

Ramón Hernández Carrera*

El nuevo reglamento de extranjería o el regreso de Perseo

“Perseo se envolvía en un manto de niebla para perseguir a los monstruos. Nosotros nos tapamos con nuestro embozo de niebla los oídos y los ojos para no ver ni oír las monstruosidades y poder negarlas.” (K. Marx, prólogo a la primera edición de “El Capital”).

1. El “esfuerzo” os hará libres

Fue Edward W. Said quien, a propósito de las culturas, se refirió a que éstas “están siempre constituidas por discursos mixtos, heterogéneos e incluso contradictorios, que ya nunca son en cierto sentido ellas mismas más que cuando no están siendo ellas mismas; en otras palabras, no adentrándose en ese estado de afirmación agresiva y chabacana hacia el que las orientan las figuras autoritarias que [...] pretenden hablar en nombre de la cultura en su totalidad” (*Reflexiones sobre el exilio*, Debate, 2005, pp. 17 y 18).

La Unión Europea, y en el caso que nos ocupa España, como miembro de pleno derecho de la misma, así como Italia o Francia (quizá pronto Finlandia), se han erigido en algunas de esas “figuras autoritarias” que en materia de inmigración pretenden imponer una sola visión de la realidad social, homogeneizar normativas, comportamientos y hasta actitudes. Lo terrible es que ahora hablamos no sólo de culturas, lo que ya de por sí es grave, sino de la regulación de los derechos de personas, que además suelen encontrarse en situaciones de exclusión social o muy próximas a las mismas.

El legislador mayoritario español, socialdemócrata y conservador, “tuvo” que aprobar la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre, reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante LOEx), que entró en vigor el pasado 13 de diciembre de 2009, —decimos “tuvo” porque buena parte de la normativa novedosa de dicha ley, que no es menos restrictiva en derechos, provenía de la necesaria transposición de directivas comunitarias al ordenamiento español; y su único rasgo flexible en cuanto a libertades le vino impuesto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 236/2007 de 7 de noviembre)—.

Dada la naturaleza netamente procedimental de la materia regulada por dicha norma, ésta requería un desarrollo reglamentario que ha venido a ser colmado con la aprobación, en el Consejo de Ministros del pasado día 15 de abril de 2011, del Proyecto Definitivo de Reglamento de la LOEx (en adelante, Reglamento).

Nadie puede poner en duda que una disposición reglamentaria se encuentra sometida, en cuanto a su contenido, a los límites establecidos por la previa habilitación de la ley que desarrolla. Pero también es cierto que el Reglamento puede servir, a modo del uso del artesano que se ocupa de dar forma a su obra, para moldear la *ratio legis* descrita en los preceptos de la ley, engrandeciéndola o rebajándola, es decir, contribuyendo a dar un impulso a sus aspectos más progresivos o, por el contrario, a sus designios más abyectos. Por lo que se refiere al Reglamento, la abyección parece ser su *leitmotiv*, su estandarte.

En efecto, el desarrollo operado por el Reglamento de la LOEx se limita a poner en orden (un orden homologador) y a regular, mediante especificaciones exacerbadas —los artículos 47 y 54.1 a) y b), que cuantifican los medios económicos que debe acreditar un extranjero para la obtención de una autorización de residencia temporal o por reagrupación familiar, rayan en lo paroxístico—, el conjunto de nuevas medidas que la propia LOEx estableció al ser aprobada, y que continuaban la deriva iniciada especialmente desde la entrada en vigor de la nefasta Ley Orgánica de Extranjería 8/2000. A partir de esta norma, la regulación de la extranjería se ha orientado hacia un uso puramente mercantilista de la migración.

Para ello, el Reglamento establece el principio de control de fronteras como su verdadera clave de bóveda, cuando los últimos datos del Instituto Nacional de Estadística muestran que, en el primer trimestre del año corriente, la diferencia entre altas y bajas en el padrón de los ciudadanos extranjeros volvió a ser negativa, con un total de 20.209 personas menos empadronadas (fuente: INE 2011). En gran medida, es la propia coyuntura económica la encargada de ordenar los movimientos de población extranjera.

Asimismo, el modo que tiene el Reglamento de regular institutos fundamentales de la extranjería es la mejor expresión de que su simbiosis con la LOEx, más que fruto de una necesaria adecuación jerárquica, es el resultado de la voluntad del legislador de convertirlo en el pilar normativo sobre el que se asiente la dura (y a menudo discriminatoria) práctica administrativa que afecta al diario desenvolvimiento de la vida de los inmigrantes en España. Así, la *reagrupación familiar*, que involucre hacia fórmulas restrictivas en cuanto al ámbito subjetivo de los familiares reagrupables —artículos 53 e) y 54.1)—; o la *tutela judicial efectiva*, en relación al modo de acceso del inmigrante al derecho a la justicia gratuita, cuando se ratifica el kafkiano sistema de información al inmigrante sobre la necesaria constancia expresa de su voluntad de interponer recurso —párrafo 2.º del artículo 15.1 c)—; o la *denegación de entrada*, al confirmarse por el Reglamento que continuarán produciéndose los actuales casos de rechazos de extranjeros no comunitarios en los puestos habilitados en la frontera española —las denegaciones de entrada tanto a ciudadanos extranjeros familiares de españoles como a familiares de extranjeros con residencia “legal” son especialmente obscenas (artículo 15)—; finalmente, produce bochorno la llamada al *esfuerzo de integración* que habrá de acreditar el ciudadano extranjero, mediante un informe positivo de la correspondiente Comunidad Autónoma donde éste habite, para ver mejoradas sus oportunidades de renovar su residencia (ya sea laboral o no lucrativa), como si no fuera ya suficiente requisito, para lograr dicha renovación, estar al corriente de pago con Hacienda y con la Seguridad Social, como cualquier otro ciudadano que no quiera ser sancionado (artículos 51.6, 61.7 y 71.6, entre otros).

Desde luego, el Reglamento apunta maneras que, salvando las oportunas distancias, nos

recuerdan a otros infaustos momentos de la historia y a otras “geniales” ideas sobre la inmigración, como las de la ultraderechista Marine Le Pen en su indecente viaje a la isla de Lampedusa el pasado 14 de marzo de 2011 para “interesarse” por el inminente arribo a las costas italianas de miles de inmigrantes en busca de refugio tras los recientes sucesos revolucionarios en el mundo árabe. Propuso nada menos que *alimentar desde el mar* a los inmigrantes para evitar su desembarco.

2. Más vale un impatriado que un inmigrante

Para comprender por dónde escoran los designios de las mentes que actualmente “idean”, desde Europa y en concreto desde España, sobre la “posmoderna” manera de regular la inmigración, no hay más que desgranar el Capítulo V del Título IV del Reglamento (artículos 85 a 96). Todo él está dedicado a articular un procedimiento, hasta ahora inexistente, de acceso a la residencia temporal y al trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una tarjeta azul-UE.

El capítulo es directamente tributario de la Directiva 2009/50 CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009 (DO L 155 18/06/2009), relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, que vino a definir los procedimientos de admisión de nacionales extracomunitarios con una alta cualificación, creando la llamada “tarjeta azul europea” que amplía y refuerza los derechos de estos trabajadores. No es que pensemos que estos profesionales no deban ser bien tratados normativamente en el desempeño de sus funciones. El problema es que quien decide qué normas se elaboran y se aplican para regular los flujos migratorios, no respeta ni pone en práctica los principios que señala como inspiradores de las mismas: los trabajadores especializados y de formación superior, ya privilegiados en sus países de origen, gozan en Europa de mejoras legales impensables para los no cualificados, poniendo de manifiesto que los principios de igualdad y no discriminación ceden siempre ante el interés económico.

En el caso de los trabajadores de alta cualificación, se facilita su admisión simplificándose los procedimientos, y se mejora el estatuto jurídico de los que ya se hallen en la UE (artículos 85 a 96); en el de los no cualificados, se mantienen los tradicionales procedimientos basados en la persecución, el hostigamiento y la adopción de decisiones muchas veces arbitrarias que en nada conducen a favorecer una auténtica convivencia entre personas de diferentes orígenes, culturas y procedencias geográficas (en muchos casos con una larga trayectoria en España y en Europa, y con intención de quedarse).

Sólo un ejemplo de todo lo anterior: el Reglamento exige —artículo 87.2 b)— que el salario bruto anual que debe ser especificado en el contrato de trabajo y que ha de incluirse en el expediente administrativo de la solicitud de residencia de un ciudadano extracomunitario cualificado, tiene que ser al menos 1,5 veces el salario bruto anual medio del país de acogida (en España, unos 23.000 euros brutos al año, lo que supondría unos 34.500 euros brutos al año para este trabajador). Ello implica un factor discriminatorio indudable respecto a los no cualificados, para quienes el mero reconocimiento de la necesaria adecuación de su retribución al Convenio Colectivo establecido por el artículo 64.3 c) no es en absoluto *garantía* del respeto a su salario legal (la experiencia demuestra que no son escasos los supuestos en que los inmigrantes se someten a trabajar por debajo de sus salarios legales para no perder sus puestos de trabajo, sin que la administración laboral, por carecer de los medios de control e inspección adecuados, evite

estos abusos empresariales).

Por eso, en las mentes de quienes han elaborado el Reglamento en las cocinas del poder, “un simple inmigrante” siempre valdrá menos, en el imaginario *mercado de valores de la inmigración*, que un inmigrante cualificado (un “impatriado”, como tales mentes lo denominan). Así, este último, al adquirir la residencia fiscal española, durante seis años podrá compaginar los beneficios de la tributación por el Impuesto de la Renta de No Residentes (IRNR) junto con su condición de contribuyente por el IRPF, lo que le permite eludir tanto la tributación progresiva como la renta mundial del IRPF, pagando sólo el porcentaje correspondiente al propio IRNR por los rendimientos obtenidos en España y ahorrándose, en suma, una buena cantidad de dinero en impuestos. Se trata de un mecanismo introducido en nuestro sistema fiscal por la Ley 62/2003 de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para 2004, que se perfeccionó mediante la Ley 35/2006, también conocida como “Ley Beckham”.

3. El regreso de Perseo

Enlazando nuevamente con la idea expresada por Edward W. Said al principio de este texto sobre el carácter mixto y heterogéneo de las realidades culturales y la amenaza que sobre ellas se cierne desde posiciones autoritarias, podemos señalar que el hecho inmigratorio es un hecho social y culturalmente de primer orden. Apreciamos un proceder autoritario en el contenido del Reglamento que ha de regular este hecho, ya que la visión unívoca que tiene la norma de una realidad polimórfica como son las migraciones trata de determinar una interpretación totalizadora de dicha realidad, oscureciendo sus matices y cercenando sus posibles y distintos estados (que son los auténticos elementos que pueden enriquecer a la sociedad receptora de nuevas poblaciones humanas).

¿Cómo no caracterizar de autoritario un texto normativo como el que analizamos que, aunque prevé la suspensión de la ejecución del expediente sancionador de expulsión a una inmigrante en situación irregular cuando ha sido víctima de violencia de género, disuade a dicha víctima a la hora de formular la correspondiente denuncia contra su agresor al mantener la posibilidad de que se incoe dicho expediente? ¿Es jurídicamente sensato que se deje en manos de la autoridad policial la potestad de decidir la incoación del mismo en el propio momento en que se presente la denuncia sobre la situación de violencia (artículo 131)?

¿Qué otra orientación, si no la propiamente autoritaria, es la que se desprende de un Reglamento que no garantiza de manera permanente y desde el primer momento la asistencia letrada al inmigrante menor de edad inmerso en un procedimiento en el que se ventilan sus derechos (artículos 189 a 198), y que discrimina a hermanos menores de edad entre sí (hijos/as de residentes regularizados) según hayan nacido o no en España, otorgando automáticamente la residencia a los primeros y condenando a los segundos a permanecer irregularmente en territorio español durante dos años (hasta poder demostrar una “especie” de arraigo) para obtener dicha residencia (artículo 186)?

El gobierno se ha mantenido firme también en el régimen “no penitenciario”, como lo llama el Reglamento —pero en verdad plenamente carcelario—, de los Centros de Internamiento de Inmigrantes (CIE), ya que no se regula el protocolo de acceso de las asociaciones civiles en dichos centros para controlar el cumplimiento de las obligadas condiciones humanitarias que deben reunir, a pesar de la habilitación creada por la LOEx en este sentido —artículo 62 bis.1 j)

LOEx—, y sí se recalca el mantenimiento del abusivo incremento temporal de los días máximos de permanencia de un inmigrante irregular en el CIE (de 40 a 60 días) para hacer realidad su expulsión, introducido por la Directiva de Retorno de 18 de junio de 2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, que en tan mal lugar ha dejado a la cámara europea en cuestión de derechos humanos (artículo 258).

Con un texto de esta índole y extensión (266 artículos) nadie podrá negar las malas artes de este Reglamento, a menos que quien se interese por su análisis o quien se vea concernido por sus resultados —es decir, la sociedad en su conjunto—, quiera, a modo de un Perseo regresado, envolverse en un “manto de niebla” para hacer caso omiso de sus monstruosas consecuencias.

Abril de 2011

***Ramón Hernández es abogado laboralista y especialista en extranjería**