PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DE LA NORMATIVA DE EXTRANJERÍA

AVANZANDO HACIA EL
RECONOCIMIENTO
DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS
MIGRANTES

Andalucía Acoge

RED acoge

PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DE LA NORMATIVA DE EXTRANJERÍA: AVANZANDO HACIA EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES

Propuesta: Red Acoge y Andalucía Acoge

Maquetación: Catalina Medarde
2020

Contenido

1. Enfoque y modelo de regulación de los flujos migratorios en la ley de extranjería 6

2. Autorizaciones para las personas extranjeras 13

2.1. Autorizaciones de residencia temporal 15
2.2. Autorización de residencia por circunstancias excepcionales 18
2.3. Reagrupación familiar 26
2.4. Menores extranjeros sin referentes familiares 29
2.5. Régimen comunitario 33

El documento que presentamos tiene como **objetivo abordar las principales dificultades normativas con las que se encuentran las personas extranjeras para las solicitudes iniciales y la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo en el Estado español, a través del 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 la Ley Orgánica 2/2009 (LOEX).

Siendo conscientes de las múltiples aristas legislativas que regulan la política migratoria, el presente documento no tiene la pretensión de ser un estudio que analice de forma exhaustiva toda la normativa ni los numerosos tipos de autorizaciones recogidos en la LOEX, sino que pretende abordar **los criterios y requisitos establecidos en el actual Reglamento de las autorizaciones más demandadas**, para dar respuesta a la creciente desprotección que están sufriendo miles de personas extranjeras en el contexto actual de crisis socio económica.

Más allá de las medidas a medio y corto plazo que correspondan adoptar para garantizar y proteger los derechos de todas las personas migrantes, sin discriminación alguna y con independencia de su condición migratoria, pretendemos abordar una de las principales cuestiones de fondo que limitan el ejercicio de los derechos de las personas extranjeras en nuestro país y promover una reforma estructural y sostenible en el medio largo plazo.

El impacto socioeconómico de la crisis sanitaria provocada por la COVID19, ha puesto de manifiesto la fragilidad de nuestro sistema que no llega a garantizar los derechos más básicos de las personas que viven en las situaciones más duras, de mayor riesgo y vulnerabilidad, muchas de ellas migrantes en situación administrativa irregular.

El cierre de las actividades económicas ha afectado de forma particularmente negativa a las personas trabajadoras con bajos salarios, las que se encuentran están empleadas en el sector informal, las que cuentan con trabajos precarios o temporales y no tienen acceso a las prestaciones por desempleo, por enfermedad o caída de ingresos.

El desempleo y la creciente pobreza provocada por la crisis sanitaria tienen entre sus consecuencias que miles de personas queden en situación administrativa irregular al no poder acceder a puestos de trabajo y no cumplir los requisitos para el arraigo o no cumplir con los requisitos para la renovación de los permisos de residencia y/o trabajo. La crisis por la pandemia ha erosionado al sector laboral como no se veía en años recientes, si bien es verdad que debemos analizar dicha situación en relación a esta pandemia, también debemos decir que no todo es resultado de ella.

Así, específicamente:

- Personas pendientes de la resolución de autorizaciones iniciales o de renovaciones de autorizaciones de residencia que se ven afectadas por una dilación más en la tramitación en un sistema burocratizado y que ya partía de un punto de saturación previo a la crisis sanitaria.
- Personas que cumplían los requisitos de permanencia en el país y de relación laboral para la solicitar la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales y, durante la crisis sanitaria han perdido la relación contractual o el empleador ya no cumple los requisitos exigidos.
- Personas con autorizaciones de residencia y trabajo y que, a pesar de la ampliación automática, debido a la crisis sanitaria, han dejado de cumplir los requisitos de cotización y relación laboral, no pudiendo realizar la renovación dentro de 9 meses.
- Personas sin autorización trabajando en la economía informal a esperas de cumplir con los requisitos para solicitar la solicitar las autorizaciones correspondientes.

La situación que vivimos requiere de soluciones extraordinarias que vayan más allá del modelo de ciudadanía existente hasta ahora. Se requieren soluciones que aborden el problema desde un enfoque basado en derechos humanos, de forma que se reconozcan a las personas migrantes como sujetos plenos de derechos, con independencia de su condición migratoria.

Sólo de esta forma, el Estado podrá garantizar a estas personas, el acceso a las medidas inmediatas de alivio económico y a las medidas de protección social de cara a atenuar los efectos más agudos de la crisis, así como facilitar la búsqueda de empleo y la integración social.

Desde esta perspectiva, el objetivo del presente documento es realizar un conjunto de propuestas para que, a través del Reglamento de la Ley de extranjería, se pueda dar respuesta a la creciente desprotección que están sufriendo miles de personas extranjeras en el contexto actual de crisis socio económica.

Asimismo, para que el Estado español avance en el cumplimiento de los objetivos del Pacto Mundial para las Migraciones y la Agenda 2030, es totalmente necesario que la inclusión social de los migrantes se realice sin tener en cuenta su situación migratoria, queda mucho por hacer en lo relativo a la inclusión de los migrantes irregulares en cuanto a derechos.

1

Enfoque y modelo de regulación de los flujos migratorios en la ley de extranjería

No faltan leyes y políticas de migración. Algunas medidas reconocen la contribución positiva de los migrantes y de la migración al bienestar económico, la prosperidad nacional y el desarrollo. Sin embargo, otras medidas representan una reacción a la migración y a los migrantes como un fenómeno amenazador. Estas medidas pueden tener consecuencias negativas, entre ellas la vulneración de los derechos humanos de los migrantes y sus familiares (OACNUDH)

Actualmente los Estados se enfrentan al complejo desafío de lograr una gobernanza de las migraciones que respete, proteja y garantice los derechos de las personas migrantes y que sea mutuamente beneficiosa. Los procesos migratorios bien gestionados incrementan los efectos positivos en el desarrollo económico y social de los países de origen, así como al desarrollo humano tanto de las personas migrantes como de las nacionales, contribuyendo a la cohesión social y a una sociedad intercultural.

Esto es solo posible si las políticas se sustentan en una legislación nacional basada en el Derecho Internacional de los derechos humanos (DIDH) siendo aplicable tanto a nacionales de un Estado como a toda persona dentro de su jurisdicción, incluida la población migrante, independientemente de su estatus migratorio. Todas las personas migrantes, incluidas las que se encuentran en situación irregular y las apátridas, tienen los mismos derechos humanos que cualquier otra persona.

Tabla 1. **Fuentes del derecho internacional relativas a la protección de los derechos de los no ciudadanos**

Declaración Universal de los Derechos Humanos.
Observación General 15 del Comité de Derechos Humanos. La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto.
Observación general Nº 20 del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales, sobre la no discriminación de los derechos contemplados en el Pacto.
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
Recomendación general Nº 30 sobre la discriminación contra los no ciudadanos. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.
Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Fuente: Elaboración propia

El DIDH reconoce el derecho a salir de cualquier país, incluido el propio, y a regresar al propio país, pero no contempla el derecho a entrar en otro país. **Los Estados tienen la prerrogativa soberana de decidir los criterios de admisión y expulsión de las personas no nacionales y los requisitos para la obtención de la ciudadanía.** Sin embargo, esta prerrogativa está sujeta a sus obligaciones en materia de derechos humanos y a cualquier acuerdo o convenio que puedan haber suscrito para limitar su soberanía en este ámbito.

La Recomendación general Nº 30 sobre la discriminación contra los *no ciudadanos* del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial señala que los Estados están obligados a *"garantizar la igualdad*

entre los ciudadanos y no ciudadanos en el disfrute de esos derechos en la medida reconocida en el derecho internacional" (pt 3) y que además deben *"Evitar que grupos particulares de no ciudadanos sufran discriminación respecto del acceso a la ciudadanía o a la naturalización y prestar la debida atención a las posibles barreras que puedan impedir la naturalización a los residentes de larga data o permanentes" (pt 13)*. En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) señala que los Estado deben *"suprimir los obstáculos que impidan a los no ciudadanos disfrutar de los derechos económicos, sociales y culturales, sobre todo en las esferas de la educación, la vivienda, el empleo y la salud" (pt 29)*.

La diferenciación entre la población considerada ciudadana y no ciudadanas debe ser algo excepcional, responder a objetivos legítimos de los Estado y ser proporcional al logro de dicho objetivo. Sin embargo, en la práctica, casi todas las personas consideradas no ciudadanas sufren alguna discriminación.

En el caso del Estado español, la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), señala en su artículo 3.1 que la interpretación de las normas se hará según la ***Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España***[1]**.**

Tabla 2. **Normativa del régimen general de extranjería**

Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social. Modificada en varias ocasiones por: la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, por la Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre, por la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre.

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 la Ley Orgánica 2/2009.

Instrucciones de la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración (Dirección General de Inmigración) del Ministerio de Trabajo e Inmigración, que desarrollan y concretan diversos aspectos del Reglamento.

Circulares e Instrucciones de las Unidades Administrativas Territoriales: Áreas Funcionales de Trabajo e Inmigración y Oficinas de Extranjeros de las diferentes Delegaciones o Subdelegaciones del Gobiernos.

Fuente: Elaboración propia

[1] Artículo 3. Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas. *"Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles"*

La ley plantea entre sus objetivos: establecer un marco de derechos y libertades para estas personas que garantice el ejercicio pleno de los derechos fundamentales; canalizar de forma legal y ordenada los flujos migratorios laborales; mejorar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular.

La ley plantea entre sus objetivos: establecer un marco de derechos y libertades para estas personas que garantice el ejercicio pleno de los derechos fundamentales; canalizar de forma legal y ordenada los flujos migratorios laborales; mejorar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular.

Para cumplir con estos objetivos, define un catálogo de derechos y libertades de las personas extranjeras y un ***"sistema progresivo de acceso"*** **a estos derechos, condicionado al cumplimiento de determinados requisitos a partir de los cuales se adquiere un título administrativo** que, en este caso, concede a la persona las facultades necesarias para ejercer como titular de derechos. Las personas extranjeras que no cuentan con este título administrativo, solo tienen derecho a la educación, la salud (con limitaciones), libertad de reunión, manifestación, asociación, sindicalización y huelga.

Así, se establece un modelo donde el Estado limita los derechos de las personas extranjeras en función de una situación administrativa determinada. En el Título I de la LOEX, se establece un catálogo de derechos reconocidos a las personas extranjeras y que establece tres categorías:

- Derechos que corresponden a las personas españolas y a las extranjeras con independencia de si cuenta o no con título administrativo.
- Derechos reconocidos a las personas extranjeras que cuentan con título administrativo.
- Derechos solo para los nacionales.

De esta forma, **la LOEX establece tres categorías de ciudadanía en función de la autorización administrativa que cada persona tenga** (nacionales, migrantes en situación administrativa regular y migrantes en situación administrativa irregular) y a cada una de ellas les otorga unos derechos.

En el Título II de esta ley se define un **amplio abanico de autorizaciones** que otorga el Estado español a las personas extranjeras para entrar y permanecer en el país. Estas autorizaciones pueden adquirirse en el país de origen o ya en territorio español dependiendo del caso. Los requisitos, procedimiento y documentación necesaria para la solicitud, concesión o renovación de las diferentes autorizaciones están establecidas en el 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 la Ley Orgánica 2/2009.

El modelo establecido en la normativa española para **la concesión de las autorizaciones administrativas de residencia y el trabajo está basado en las condiciones y necesidades del mercado de trabajo nacional**. De esta forma, se condiciona el pleno ejercicio de los derechos de las personas migrantes a la adquisición de un contrato de trabajo en los sectores cuya demanda de empleo no sea cubierta por los españoles y españolas.

En la práctica, las situaciones que encontramos son:

- El porcentaje de personas que consiguen las autorizaciones en el país de origen para poder trabajar en territorio español es muy pequeño.
- La mayoría de las personas extranjeras que llegan con la intención de residir y trabajar lo hacen sin la autorización correspondiente esperando a cumplir con los requisitos para conseguir el permiso de residencia y trabajo en el propio Estado español.

Esto implica que un alto porcentaje de estas personas está, durante 3 años, trabajando en la economía sumergida, en situación de alto riesgo de abusos y explotación, sin derechos reconocidos y sin estar considerado como parte de la ciudadanía, dejándolas en indefensión ante cualquier vulneración de sus derechos humanos.

- En muchos casos, a pesar de los tres años de estancia, muchas de ellas y debido al contexto actual, no pueden cumplir con los requisitos para la concesión de estas autorizaciones.
- También existen grandes dificultades en conseguir la renovación de los permisos ya que el contexto actual también lo dificulta, de forma que, personas que contaban con autorizaciones, las pierden quedando, en lo que se ha llamado, situación de irregularidad sobrevenida.

Todas estas situaciones muestran, que **la LOEX y su Reglamento se han convertido en instrumentos incapaces de dar respuesta a más de medio millón de personas que se encuentran actualmente indocumentados** en territorio español, ya que los requisitos necesarios para el acceso a estos permisos no se ajustan al contexto social y económico actual. Un gran número de personas, aunque desarrollen una actividad laboral, no pueden cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento para el acceso a estos permisos, teniendo que mantenerse en una situación administrativa irregular que le deniegan sus derechos al no ser consideradas parte de la ciudadanía. El número de personas que se han visto abocadas al sector de trabajo informal y a la economía sumergida ha crecido de forma significativa durante la crisis.

Además, estas personas suelen estar expuestas especialmente a situaciones de riesgo y vulneración de sus derechos, ya que tienen más probabilidades de sufrir discriminación, exclusión, explotación y abuso en todas las etapas del proceso migratorio.

Para lograr estos fines y teniendo en cuenta el contexto actual, es necesaria una revisión tanto del propio modelo recogido en la Ley de extranjería como de los requisitos establecidos en el Reglamento para adecuarlos a la realidad social y económica y asegurar que las personas que se encuentran en el territorio español tienen garantizados sus derechos acordes con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado español.

CONCLUSIONES

- La LOEX no incorpora un enfoque de derechos humanos que dé respuesta a la especial situación de vulnerabilidad que se encuentran las personas migrantes.
- Esta ley está orientada en su totalidad, a establecer el procedimiento de acceso al mercado laboral español de las personas extranjeras. La vinculación exclusiva de la migración al mercado laboral supone una mercantilización de las personas y una restricción al importante papel que las personas migrantes juegan como impulsoras y facilitadoras del desarrollo humano. Su integración social en los países de acogida tiene un efecto positivo en el conjunto de la sociedad.
- Establece diferentes tipos de ciudadanía que dejan en desprotección a miles de personas que no son consideradas titulares de derechos; no pueden acceder a las medidas de protección social; solo pueden trabajar en la economía sumergida; y sufren discriminación, exclusión, explotación y abuso en todas las etapas del proceso migratorio.
- Condiciona el otorgamiento de las facultades para ejercer como titular de derechos, al cumplimiento de determinados requisitos a partir de los cuales se adquiere un título administrativo.
- En el contexto actual miles de personas no pueden cumplir con los requisitos exigidos por la ley para acceder o renovar sus autorizaciones de residencia y trabajo, debido a la crisis social y económica provocada por la COVID19.
- Es necesario adecuar las autorizaciones a la realidad laboral y social actual, y favorecer la obtención de permisos de residencia y trabajo, ya que, tras la crisis sanitaria y el fin del estado de alarma, miles de personas pueden quedar sin documentación y sin posibilidad de trasladarse a otros países.

2

Autorizaciones para las personas extranjeras

Como ya hemos señalado, el Título II de la LOEX establece un amplio catálogo de autorizaciones para que las personas extranjeras entren en el territorio español, permanezca y realicen diferentes actividades. Contempla un gran número de situaciones diferentes. Por norma general, los permisos deben ser tramitados y concedidos el país de origen, pero la norma también contempla situaciones excepcionales para conseguir las autorizaciones correspondientes de residencia y trabajo ya estando en el país.

Si bien este amplio espectro de autorizaciones debería servir para que el porcentaje de personas que se encuentran en el territorio sin la documentación correspondientes fuera muy pequeño, los numerosos obstáculos en los requisitos, procedimientos y documentación establecidos en la Ley y su Reglamento hacen que este porcentaje sea muy elevado. Es en este punto donde **la norma no responde la realidad social y deja en exclusión a un alto porcentaje de la población migrante.**

El Reglamento contempla dos situaciones en las cuales se pueden encontrar las personas extranjeras y para las cuales necesitan sus autorizaciones administrativas correspondientes:

- **Estancia**

  Permanencia no superior a 90 días (sin perjuicio que otras situaciones de permanencia superior son consideradas como estancia casos de estancia por estudios, movilidad de alumnado, prácticas no laborales o servicios de voluntariado).

- **Residencia**

  La persona extranjera se establece en territorio español con ánimo de durabilidad:

  Residencia temporal
  Autoriza a residir en España por un periodo superior a 90 días e inferior a 5 años

  Residencia de larga duración
  Autoriza a residir y trabajar en España de forma indefinida.

La normativa establece dos formas de acceso al mercado nacional de trabajo desde el país de origen, teniendo en cuenta si la valoración de la situación nacional de empleo es individual (solicitud individual de autorización de residencia y trabajo), o colectiva (gestión colectiva de contrataciones en origen). El funcionamiento de ninguna de las dos ha sido eficaz como muestra la clara disminución de personas extranjeras que llegan por estas vías y el aumento de personas que se encuentran en situación administrativa irregular en el país.

A lo largo del siguiente epígrafe analizaremos las autorizaciones más solicitadas en el **régimen de residencia** contemplado en el Título IV y V Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, identificando los principales obstáculos que se dan en la práctica, con el fin de realizar propuestas que den respuesta al contexto actual en el que nos encontramos.

2.1. Autorizaciones de residencia temporal

Para poder trabajar en el Estado español se requiere de una autorización que, de forma general, está vinculada a una autorización de residencia. A excepción de dos autorizaciones de residencia temporales (no lucrativa y por reagrupación familiar), existen diferentes situaciones de residencia que pueden dar lugar a una autorización de trabajo, permitiendo la estancia en el Estado español por más de 3 meses y menos de 5 años.

Tabla 3. **Residencias en el marco del Título IV del Reglamento de Extranjería RD 557/2011 (RELOEX). Art. 45.2**

c) Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

d) Autorización de residencia temporal y trabajo para investigación.

e) Autorización de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una Tarjeta azul-UE.

f) Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada.

h) Autorización de residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios.

i) Autorización de residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo

Fuente: Reglamento de Extranjería RD 557/2011

De forma general, estas autorizaciones están dirigidas a canalizar las necesidades concretas del mercado laboral español con ofertas de trabajo a personas que se encuentran en el extranjero. Es la vía de entrada establecida por el Estado español para personas extranjeras que quieran realizar una actividad lucrativa en el territorio.

El Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) está encargado de elaborar el listado con las ofertas de empleo de las empresas españolas tras la realización de consultas pertinentes a las provincias. Es el llamado catálogo de ocupaciones de difícil cobertura. El SEPE se encarga de certificar que el puesto de trabajo no se ha podido cubrir en España, incluirlo en el catálogo de difícil cobertura y gestionar la oferta de empleo.

En todas ellas:

El trámite es iniciado por una empresa española que debe demostrar entre otras cosas: que cuenta con medios para requerir a la persona trabajadora; que dicha persona se encuentra en un tercer país y es apta para el puesto a desarrollar; que se ha tenido en cuenta el catálogo de difícil cobertura y la situación nacional de empleo en España.

Tras la solicitud por parte del empleador, en el caso que se autorice su residencia y trabajo, la persona extranjera deberá solicitar el visado en la misión diplomática española en país de origen.

Cuando ingrese a territorio español, deberá tramitar su tarjeta de identificación de extranjero (TIE) en el que constará el derecho que le habilita a residir y/o trabajar en España y serán expedidas con una vigencia de 12 meses que deberá renovar si cumple con los requisitos para ello.

En los procedimientos establecidos nos encontramos con dificultades que convierte en ineficaz e inexistente las contrataciones en origen por el art 45.2:

- **La situación nacional de empleo no se corresponde con la situación real del mercado laboral.** El Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura que según la LOEX define la situación nacional de empleo, sólo incluye los nichos laborales que no son cubiertos por nacionales españoles de forma que no refleja la realidad de la demanda del mercado laboral español (art 65 RELOEX).

- **El catálogo de difícil cobertura ha ido reduciendo el número de ocupaciones, las ocupaciones son cada vez más especializadas y no contempla la realidad de las diferentes provincias** ya que la incorporación de las ofertas de empleo se hace teniendo en cuenta el domicilio fiscal de la empresa y no el lugar donde se llevará a cabo el trabajo.

- **No se aplican las excepciones existentes en cuanto a la contratación en país de origen** sin necesidad de que la oferta de empleo se encuentre en el Catálogo de dificultad cobertura. Es el caso de las ofertas dirigidas a nacionales de Chile o Perú, en virtud de acuerdos internacionales celebrados con esos países y de las circunstancias recogidas en el art. 40 de la LOEX. En ambos casos, la práctica está siendo la denegación de las ofertas por parte de la Delegación de Gobierno, alegando el porcentaje de desempleo en el país.

- **El retraso en la resolución de las solicitudes imposibilita la contratación real de la persona extranjera desde el país de origen.** La administración debe responder en 3 meses, sino se aplica el silencio negativo. Es frecuente que la administración resuelva hasta en 8 meses, lo que imposibilita una contratación real con la necesidad del puesto de trabajo y que esa oferta se vea redirigida a una nueva contratación o se solvente con la economía sumergida.

Esta vía de acceso al mercado laboral español es inaccesible por las propias trabas de la administración, limitando las posibilidades tanto a empleadores como a trabajadores y reforzando la imagen de "mano de obra poco cualificada" de los países extranjeros. Esto convierte en ineficaz e inexistente las contrataciones en origen por el art 45.2.

Tabla 4. **Reglamento de Extranjería RD 557/2011. Art 45.2.**

a) Autorización de residencia temporal no lucrativa.
g) Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia

Estas autorizaciones, además de los requisitos generales, también se vinculan a la acreditación por parte de la persona extranjera de los medios económicos suficientes que acrediten que son capaces de mantener su residencia en España, ya sea porque disponen de ingresos fuera de España o porque sus ingresos derivaran de un proyecto empresarial en España.

Los obstáculos con los que se encuentran estas personas en su país de origen son:

- La falta de información sobre el procedimiento y la documentación necesaria para la tramitación, generándose actores intermedios (gestorías) que, en muchas ocasiones, se aprovechan de las circunstancias para su propio beneficio.
- La dificultad en cumplir con los parámetros en cuanto a la exigencia de medios económicos que deben acreditar al ser muy alta la cuantía en relación con el contexto actual.
- La burocracia y la falta de criterios objetivos que genera arbitrariedad en la valoración de los proyectos empresariales/negocios que se pretenden abrir en España.
- El incumplimiento y la dilación excesiva de los tiempos de resolución, de forma que dificulta la ejecución real de la oportunidad de negocio y una posible pérdida de valor de la moneda en la fluctuación del mercado de divisas disminuyendo la cantidad total de la inversión.

Esta regulación ha mostrado su ineficacia en cuanto que no ha facilitado el empleo por cuenta propia a las personas que lo solicitan desde origen y que no cuentan con medios económicos elevados, ni mucho menos facilita a quienes encontrándose en territorio español y cumpliendo los requisitos del art 45.2 o del arraigo por cuenta propia, puedan acceder de forma efectiva la solicitud.

Ante esta situación se promulga la Ley de emprendedores 14/2013 de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Esta Ley no tiene en cuenta la LOEX, estableciendo de facto diferencias entre las personas extranjeras autónomas (ley 4/2000) y las extranjeras emprendedoras (ley 14/2013), siendo estas últimas privilegiadas al tener mayores facilidades para la obtención de las autorizaciones de residencia y trabajo.

Por ejemplo, en el caso de las solicitudes por la ley de emprendedores, cuando no se resuelve en el plazo de 20 días, el efecto del silencio de la administración es positivo, cosa que no sucede con las solicitudes de cuenta propia o arraigo por cuenta propia. Esta diferenciación muestra la discriminación selectiva entre las personas extranjeras con un gran capital y los pequeños emprendedores que ven condicionado el ejercicio de su derecho de solicitar una autorización de empleo como autónomo en España.

PROPUESTAS autorizaciones de residencia temporal:

Cumplir con el plazo de resolución de 3 meses previstos en la ley y en el caso de no contestar que se aplique el silencio administrativo positivo como en la ley de emprendedores. Esto permitiría que la oportunidad de negocio sea eficaz y de posible ejecución en el momento que se solicita.

2.2. Autorización de residencia por circunstancias excepcionales

La Directiva europea de retorno[2], en el art. 6.4, refiere que los Estados miembros pueden conceder a personas nacionales de terceros países en situación irregular un permiso de residencia autónomo o una autorización con derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo, declarando que en estos casos no procederá a dictarse una decisión de retorno, y en el caso de que ya haya sido dictada, se revocará o suspenderá durante el periodo de validez la autorización de residencia o del derecho de estancia.

Este artículo obedece en la legislación española a la posibilidad de conceder autorizaciones de residencia y trabajo a personas extranjeras que ya se encuentran en territorio español por circunstancias excepcionales, atendiendo a lo dispuesto en el Título V del Reglamento en el cual se establece un conjunto de situaciones por las cuales se podrán conceder estas autorizaciones. En este epígrafe abordaremos solo las previstas en el Capítulo I y el capítulo IV, al ser las que desde la práctica mayores dificultades tienen.

CAPÍTULO I. Residencia temporal por circunstancias excepcionales por arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades, seguridad nacional o interés público

[2] Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

La Ley establece que *"La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias de colaboración con la justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente"*. La figura del arraigo se incorpora en la normativa española para dar respuesta a una situación provocada fundamentalmente por la falta de vías de acceso al Estado español con las autorizaciones necesarias para que personas extranjeras puedan residir y trabajar. El Reglamento señala que *"se podrán conceder una autorización de residencia por razones de arraigo laboral, social o familiar cuando se cumplan los siguientes requisitos"*.

Tabla 5. **Análisis de las autorizaciones por circunstancias excepcionales recogidas en el Capítulo I del Título V**

	Requisitos	***Documentación acreditativa***	***Dificultades***
Arraigo laboral	Permanecer en territorio español por un periodo mínimo 2 años.	Documentación emitida y/o registrada por una Administración Pública española.	Deja en total desprotección a las personas durante 2 años al no ser consideradas sujetos de derechos.
	Demostrar relación laboral no inferior a 6 meses.	Documentación acreditativa: • Resolución judicial o acta de conciliación en vía judicial que la reconozca, o • Resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite.	Requiere demandar al empleador y con ello la posible pérdida del puesto de trabajo

		Documentación emitida y/o registrada por una Administración Permanecer en territorio español por un periodo mínimo 3 años.Pública española. Cualquier documentación que demuestre continuidad en esos 3 años en territorio español de entidades privadas.	Deja en total desprotección a las personas durante 3 años al no ser consideradas sujetos de derechos. Esto conlleva un mayor riesgo ante las discriminaciones y abusos laborales por parte de empleadores que se aprovechan de esta situación para incumplir con la normativa laboral.
Arraigo social	Contar con un contrato de trabajo en el momento de la solicitud para un periodo que no sea inferior a un año, jornada completa con uno o dos empleadores dentro del mismo sector.	Contrato de trabajo con las características exigidas, firmado por el empleador y trabajador.	Dificultad en cumplir con el requisito de la duración del contrato de un año. Requiere al empresario medios de prueba de la solvencia muy exigentes.
	Acreditar relaciones familiares o informe de arraigo.	Documentación acreditativa: • Certificado de matrimonio o del registro de parejas, certificado de nacimiento u otros documentos. • Informe de inserción social emitido por el Ayuntamiento del domicilio habitual del solicitante. (previamente la realización del curso de: conoce tus leyes, compuesto por 4 módulos)	Demora en los tiempos para la tramitación de las citas y la elaboración de los informes. Se permite presentar el justificante de realización del informe.

Arraigo familiar	Ser padre o madre de menor de nacionalidad española.	Documentación acreditativa: • Certificado de nacimiento del menor de nacionalidad española en el que conste el vínculo familiar y la nacionalidad española de dicho menor.	
	Ser hijo de padre o madre que hubiera sido originariamente español.	Documentación acreditativa: • Certificado de nacimiento del solicitante. • Certificado de nacimiento del padre o madre originariamente español o certificado del Registro Civil que acredite dicha condición.	Plazos muy largos en la tramitación al tenerse en cuenta la legislación nacional de los países de origen de sus ascendientes.
Razones humanitarias	Situaciones que se contemplan: Protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades, seguridad nacional o interés público. Delitos contra los derechos de los trabajadores contemplados en el Código Penal. Víctima de delitos en los que haya concurrido la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca. Víctima de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar. Sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada. Que su traslado al país implique peligro.		La denuncia de las víctimas. No contempla situaciones humanitarias del contexto actual.

Renovaciones autorizaciones de residencia y trabajo: inicial y larga duración	Autorizaciones emitidas por el plazo de 12 meses, deben cotizar 9 meses si no disponen de contrato de trabajo en el momento de la renovación. Autorizaciones emitidas por el plazo de 12 meses, deben de cotizar 6 mesen en caso de que si dispongan de contrato de trabajo en el momento de la renovación Autorizaciones emitidas por el plazo de 24 meses, deben cotizar 18 meses si no disponen de contrato de trabajo en el momento de la renovación Autorizaciones emitidas por el plazo de 24 meses, deben cotizar 12 meses en caso de que si dispongan de contrato de trabajo en el momento de la renovación. Solicitud de residencia de larga duración, deben acreditar que no han superado los periodos de ausencia de 10 meses continuos o discontinuos en periodo de 5 años.	Los tiempos de exigencia de cotización son elevados. La pérdida del empleo en los meses siguientes a la concesión de las tarjetas iniciales, por causas ajenas al trabajador/a (muerte del empleador/ fusión, quiebra de empresa)

Como podemos observar en la tabla resumen, los requisitos o medios de prueba para solicitudes de autorizaciones por circunstancias excepciones conllevan un conjunto de dificultades al no ajustarse a la realidad económica y social actual. La consecuencia es gravísima ya que excluye a miles de personas migrantes que no tienen reconocidos sus derechos y que se encuentran en situación irregular.

El tiempo exigido de estancia tanto para el arraigo laboral como para el social implica que un gran número de personas extranjeras que han venido al Estado español para insertarse en el mercado laboral y en la sociedad española, sean excluidas por un periodo de 2 o 3 años como mínimo, durante los cuales no son consideradas parte de la ciudadanía. Esta situación obliga a las personas a soportar abusos laborales por parte de empleadores que se aprovechan de esta situación para incumplir con la normativa laboral, en cuanto a salarios, días de descanso, accidentes laborales, prevención de riesgos laborales, etc., vulnerando así los derechos de los trabajadores que por temor a perder el puesto de trabajo no denuncian estas situaciones.

En cuanto al **arraigo laboral**, la principal dificultad para realizar la solicitud la encontramos en que para mostrar a la relación laboral mantenida durante 6 meses, la persona que lo solicita debe denunciar ante la Inspección de Trabajo al empleador con el que la persona ha mantenido una relación laboral no contractual. Ante el miedo a la pérdida del empleo, son muy pocas las personas que utilizan esta vía.

Con relación a la solicitud por **arraigo social**, se condiciona su resolución favorable a los medios económicos del empleador y a la propuesta de oferta de empleo de un año y a jornada completa. Aunque la ley contemple media jornada en caso de 2 empleadores en la misma actividad, los tiempos exigidos son muy amplios y no se ajustan a la realidad del mercado laboral actual.

Respecto al **arraigo familiar**, debemos tener en cuenta que un menor con nacionalidad española, no es lo mismo que "menor nacido en España". En este sentido, para la tramitación del arraigo, se tiene en cuenta la legislación nacional de los países de origen de sus ascendientes (ius soli-ius sanguinis). De esta forma, si en la legislación de origen prevalece el criterio de adquisición de la nacionalidad por la afiliación paterno-materna (ius sanguinis), la nacionalidad del nacido en el Estado español será la de sus progenitores. Sin embargo, en el caso de prevalecer en la legislación nacional el criterio de adquisición de nacionalidad según el territorio donde has nacido (ius soli), el menor adquiere la nacionalidad española por nacer en España y se aplica el Código Civil (art.17c) d)). En estos casos se solicita al Registro civil de su domicilio la declaración de nacionalidad española por presunción previamente, con los requisitos y plazos que conlleva.

Por otro lado, en cuanto al caso en el cual la persona que solicita **la autorización es ascendiente de nacional español**, contamos con la sentencia STS 1678/2019 del 27/05/2019 –Madrid, Rec. 446/2017. Ponente Juan Carlos Trillo. En esencia esta sentencia viene a reconocer la renovación de una autorización de arraigo familiar, en tanto y en cuanto persistan las circunstancias excepcionales, y no está obligado a modificar la autorización a residencia y trabajo si es que no cumple los requisitos para ello, siendo el de mayor dificultad el contrato de trabajo en las condiciones explicadas anteriormente.

Otra situación excepcional, contemplada en el artículo 125[3] del RD 557/2011, relativa a la posibilidad de obtener una autorización de residencia temporal por razones de **protección internacional**. Este artículo habilita a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio a autorizar la permanencia en España a personas que se encuentren en situaciones en que concurran razones humanitarias distintas a las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria. Esta situación puede aplicarse a solicitante de protección internacional cuya solicitud ha sido denegada al no acreditar una persecución acorde a la requerida en el Convenio de Ginebra.

Estas personas cuentan con un permiso de residencia que le reconoce el derecho al trabajo, sanidad, formación, acceso a la vivienda o los recursos públicos de acogida o prestaciones al ser solicitante de Protección internacional o apátrida, durante todo el tiempo de tramitación de su expediente que puede llegar a durar entre 2 y 3 años. En el momento en que se produce la denegación, pierden el permiso y con ello el reconocimiento de sus derechos, quedando en situación de irregularidad sobrevenida. En la práctica, este artículo solo se está aplicando a personas de determinadas nacionalidades, estableciéndose un criterio discriminatorio y dejando fuera a miles de personas solicitantes de protección internacional que no pueden regresar a su país y cuya solicitud de asilo es denegada.

Por otro lado, con relación a la solicitud de las autorizaciones correspondiente por razones de índole humanitaria, la principal dificultad con la que nos encontramos en este punto, es la necesidad de una

[3] Tenemos como antecedente, el caso de búsqueda de empleo de estudiantes cuando han finalizado la actividad estudiantil/investigadora puede permanecer en España durante un periodo máximo de doce meses con el fin de buscar un empleo adecuado en relación con el campo de la investigación realizada o para emprender un proyecto empresarial Ley emprendedores y su internacionalización art 72. De igual forma Orden TMS/1277/2019, de 23 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2020, respecto a los descendientes de españoles señala que se permitirá la búsqueda de empleo durante 3 meses. (Artículo 22. Los visados de búsqueda de empleo serán emitidos por la oficina consular, previa verificación de los requisitos exigidos, y documentarán la permanencia en España durante tres meses de sus titulares)

denuncia por parte de las víctimas siendo en la mayoría de los casos muy difícil de conseguir. Además, teniendo en cuenta los nuevos contextos internacionales y nacionales, las circunstancias de índole humanitaria no abarcan situaciones de flagrantes vulnerabilidades de derechos humanos.

Además, la normativa, tampoco da respuesta a la situación en la que se encuentran las denominadas **"personas inexpulsables"**. Son "personas nacionales de terceros países, en situación irregular, sobre las que se ha dictado una orden de expulsión, que aún no se ha ejecutado por imposibilidad de diversas circunstancias". Estas personas no pueden ser expulsadas del país por razones técnicas u objetivas, pero que tampoco pueden acceder a una regulación de su situación administrativa, encontrándose en un limbo jurídico administrativo sin solución[4].

En estos casos, existen mecanismos para dar solución a la situación de estas personas, contemplado en el artículo 9.2 de la Directiva europea de retorno establece la posibilidad de aplazar la expulsión, teniendo en cuenta la imposibilidad de expulsión y circunstancias excepcionales, así como el artículo 15.4 refiere que podrán ser liberadas las personas internas en los CIE cuando haya desaparecido la perspectiva razonable de expulsión.

Finalmente, respecto a los procesos tanto de renovación como de modificación de tarjetas[5], la principal dificultad a la que se enfrentan es la supeditación de la renovación o modificación a la presentación de una oferta laboral y el cumplimiento de los requisitos en cuanto a los periodos de cotización, ya que estos criterios no se ajustan al contexto económico, social y laboral actual.

PROPUESTAS de modificación de los requisitos establecidos para las solicitudes de autorizaciones por circunstancias excepcionales.

Tiempo de estancia	Reducir el tiempo de estancia necesario a 18 meses[6] al considerarse tiempo necesario para que la persona encuentre un trabajo.

[4] Por ejemplo, personas con permiso de arraigo familiar por tener un hijo menor de edad español, que les han denegado la renovación del permiso al no contar con medios económicos suficientes quedando en situación irregular, pero al ser padres de hijos menores de edad españoles, la legislación no permite su expulsión al prevalecer el derecho a la familia.

[5] Modificaciones de tarjetas no lucrativas a residencia y trabajo, estudiantes a residencia y trabajo, tarjeta independiente de familiar reagrupado, o cambio de régimen comunitario a general entre otras.

[6] Para la definición de la temporalidad se ha tomado como referencia dos figuras ya existentes: el art 72 de la Ley de emprendedores y su internacionalización que establece que en el caso de búsqueda de empleo de estudiantes cuando han finalizado la actividad estudiantil/investigadora, puede permanecer en España durante un máximo de 12 meses con el fin de buscar un empleo adecuado en relación con el campo de la investigación realizada o emprender un proyecto empresarial; la Orden TMS/1277/2019, de 23 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contratación en origen para 2020. Art. 22. Visados búsqueda de empleo. Los visados de búsqueda de empleo serán emitidos por la oficina consular, previa verificación de los requisitos exigidos, y documentarán la permanencia en España durante tres meses.

Arraigo laboral	Modificar el art. 124 Reglamento sobre medio de prueba para acreditar la relación laboral, estableciendo que puedan ser admitidos en el procedimiento administrativo cualquier prueba documental o testifical, entre otras, admisible en Derecho.
Arraigo social	Reducir el tiempo exigido del contrato a 6 meses de jornada completa o 12 meses de media jornada. Aceptar el contrato fijo-discontinuo para la autorización de residencia por circunstancias excepcionales por arraigo social en el sector agrario y en sector de hostelería. Aceptar varios contratos de distintas actividades laborales, modificando el requisito de ser la misma actividad. Flexibilizar los medios económicos del empleador y la exigencia de que no tenga deudas con la seguridad social o hacienda, debería bastar que se encuentre al corriente de pago o un certificado de no deudor, aunque tenga acordado con estas administraciones aplazamiento de pago. Que no se tenga en cuenta si la empresa ha realizado un ERTE /ERE en el último año.
Arraigo familiar	Establecer una duración de la autorización de residencia adecuada, con una vigencia ya inicial de 5 años y autorizando a trabajar, prevaleciendo el derecho a la unidad familiar, ya que el hecho de ser padre/madre de español/a o descendiente, es un hecho invariable, con lo cual debería establecerse.
Razones humanitarias	Facilitar la autorización de residencia y trabajo por razones humanitarias por un periodo mínimo de un año, a todas aquellas personas que se les deniegue la protección internacional y tengan un tiempo de estancia en el territorios español de 18 meses. Incluir nuevas circunstancias en “razones humanitarias”, que den respuesta al contexto actual: • Situaciones de emergencia sanitaria” o “situaciones de amenazas para la salud pública”. • Eliminar el condicionante de que la enfermedad tenga que ser sobrevenida. • Situaciones en las que no sea posible ejecutar una orden de expulsión porque prime un determinado derecho sobre el cumplimiento de los requisitos administrativos para la concesión de las autorizaciones, como es el caso del derecho de familia. • Situaciones en las que no sea posible ejecutar una orden de expulsión porque no exista Convenio de reciprocidad o que fuera imposible documentar nacionalidad de residencia.

En las autorizaciones de residencia para víctimas de trata de personas, la identificación oficial de la víctima solo puede llevarse a cabo por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Este trámite es necesario para el acceso al periodo de restablecimiento y reflexión, para esto, la víctima debe pasar siempre por otra entrevista con los policías encargados de esta identificación.

Por lo general, las víctimas de trata de personas son personas muy vulnerables, suelen estar controladas y amenazadas por sus tratantes y, generalmente, no comprenden el idioma. Esta situación hace que, por miedo a represalias o por miedo a la misma policía que las entrevista, muchas de ellas no quieran pasar por ese trámite, por lo que hay muchas posibles VTSH que se pierden previamente a su identificación, no pudiendo acceder ni a una regularización de su situación administrativa ni a la protección que les debe blindar el estado.

Por este motivo, y en línea con lo establecido en la propuesta de Ley Integral contra la trata de personas que ha elaborado la Red Estatal Contra la Trata, creemos necesario que se cree un organismo coordinador, formado por una comisión permanente y un equipo multidisciplinar, que, entre otras funciones, sea el encargado de realizar la identificación formal de estas víctimas, procurando una mayor asistencia y protección en todos los sentidos.

Además, previo a esto y para garantizar la protección, ante el menor indicio de que pueda tratarse de una víctima de trata, se expida un documento de identificación provisional que conlleve el acceso a todos los derechos, previo a que se produzca la identificación formal de la víctima. Con la finalidad de que pueda recuperarse y estabilizarse en la medida de lo posible con una atención integral y reconocimiento de los derechos que le avalan.

2.3. Reagrupación familiar

El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras residentes se encuentra reconocido en el capítulo II de Título I “Derechos y libertades de los extranjeros” de la LOEX. Este derecho permite a personas extrajeras con permiso de residencia en España traer a sus familiares otorgándoles a ellos permiso de residencia y trabajo.

Para poder ejercer este derecho, la persona extranjera que reagrupa tiene que cumplir con un conjunto de requisitos relacionados con el tiempo de estancia en el Estado español y los medios de subsistencia con los que la persona cuenta en el país que debe acreditar debidamente. Por su parte, la persona reagrupada también debe cumplir unos requisitos relacionados con la consanguinidad en la unidad familiar.

Tabla 6. **Resumen requisitos para la reagrupación familiar**

Requisitos reagrupantes	Familiares reagrupables
Tiempo de residencia: Mínimo la tarjeta de residencia renovada (es decir al año de su tarjeta inicial). Para reagrupar a ascendientes es necesario ser residente de larga duración. **Medios económicos** suficientes: • Justificación de contar con una **vivienda** adecuada a las necesidades familiares. • Acreditación de **empleo** y/o de recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la **asistencia sanitaria** en el caso de no ser cubierto por la Seguridad Social.	El cónyuge. La persona que mantenga con el reagrupante una relación de afectividad análoga a la conyugal (inscrita en un registro público o acreditado por el reagrupante). Sus hijos o los del cónyuge o pareja, incluidos los adoptados, menores de 18 años o discapacitados, y que no estén casados. Los menores de 18 años o incapacitados, cuando el residente extranjero sea su representante legal. Sus ascendientes en primer grado mayores de 65 años o los de su cónyuge o pareja, cuando estén a su cargo (por depender económicamente del reagrupante) y haya razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Excepcionalmente, por causas de carácter humanitario, los ascendientes menores de 65 años.

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

El proceso legal de reagrupación familiar es largo, complejo y costoso. Es necesario aportar, tanto documentación del país de residencia, que justifique recursos económicos, de vivienda, etc. como documentación procedente del país de origen por parte de las personas que se reagrupan. Las principales dificultades detectadas en el procedimiento de reagrupación son:

- El informe de adecuación de vivienda está vinculado a las personas que están empadronadas en el domicilio del reagrupante. La dificultad del acceso a la vivienda del contexto actual donde los altos precios de alquiler impagables para muchas familias, obliga a que muchas personas tengan que compartir piso y esto suponga un grave obstáculo para la reagrupación familiar.

- En cuanto a la exigencia de las reagrupaciones de ascendientes, es restrictivo exigir que sean mayores de 65, de forma que no se prioriza el derecho a la vida familiar de las personas extranjeras sino un criterio económico basado en el mercado laboral.

- La exigencia de los medios económicos está condicionada a que el reagrupante tenga un ingreso mensual de 150% del IPREM y por cada miembro adicional se sumará el 50%. Aún con la reciente subida del SMI, siguen siendo pocas las familias que pueden cumplir con esta exigencia para solicitar una reagrupación familiar o la renovación de la misma.

- La normativa de extranjería prevé que los menores sin autorización de residencia en España gozarán de los mismos derechos que los niños y niñas españoles. Sin embargo, la falta de autorización administrativa de residencia en territorio español limita su libertad de movimiento y desplazamiento dentro de la UE y fuera de ella, así como la complicación y lentitud en determinados accesos servicios, como la asignación de pediatra, o plaza en colegios, o realizar un viaje/excursión fuera de España con el colegio, prácticas no remuneradas que requieren la contratación de un seguro de responsabilidad civil por parte de la empresa, etc.

PROPUESTAS modificación sobre la reagrupación familiar:

Modificar el concepto de unidad familiar equiparándolo a modelo de familia extensa regulado en el régimen comunitario, en el cual la persona reagrupante debe mostrar que la persona que reagrupa está a su cargo. (Real Decreto 240/2007)

Eliminar el requisito etario que restringe la reagrupación de familiares ascendientes sólo a las personas mayores de 65 años, restringiendo el derecho que tienen los hijos e hijas residentes en España a vivir con sus padres que dependen de estos y son menores de 65 años.

En casos en los que sean varias familias las que conviven en el mismo domicilio, garantizar el interés superior del menor tomando en consideración la unidad familiar real acreditada por cualquier prueba documental o testifical admitida en derecho.

Primar el interés superior del menor y el derecho a la unidad familiar sobre los recursos económicos, añadiendo las circunstancias familiares como otro aspecto a valorar a la hora de resolver las solicitudes

2.4. Menores extranjeros sin referentes familiares

Según la legislación nacional e internacional, el Estado español tiene la obligación de proteger a los menores extranjeros no acompañados que llegan al territorio español, en las mismas condiciones que a los menores nacionales.

El Capítulo III del RELOEX señala que un menor no acompañado es "extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación".

De esta forma concurre una doble condición, la de "menor no acompañado" y la de "extranjero" que pertenecen a sistemas diferentes. El primero de ellos al sistema de protección del menor y el segundo al sistema de extranjería, cada uno de ellos con orientaciones y objetivos diferentes que en ocasiones llegan a colisionar. Las normativas, instituciones implicadas y niveles de competencias son diferentes.

La LOEX y su reglamento establecen el procedimiento a seguir con los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados en territorio español y las instituciones implicadas en cada una de las fases. En la mayoría de las ocasiones prima la condición de extranjero frente al interés superior del menor.

Aunque no forma parte de la LOEX, consideramos necesario hacer una mención especial a la gravísima situación denunciada por numerosas ONG y por el propio Defensor del Pueblo, con relación a al procedimiento para la determinación de la edad de estos niños y niñas. Se hace necesario poner fin a la arbitrariedad en los procedimientos de determinación de la edad con la sujeción en la práctica a una solo prueba radiológica como base suficiente para establecer la edad de una persona, dotando al resultado de una carga de certeza que no es real.

Resulta fundamental establecer en la Ley Orgánica el procedimiento a realizar para la determinación de la edad, conforme a las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño (véase garantizar la presunción de la minoría de edad, informes psico-pedagógicos previos, no realización de pruebas invasivas, en caso de realizarse establecer con claridad el conjunto de pruebas a realizar, establecimiento de recurso directo ante las resoluciones de dictaminación de edad...).

Por otro lado, con relación a las autorizaciones correspondiente reguladas por la LOEX todo menor extranjero que este tutelado por los Servicios de Protección del Menor y una vez intentada la repatriación con su familia o al país de origen, si ésta no hubiera sido posible, cuenta con la autorización de residencia hasta el momento en que cumpla los 18 años de edad.

La tramitación de permisos de residencia y de trabajo para menores es un procedimiento complejo en el que están implicadas diferentes instituciones una del sistema de protección del menor y la otra de extranjería: el Servicio de Protección del Menor realiza la solicitud y de la Delegación de Gobierno de la Comunidad Autónoma decide sobre la concesión de dicha autorización.

En este procedimiento se evidencias serias dificultades que tiene como consecuencia que menores al cumplir los 18 años queden en situación administrativa irregular.

Tabla 7. **Análisis autorizaciones menores no acompañados**

Tipos de residencia	***Requisitos***	***Documentación acreditativa***	***Dificultades***
Residencia del menor extranjero no acompañado.	Acreditar la imposibilidad de repatriación. Estancia de 9 meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.	Pasaporte o cédula de inscripción. Acreditación tutela o guardia provisional.	
Acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que es titular de una autorización de residencia.	Ser menor tutelado por servicio de protección de menores que alcance la mayoría de edad y que se le haya tramitados previamente su permiso de residencia. Presentar la renovación a los 60 días naturales previos o 90 posteriores a cumplir 18 años. Contar con medios económicos para su subsistencia.	Acreditar medios económicos (100% IPREM mensualmente) Oferta de trabajo. Informes inserción.	A raíz de stc TS dic 19. No podrán computarse medios económicos de las entidades que los acogen, deberán ser medios propios, imposibles de conseguir por un menor tutelado.

Acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que no es titular de una autorización de residencia.	Ser menor tutelado por servicio de protección de menores que alcance la mayoría de edad y que NO se le haya tramitados previamente su permiso de residencia. Contar con medios económicos para su subsistencia.	Recomendación de la entidad que lo ha tutelado. Acreditar medios económicos (100% IPREM mensualmente) Contrato de trabajo.	A raíz de stc TS dic 19. No podrán computarse medios económicos de las entidades que los acogen, deberán ser medios propios, imposibles de conseguir por un menor tutelado.
Segunda renovación residencia menor no acompañado que accedió a la mayoría de edad.	Haber caducado o encontrarse cerca de la caducidad de la autorización de residencia por acceso a la mayoría de edad de menor no acompañado. Presentar 60 días previos o 90 posteriores a la caducidad. Contar con medios económicos para su subsistencia.	Acreditar medios económicos (400% IPREM mensualmente) Oferta de trabajo. Informes inserción.	A raíz de stc TS dic 19. No podrán computarse medios económicos de las entidades que los acogen, deberán ser medios propios, imposibles de conseguir por un menor tutelado.
Modificación de la situación de residencia a la situación de residencia y trabajo.	Estancia de 1 año en situación de residencia. Solicitud de trabajo presentada por el empleador. Contar con un contrato de trabajo	Presentar contrato de trabajo con un salario que sea mínimo el SMI para jornada completa y con una duración continuada durante el periodo de vigencia de la autorización.	Presentar contrato de trabajo con un salario que sea mínimo el SMI para jornada completa y con una duración continuada durante el periodo de vigencia de la autorización.

Después de la publicación de las Sentencias del Tribunal Supremo que adoptaban una aplicación inflexible de los requisitos establecidos en el citado reglamento, y de unas instrucciones provenientes de la Secretaría de Estado de Migraciones, enviadas mediante correo electrónico a todas las Oficinas de Extranjería, en las que se daba orden de exigir a estos niños y niñas la presentación de medios económicos propios para poder continuar con su permiso de residencia, inclusive requiriendo en siguientes renovaciones el acreditar el 400% del IPREM, requisito prácticamente imposible de cumplir por las circunstancias que rodean la vida de estos jóvenes.

PROPUESTAS

Establecer un régimen propio para los menores en el que no le sean de aplicación las reglas de la residencia no lucrativa.

Establecer que en los casos en los que no se pueda probar una relación laboral mínima de tres meses, el informe de integración se entenderá cumplido por el informe de la entidad de menores que lo tuvo tutelado.

Definir un procedimiento en el que, con la certificación de la entidad, se pueda solicitar una autorización por circunstancias excepcionales estableciendo expresamente que los medios económicos de los jóvenes que carezcan de contrato de trabajo se entenderán probados bien con su inclusión en un programa para la transición a la vida adulta de la entidad que lo tuteló, o en su caso, de la entidad privada en cuyo programa de inclusión socio-laboral esté incluido.

Establecer la autorización para menores extranjeros no acompañados habilite para el ejercicio de la actividad laboral por cuenta ajena en el momento en el que éstos alcancen 16 años, sin necesidad de ningún otro trámite administrativo en materia de extranjería. Esta habilitación quedará reflejada expresamente en la documentación expedida a su favor, mediante la siguiente leyenda "habilita a trabajar por cuenta ajena".

Establecer que la cuantía a acreditar como medios económicos para su sostenimiento se establece en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM. A dichos efectos serán computables los ingresos provenientes del sistema de asistencia social, de entidades públicas o privadas, o de una persona o unidad.

Cuando se acceda a la mayoría de edad y se disponga de un contrato de trabajo la autorización sea renovada de acuerdo con el procedimiento para la renovación de una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, con las siguientes particularidades:

- En los casos en los que no se pueda acreditar una actividad laboral mínima de 3 meses se tendrán en cuenta las previsiones del Art. 71.6 del RD 557/2011. En estos casos el esfuerzo de integración se entenderá cumplido con el informe de la entidad de protección de menores que lo tuvo tutelado.
- Si hay continuidad en la relación laboral se renovará con el mismo el contrato en vigor al cumplimiento de la mayoría de edad.
- Si durante ese periodo de tiempo la entidad no consigue tramitar la expedición del pasaporte y tampoco la cédula de inscripción, dicho plazo quede en suspenso hasta el momento en que el menor pudo obtener la documentación, siempre que demuestre que han sido dificultades ajenas a la voluntad del menor.

2.5. Régimen comunitario

El Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, traspone la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, y la incorpora al Ordenamiento jurídico español. Todo ello de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 17 y 18 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea relativos a la ciudadanía de la Unión, así como a los derechos y principios inherentes a la misma, y al principio de no discriminación por razón de sexo, raza, color, origen étnico o social, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual, en relación a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y a los miembros de su familia cualquiera que sea su nacionalidad.

La Directiva entiende por miembro de la familia:

a) el cónyuge;

b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida;

c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b);

d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b)
En el caso de personas no incluidas y que, por consiguiente, no disfrutan del derecho automático de entrada y residencia en el Estado miembro de acogida, deberán tener en cuenta para permitir la entrada y la residencia, la relación con el ciudadano de la Unión o cualquier otra circunstancia, tales como la dependencia financiera o física del ciudadano de la Unión.

Añade que con respecto a la expedición de un certificado de registro o de una tarjeta de residencia deben precisarse de manera exhaustiva con el fin de evitar prácticas administrativas o interpretaciones divergentes que constituyan un obstáculo desproporcionado o limita el derecho fundamental del ejercicio del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de su familia.

En consecuencia, nuestra legislación tiene una serie de prácticas administrativas que restringen este derecho que apuntamos en el siguiente cuadro:

Tabla 8. **Prácticas administrativas limitantes**

	Requisitos	***Documentación acreditativa***	***Dificultades***
Registro de Ciudadano de la Unión	Ser ciudadano/a de uno de los países pertenecientes a la Unión Europea. Para estancias de más de tres meses: acreditar medios económicos suficientes para su subsistencia y la de los miembros de su familia o contrato de trabajo	Acreditación de medios económicos propios. Contrato de trabajo.	Obtención de medios económicos.
Familiares de Ciudadanos comunitarios	Ser familiar de ciudadano/a de la unión europea. Presentar medios económicos para su subsistencia y la de los miembros de su familia.	Acreditación del vínculo familiar. Acreditación de medios económicos.	Obtención de medios económicos.

Para el régimen Comunitario también se presenta actualmente una situación muy complicada, las autorizaciones tanto para ciudadanos comunitarios como para sus familiares se vinculan al mercado laboral o a la tenencia de medios económicos, sin considerar la prevalencia del derecho a la vida familiar frente a cualquier consideración económica que pudiera obstaculizar tal derecho.

PROPUESTAS

Desvincular la necesidad de acreditación de medios económicos del acceso a las autorizaciones de residencia previstas en el RD 240/2007.

RED acoge

Andalucía Acoge