanto, se le añadieron un par de trabas absurdas: que solo se pueda acceder desde la ilegalidad, con lo que se impide que una persona solicitante de asilo con su solicitud pendiente pueda acceder a esta otra, obligándole a esperar una respuesta a su asilo o a renunciar a su derecho; la otra es que el trabajo haya sido en situación regular, lo que ha obligado a desgajar el modelo con un añadido al permiso por colaboración con las autoridades.

Nada hubiera costado mantener el modelo, que se permitiera acreditar con cualquier prueba válida en derecho —el Tribunal Supremo había llegado a sugerir la posibilidad de informes municipales²⁵⁴— de haber estado trabajando seis meses, de cualquier forma, regular o irregular. Nada, salvo ahorrar trámites y trabajo a la propia Administración, añadiendo algún incentivo positivo a la renuncia al asilo tras el arraigo laboral, lo que descargaría de trabajo a la Oficina de Asilo y Refugio (OAR), y así resolver expedientes en menos de seis meses.

253 Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, STS 452/2021, 25 de marzo de 2021. <https://vlex.es/vid/864208044>

254 Tribunal Supremo, Sala 3.ª, sec. 4.ª, S 10-1-2007, rec. 39/2005. <https://vlex.es/vid/potestad-reglamentaria-97-26672490>

Por ser justos, debemos saludar que se incorpore la cotización por cuenta propia, cosa que no se consideraba en la anterior regulación ni por la jurisprudencia.

3.- Estudiantes: Antes de la Ley 14/2013, de emprendedores e internacionalización, se cayó en la cuenta del absurdo que era promover la llegada de talento y al mismo tiempo expulsar al que aquí se formaba. El RDL 11/18 de 31 de agosto, forzado por las obligaciones de las Directivas europeas, introdujo una forma distinta de percepción y tratamiento de estudiantes. De «la amenaza», bajo condiciones y controles previos, a la flexibilidad. De la desconfianza, al beneficio mutuo. Del impedimento, a ser la atracción de talento.

Ese cambio de mentalidad reclamaba consolidarse con esta reforma: ya no se les fuerza a un control total; pueden viajar a varios países y decidir sobre la marcha dónde se quedan a estudiar; sus medios de vida podrán ser más amplios, no solo exteriores y no laborales; se les permite trabajar casi sin trabas, con la única condición de limitación de jornada para compatibilizar estudios; y se convierte en casi automático el tránsito a la vida laboral en la que podrán desplegar la formación en el mismo sitio donde la han adquirido.

4.- El cuarto pilar: la UTEX. Se aprueba la creación de la Unidad de Tramitación de Expedientes de Extranjería, con carácter central. La actual situación de las Oficinas viene marcada por criterios dispersos, trabas impresentables, requisitos imaginativos y siempre restrictivos, falta de rigor cuando se trata de favorecer a la persona extranjera y exceso de celo cuando se trata de exigirle, cerrazón e inexistencia de diálogo, prepotencia, dominio de la visión securitaria y policial, periodos de tiempo de resolución intolerables y completamente desproporcionados, trato despectivo cuando no inhumano a una persona extranjera desorientada, información sesgada y malintencionada, interpretaciones delirantes de la norma (y siempre en la misma dirección), rigidez burocrática, dificultades sin cuento, aun cuando se trata de colaborar, tasas absurdas, etc.

Lo real es que llevamos más de 30 años instalados en una política de absoluta desconfianza respecto a la persona extranjera, en que los principios de buena fe y confianza legítima del derecho administrativo brillan por su ausencia, y el de legalidad e interés general vienen sustituidos por orientaciones inconfesables de visiones políticas poco claras y, en última instancia, cuando no se puede denegar, se retrasa. Funcionariado instalado en esa lógica no va a cambiar en poco tiempo, por lo que se echa de menos una orientación política coordinada y unificada, a la que esperemos contribuya la unidad central proyectada.

Conclusiones

Quienes pensaron que con la reforma íbamos a ver cambios trascendentales en poco tiempo, deberán lidiar con su desilusión. Lamentablemente, en derecho de extranjería la principal arma no es la razón jurídica, ni los argumentos, ni las pruebas a favor. En un contexto creciente de xenofobia, por mucho que se vaya imponiendo la necesidad de superar una política estúpida e inhumana, siquiera sea en nuestro propio beneficio, las resistencias son muchas y las luchas largas. La reforma desarrollada va en el buen camino, pero no debe quedarse ahí. Falta profundizar, falta superar prejuicios anquilosados e imágenes distorsionadas, faltan nuevas normas en la misma línea, cambiar personas, mentalidades, quizá una regularización más. Nos hará falta aún mucho tiempo y la principal arma de aquellos a los que la historia termina dando la razón: una infinita paciencia.