

LEGISLACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS EN ESPAÑA, RESPECTO A LA INMIGRACIÓN Y SU INSERCIÓN EN EL MERCADO LABORAL.*

LEGISLATION AND PUBLIC POLICIES IN SPAIN, REGARDING IMMIGRATION AND ITS INSERTION IN THE LABOR MARKET.

LAURA VACA BUSTOS

(UNED)

JUAN JACOBO NÚÑEZ MARTÍNEZ

(Universidad Rey Juan Carlos)

Resumen: España hasta el último tercio del siglo XX ha sido tradicionalmente un país de emigrantes, situación que se invierte a partir de la década de los ochenta. La compleja realidad de la inmigración masiva a principios de los noventa superó ampliamente la normativa vigente al respecto, por lo que hubo transformar la misma, así como aplicar la legislación comunitaria, como consecuencia de la entrada en España en la Unión Europea, emergiendo nuevas normas sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. La investigación se centra en el análisis de la misma, así como en la jurisprudencia producida al respecto.

Palabras claves: Emigración, Extranjería, Legislación, Derechos y libertades, Jurisprudencia laboral.

Abstract: Spain up to the last third of the twentieth century has traditionally been a country of emigrants, a situation which has been

* Este trabajo de investigación se inserta en el Programa de Doctorado de Derecho y Ciencias Sociales de la UNED.

reversed since the 1980s. The complex reality of mass immigration at the beginning of the 1990s largely exceeded the regulations in force in this respect, so that it had to be transformed and Community legislation had to be applied, as a result of Spain's accession to the European Union, new rules on the rights and freedoms of foreigners in Spain and their social integration emerged. The investigation focuses on the analysis of the study, as well as on the case law produced in this regard.

Keywords: *Emigration, Immigration, Legislation, Rights and freedoms, Labor jurisprudence.*

Recepción original: 14/05/2019

Aceptación original 11/11/2019

Sumario: *1.España de país de emigración a receptor de inmigrantes. 2. Los orígenes de la legislación reguladora de la inmigración. 3. Nuevos escenarios de relación entre el Mercado y la Justicia. 4. Análisis de la legislación actual y jurisprudencia al respecto.*

Summary: *1. Spain from country of emigration to receiving of immigrants. 2. The origins of the legislation regulating immigration. 3. New scenarios for the relationship between the Market and Justice. 4. Analysis of current legislation and case law.*

1. ESPAÑA DE PAÍS DE EMIGRACIÓN A RECEPTOR DE INMIGRANTES.

Durante los siglos XIX y XX, el Estado liberal en España y en el resto de Europa se fundamentaban en la teoría de la soberanía nacional, bajo la cual se establecía una distinción radical entre los nacionales, titulares de derechos, y los extranjeros, cuyo estatus dependía de la voluntad de cada gobierno. Esta situación fue cambiando progresivamente, y, a partir de la Constitución de 1869, la más avanzada del siglo XIX en España, se inició un periodo en el que se trató de garantizar algunos derechos a los extranjeros, aunque, excluyendo todos los de carácter político. Posteriormente, la Constitución de 1931 de la Segunda República, inspiradora de la actual, reconocía algunos derechos a los extranjeros, ya sea de forma expresa o porque se atribuían a todos los individuos, iniciando además las políticas de doble nacionalidad de los ciudadanos latinoamericanos¹.

¹ Aja, Eliseo, "La evolución de la normativa sobre inmigración". En *Veinte años de inmigración en España. Perspectiva jurídica y sociológica (1985-2004)* (Barcelona: Fundación CIDOB, 2006), 6.

La etapa del franquismo se caracterizó por una ausencia de derechos de la ciudadanía, por lo que cabía esperar que los extranjeros carecieran de ellos. Durante este periodo el otorgamiento o negación de los permisos de residencia, así como la expulsión de los mismos, dependía de la libre decisión de las autoridades gubernamentales. Esta línea se introdujo también en el Reglamento de 1971, y en las consiguientes normas secundarias aprobadas en los últimos años del franquismo. En 1980 se unificaron los trámites para la concesión de permisos de trabajo y de residencia, aunque la normativa general no se adaptó a la Constitución hasta la Ley de 1985, probablemente, por el bajo volumen de población extranjera apreciable².

Con la aprobación de la Constitución, en diciembre de 1978, se dieron cambios elementales en el seno de la sociedad española, con una influencia directa en la regulación de la inmigración, aunque esto último no se observó de forma tan clara e inmediata. En esta etapa aún persistía la preocupación por la emigración española, mientras que la migración al interior del país era prácticamente inapreciable, siendo España un lugar de paso hacia otros países europeos. De hecho, la Constitución dedicó un precepto específico a la emigración, el artículo 42, encomendando al Estado velar por los derechos de los trabajadores españoles en el extranjero y promover su retorno, y, en cambio, no se mencionó nada acerca de la inmigración.

Aun así, se establecieron una serie de reglas generales que tuvieron efectos positivos sobre la política migratoria, aunque fuese de forma indirecta. En primer lugar, la reserva de ley (la obligación de regular la materia por ley de Cortes) contrastaba con la situación tradicional de este ámbito ocupado por reglamentos gubernamentales y por normas de ínfimo rango, llamando a la aprobación de una ley general. Además, el sistema general de libertades y las reglas del Estado democrático de derecho influían sobre todos los poderes públicos, particularmente sobre la administración, que pasaba a mejorar su actuación por la presión del control judicial de todos los actos administrativos. El nuevo carácter democrático del Estado permitió ratificar los principales Tratados internacionales de derechos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), o el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), ambos ratificados en 1977. Este último ha supuesto un paso fundamental en la protección de los derechos de nacionales y extranjeros mediante la

² Aja. *ibidem*.

acción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas decisiones vinculan a las instituciones españolas³.

2. LOS ORÍGENES DE LA LEGISLACIÓN REGULADORA DE LA INMIGRACIÓN.

La regulación de la extranjería se recogió en el artículo 13.1 de la Constitución española, que reconoce a los inmigrantes las libertades públicas que garantiza la propia Constitución a los españoles *“en los términos que establezcan los Tratados y la ley”*. Se excluía expresamente el derecho de sufragio y el acceso a los cargos públicos, con excepción de las elecciones locales a los ciudadanos de los Estados que a su vez otorguen el sufragio a los españoles (principio de reciprocidad). No obstante, la primera Sentencia del Tribunal Constitucional (STC 107/1984) que abordó un problema de extranjería, estableció que a partir del art. 13 de la CE podían distinguirse tres tipos de derechos: los comunes a toda persona; el derecho de sufragio, solo para los ciudadanos españoles, salvo en elecciones locales cuando exista reciprocidad; y los derechos que dependen de los Tratados y de la ley. La Sentencia añadía que los derechos fundamentales de los extranjeros tenían carácter y garantía constitucional, pero siendo de configuración legal. De esta manera, el principio de igualdad no operaba de forma directa entre españoles y extranjeros, excepto en aquellos derechos que la ley les proporcionase por igual⁴.

La Ley Orgánica 5/1985, de 1 de julio⁵, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (en adelante, LOE, Ley Orgánica de Extranjería), reunió en un solo texto las múltiples normativas dispersas hasta ese momento, y dio rango legal a las principales disposiciones en materia de extranjería. En el art. 4 transcribía prácticamente en su totalidad la norma constitucional anteriormente mencionada, aclarando que los extranjeros tienen los derechos del Título I CE, en los términos que la propia ley establecía. No existían menciones a derechos referidos a la dignidad humana (vida e integridad, libertad ideológica, tutela judicial, etc.), pues se daban por supuestos, regulándose solamente aquellos derechos que presentaban limitaciones respecto a los españoles: el sufragio, la libertad de circulación por el territorio español, el derecho de reunión,

³ Aja, 7. *ibidem*.

⁴ Aja, 8. *ibidem*.

⁵ Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, publicado en BOE no. 147, de 20 de junio de 1985, páginas 19110 a 19134.

el derecho de asociación, el derecho de educación, y el derecho de sindicación.

Respecto al régimen de entrada de los extranjeros, se exigía documentación (pasaporte y visado) y medios económicos suficientes, así como un reconocimiento médico, estableciéndose un régimen de sanciones con gran discrecionalidad para los migrantes que se encontraran en situación irregular. Se introducía, entre otras medidas sancionadoras, la detención y privación de libertad en centros de internamiento, hasta un máximo de 40 días, a aquellos extranjeros irregulares que iban a ser expulsados, norma que chocaba con las 72 horas de plazo máximo de detención a los nacionales,” *En realidad, la LOE no era, pese a su título, una ley sobre derechos y libertades, puesto que solo mencionaba los citados, recortándoles además, sino que era una ley dirigida a facilitar el control de la entrada de los extranjeros y su expulsión cuando se encontraran en una situación irregular. Es cierto que sistematizaba y elevaba a rango legal toda la normativa frente a la anteriormente existente, dispersa, heterogénea y poco democrática, pero no hay que olvidar que se aprobó en vísperas del ingreso de España en la entonces Comunidad Económica Europea (que fue efectiva el 1 de enero de 1986), para dar seguridad a los demás Estados comunitarios de que España no sería un coladero de inmigrante, ya que en Alemania, Francia, etc., la inmigración se había cerrado drásticamente a partir de la crisis del petróleo de 1973. La LOE se dirigía totalmente a detener la inmigración pero no tanto pensando en España, que no tenía, como en el resto de Europa que no deseaba incrementar su volumen⁶”.*

No obstante, en pleno proceso de transformación del mercado laboral, a mediados de los ochenta, se produce la conversión de España en un país de inmigración neta. La posición que van a ocupar los inmigrantes quedará condicionada, además de por los factores generales derivados de la específica configuración de un mercado de trabajo segmentado, por otros dos tipos de factores: los institucionales y la discriminación hacia inmigrantes de determinado origen étnico o nacional.

Desde el ámbito legal, se define el “campo de posibilidades” de la inserción de los migrantes en el mercado laboral, mientras que por fuera de las disposiciones legales, la situación de los migrantes se convierte en irregular, quedando relegados a un segmento concreto, a saber, la economía sumergida de los “indocumentados”. Sin embargo, hay que advertir que estar dentro del marco legal de extran-

⁶ Aja, 9-10. ibidem.

jería tampoco garantizaba una mejor posición en el mercado laboral, pues la política migratoria incluía diversas variantes que podían “inducir procesos diferenciados de estructuración de posiciones de los inmigrantes en el mercado laboral”, variantes que constituían el “marco institucional de la discriminación de los inmigrantes en el mercado de trabajo, marco previo a las posibles discriminaciones concretas de que pueden ser objeto los inmigrantes en la asignación de puestos o condiciones de trabajo”⁷.

El marco general de la política de extranjería en el ámbito laboral venía definido por el artículo 18, que establecía que “para la concesión y renovación del permiso de trabajo, se apreciarán las siguientes circunstancias: a) La existencia de trabajadores españoles en paro o en la actividad que se proponga desempeñar el solicitante; b) La insuficiencia o escasez de mano de obra española en la actividad o profesión y zona geográfica en que se pretenda trabajar; c) El régimen de reciprocidad en el país de origen del extranjero”. Se observa fácilmente el espíritu restrictivo de la LOE, pues en síntesis, se relega a los migrantes a posiciones no queridas, o al menos, no ocupadas por los trabajadores españoles. Los aspectos más relevantes del marco institucional configurado a partir de la LOE son los siguientes⁸:

A) La estructura legal de los permisos de trabajo. Los principales tipos son los siguientes:

1. Permisos de trabajo *por cuenta ajena*:

- Permiso “A”: para actividades de temporada o estacionales; duración: nueve meses máximo, no renovable.
- Permiso “B”: para trabajar en una profesión y ámbito geográfico determinado; duración: un año máximo, renovable por otro año.
- Permiso “C”: para trabajar en cualquier actividad y ámbito geográfico; duración: cinco años, renovable.

2. Permisos de trabajo *por cuenta propia*:

⁷ Cachón Rodríguez, Lorenzo, “Marco institucional de la discriminación y tipos de inmigrantes en el mercado de trabajo en España”, *Reis: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, no. 69 (Enero-Marzo 1995): 111.

⁸ Ley Orgánica 5/1985.

- Permiso “D”: puede otorgarse para una localidad determinada; duración: máximo un año.
- Permiso “E”: sin limitaciones geográficas; duración: cinco años, renovable.

La configuración jurídica de los permisos de trabajo muestra claramente una diferencia entre los permisos más inestables (A, B y D) y aquellos más estables, produciendo una diferenciación entre dos tipos de migración legal: una primera caracterizada por una situación de inestabilidad, y una segunda con mayores posibilidades de asentamiento.

- B) La cláusula sobre la “situación nacional del empleo”, estableciendo que “la autoridad laboral denegará el permiso de trabajo: a) cuando lo aconseje la situación nacional de empleo, a juicio de la autoridad laboral”, lo que significa que se denegaría el permiso de trabajo cuando existan trabajadores españoles o comunitarios desempleados en la ocupación que se proponga desempeñar el solicitante. Esta cláusula explicita que a los trabajadores migrantes solo se les concedería permiso de trabajo para sectores, actividades y ámbitos geográficos en los que exista una carencia de mano de obra española o comunitaria, lo que nos conduce nuevamente al reconocimiento de que a los migrantes se les relegaba a puestos de trabajo por debajo del “nivel de aceptación” de la población española.
- C) Se establece un cupo anual de migrantes que “persigue la canalización y el control de los flujos migratorios facilitando un número máximo de autorizaciones que únicamente se irán utilizando si el mercado de trabajo nacional no es capaz de satisfacer las necesidades empresariales de forma adecuada⁹”.

Bajo esta lógica, en 1993 se estableció un contingente de 20.600 permisos, con una distribución según diversas características: el 51% eran para trabajos temporales y el 49% para trabajos “permanentes”; el 49% eran para peones en el sector agrarios (de ellos, el 70% temporales), el 5% para trabajos no

⁹ Resolución de 23 de septiembre de 1994, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación de la de 21 de septiembre de 1994, por la que se dictan instrucciones generales sobre la determinación de un contingente de autorizaciones para el empleo de trabajadores extranjeros no comunitarios y el procedimiento para su cobertura, conjunta de los Directores generales de la Policía, de Asuntos Consulares, de Procesos Electorales, Extranjería y Asilo y de Migraciones. Fecha de consulta 10 de septiembre 2018. <https://www.boe.es/boe/dias/1994/09/24/pdfs/A29524-29532.pdf>

cualificados (“permanentes”) de la construcción, el 29% para empleados del hogar (“permanentes”), y el 17% para otros servicios, que, por su carácter temporal, se puede suponer que pertenecían al sector de hostelería. Hacia 1994 se va modificando la estructura inicial del cupo: el 53% va destinado a empleados del hogar, el 24% a trabajos agrícolas, el 18% a otros servicios, y el 5% restante a construcción.

Cuadro 1. Permisos de trabajo concedidos y parados registrados por ramas de actividad¹⁰

RAMAS DE ACTIVIDAD	PERMISOS DE TRABAJO CONCEDIDOS (1992)	PARADOS REGISTRADOS (MEDIA 1992)
Servicio doméstico	16.261	23.600
Construcción	13.497	279.600
Restaurantes, cafés y hostelería	11.693	167.900
Comercio al por menor	10.250	206.100
Producción agrícola	8.951	42.000

Aunque la intención de la LOE era, en teoría, racionalizar los flujos migratorios, queda de manifiesto que bajo la filosofía de la norma subsistía la lógica de la “situación nacional de empleo”. Son continuas las referencias a las “circunstancias del mercado de trabajo” en los textos legales, así como a necesidades que “no pueden ser cubiertas por trabajadores extranjeros”, lo cual se termina de concretar en los contingentes para 1993 y 1994: trabajadores temporales para la agricultura y la hostelería y trabajadores permanentes para el servicio doméstico¹¹.

D) La Resolución de 9 de julio de 1992¹² supuso una importante ruptura con el principio de prioridad de la “situación nacional

¹⁰ Cachón Rodríguez, Lorenzo, “Marco institucional de la discriminación”. Revista española de investigaciones sociológicas, n° 69.1995.pág. 113.

¹¹ Cachón Rodríguez, 114ibidem.

¹² Resolución de 9 de julio de 1992, de la Subsecretaría, por la que se aprueban las instrucciones para la renovación de los permisos de trabajo y residencia tramitados al amparo de lo establecido en el acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991, sobre regularización de trabajadores extranjeros. Fecha de consulta 10 de septiembre 2018. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1992-16351>

del empleo”, justificando en su introducción la concesión de tipos de permiso de diferente duración y extensión “según el grado de inserción y arraigo acreditados”, estableciendo como elemento suficiente para poder solicitar la renovación de permisos B y D, el “empleo ocasional o discontinuo y ejercicio de acciones que acrediten la intención de incorporación a un trabajo regular y estable, durante el periodo de vigencia del permiso que se pretende renovar (punto I.2.d)). La introducción del concepto de “arraigo” abre la posibilidad de estabilización e inserción de los trabajadores migrantes en sectores laborales a los que difícilmente podían acceder desde las anteriores disposiciones, tanto de orden temporal como sectorial y geográfico.

Las regularizaciones extraordinarias y las renovaciones llevadas a cabo desde la citada Resolución, permiten el reconocimiento de situaciones de hecho, y, por tanto, obvian las limitaciones impuestas por el principio de prioridad de la “situación nacional de empleo”. Además, la nueva política de renovaciones facilitó el aumento de concesiones de permisos de trabajo de duración media (más de tres años); efectivamente, en 1992 y 1993 se concedieron 21.667 permisos de trabajo C (por cuenta ajena de cinco años de duración), frente a los 5.112 de los dos años previos. A finales de 1993, los permisos de trabajo en vigor de tres o cinco años de duración, suponían el 36% del total de permisos de trabajo vigentes, cuando a finales de 1991 solo eran el 19%.

Todo ello, sumado a una política de reagrupación familiar, contribuía a reforzar el arraigo de los migrantes en la sociedad española¹³.

- E) La concesión de los permisos de trabajo depende de un sistema de preferencias donde destacan tres criterios¹⁴: tener ascendencia o familiares españoles o en España; el tiempo de residencia en España; ser iberoamericano, filipino, andorrano, ecuatoguineano, de origen sefardí u originario de Gibraltar, Ceuta o Melilla. Por un lado, se profundiza en el concepto de “arraigo” en función del tiempo de residencia en España. Por otro lado, al establecer preferencias según la procedencia, se crea una tipología de migrantes, reforzada por la legislación sobre adquisición de nacionalidad, que consolida una diferencia entre los

¹³ Cachón Rodríguez, 115.ob.ant.cit.

¹⁴ Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (arts. 38 y ss.). Fecha de consulta 11 de septiembre 2018.

migrantes preferentes y el resto: la solicitud de la nacionalidad española se realizaba en función del tiempo de residencia en España (al menos diez años), aunque “serán suficientes dos años cuando se trate de nacionales de origen de los países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes¹⁵”. Una vez adquirida la nacionalidad, los derechos civiles, políticos y laborales son formalmente idénticos a los de la ciudadanía española, con lo cual se facilita el asentamiento y la integración en el mercado laboral y en la sociedad.

- F) El reagrupamiento familiar es un elemento clave en una política migratoria que facilite el asentamiento de los trabajadores extranjeros. En España, lograr esta autorización ha sido extremadamente difícil, ya que “tras la campaña de regularización de 1991, obtener una reagrupación en el marco general del sistema de extranjería se ha demostrado casi imposible para aquellos familiares que se encontraban en su país de origen¹⁶”. Este tipo de regulación administrativa ha dificultado la estabilidad y el asentamiento de los trabajadores migrantes en España.

Todos los elementos citados configuran el “marco institucional de la discriminación¹⁷”, basado en una serie de mecanismos excluyentes hacia los trabajadores migrantes, ya sea en la asignación de un puesto de trabajo o en el establecimiento de las condiciones del mismo. A partir de este marco se pueden distinguir tres grandes situaciones entre los migrantes en España: “asentados”, “precarios” e “indocumentados”: *“A partir del sistema institucional analizado, no se puede hablar de integración de los inmigrantes en el mercado de trabajo y en la sociedad en singular, como si fuera un proceso individual y similar para todos ellos; son procesos sociales colectivos y diferenciados, en cuyo resultado se pueden distinguir por lo menos tres segmentos o grupos de posiciones sociales y laborales con ‘campos de posibilidades’ diferentes y en los que es esperable encontrar distintos tipos de procesos de asignación de trabajadores a los puestos de trabajo y de determinación*

¹⁵ Ley 51/1982, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 al 26 de Código Civil (art. 22). Fecha de consulta 11 de septiembre 2018.

¹⁶ Arnao, Lidia Santos y Juana Martín Martín, *De Nuevo sobre el Trabajador Extranjero y la Regularización de 1991: Reflexiones en torno al Estudio ‘El Trabajador Extranjero y la Regularización de 1991’ y sobre Política Migratoria* (Barcelona: Fundación Paulino Torras Domènech, 1993), 31.

¹⁷ Cachón Rodríguez, “Marco institucional de la discriminación”.ob.ant.cit.

*de salarios y otras condiciones de trabajo y de caracterización de los trabajadores y de los empresarios que se actúan en cada uno de ellos*¹⁸.

Algunos autores han propuesto la diferenciación de tres grupos de migrantes¹⁹ en los países del sur de la Unión Europea: 1) los expertos y técnicos altamente cualificados procedentes de países comunitarios y/o desarrollados; 2) trabajadores con poca cualificación provenientes de países terceros; y 3) trabajadores indocumentados. No obstante, esta tipología está excesivamente influenciada por la concepción del mercado dual de trabajo²⁰, excluyendo la operación de las relaciones de poder en la sociedad, y partiendo de una visión estereotipada del capital humano de los trabajadores en función de su procedencia.

Desde otro enfoque, una distinción fundamental en el análisis de las situaciones específicas de los trabajadores migrantes es la que se produce si éste logra entrar en los sectores laborales ocupados mayormente por los nacionales, pues “superar esa barrera es un salto cualitativo que configura situaciones estructurales y posiciones labo-

¹⁸ Cachón Rodríguez, 117. *ibidem*.

¹⁹ Werth, Manfred, *Immigration of citizens from third countries into the Southern Member States of the European Community: a comparative survey of the situation in Greece, Italy, Spain and Portugal*, Office for Official Publications of the European Communities, no. 1 (1991).

²⁰ La teoría de la segmentación del mercado de trabajo engloba un conjunto de enfoques que surgieron a finales de la década de los sesenta, impulsados por la insatisfacción hacia la explicación neoclásica del mercado de trabajo. Las diferentes perspectivas dentro de dicha teoría tenían en común la concepción del mercado de trabajo como un conjunto de segmentos distintos, con mecanismos de formación salarial y de asignación distintos entre sí, y con obstáculos de movilidad entre ellos. Partiendo de esta teoría, comenzó a elaborarse una concepción dual del mercado de trabajo, según la cual su funcionamiento se divide en dos grandes segmentos: el mercado primario (puestos laborales con estabilidad, buenos salarios, etc.) y el mercado secundario (puestos inestables, con salarios bajos, etc.). La premisa más problemática de esta teoría fue considerar que los puestos del mercado secundarios suelen estar ocupados por trabajadores que exhiben elevada rotación e inestabilidad laboral, alto absentismo, tendencia a la impuntualidad, etc. Además, se teorizó que esa relación no se producía solo porque los trabajadores que presentaban dichas características acabaran ocupando puestos del sector secundario, sino también porque se producía un efecto de retroalimentación que hacía que las propias características del empleo terminaran modelando el comportamiento del trabajador. Todos estos aspectos supusieron un intento por convertir las pautas de comportamiento de los trabajadores y sus características psicológicas y sociales en factores endógenos, anulando cualquier posibilidad de análisis sociocultural de las relaciones de poder existentes en la sociedad. Para profundizar en este tema véase, Fernández-Huerga, Eduardo, “La teoría de la segmentación del mercado de trabajo: enfoques, situación actual y perspectivas de futuro”, *Investigación económica*, LXIX, no. 273 (Julio-Septiembre 2010): 115-150.

rales y sociales diferentes²¹". Según esta perspectiva, podemos distinguir tres tipos de trabajadores migrantes²²:

- A) *Migrantes "asentados"*: son aquellos que han conseguido una inserción "estable" en el mercado de trabajo, similar al de los nacionales —es decir, se ubican en algunos de los sectores laborales donde se insertan los trabajadores nacionales, y están, por tanto, sometidos a los mismos códigos formales e informales de funcionamiento, con un poder social de negociación comparable al de la población autóctona—, y un cierto grado de arraigo en la sociedad española. Aunque existen diferencias internas dentro de este tipo de migrantes, son similares a las que pueden darse en el caso de los trabajadores nacionales. El punto clave es la incorporación al mercado de trabajo de los nacionales, lo que marca una posición estructuralmente diferente en la inserción de los migrantes en el mercado laboral y en la sociedad. Por otra parte, un importante indicador del arraigo de los migrantes "asentados" es la constitución de hogares²³, ya que, el resto de grupos que vamos a señalar viven en situaciones de precariedad que dificultan el establecimiento del hogar.
- B) *Inmigrantes "precarios"*: son aquellos que pese a vivir en una situación legal en España, no han logrado una inserción estable en el mercado laboral y no han alcanzado arraigo en la sociedad. Su situación se caracteriza por la precariedad ya que implica "inestabilidad, falta de protección, inseguridad y vulnerabilidad social o económica²⁴", identificando a los trabajos precarios desde una combinación de dichos factores. Existen varias dimensiones dentro de la precariedad: el grado de incertidumbre de la continuidad del trabajo; el control sobre el tra-

²¹ Cachón Rodríguez, "Marco institucional de la discriminación", 117.ob.ant.cit.

²² Cachón Rodríguez, 117-121.ibidem.

²³ El concepto de *housing classes* se refiere a la distinción espacial en la definición de los grupos sociales, entendiendo que más allá de las diferencias de localización, existe también una diferencia tipológica que explica en parte la composición social de determinadas zonas. Desde esta perspectiva, se considera que la segregación residencial aumenta a medida que se generaliza la tenencia en propiedad y crece la proporción del coste en relación con el ingreso, por lo que el patrimonio y la vivienda juegan un papel fundamental en el riesgo del desempleo. Véase Rex, John y Robert Samuel Moore, *Race, Community and Conflict* (Oxford: Oxford University Press, 1967), citados en Leal, Jesús, "Segregación social y mercados de vivienda en las grandes ciudades", *Revista Española de Sociología*, no. 2 (2002): 59-75.

²⁴ Rodgers, Gerry y Janine Rodgers, *El mercado precario en la regulación del mercado laboral. Crecimiento del empleo atípico en Europa Occidental* (Madrid: Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1989), 19.

bajo, es decir, las condiciones laborales, los salarios, los ritmos de trabajo, etc.; la protección del trabajo, tanto en términos de cobertura social (prestaciones sociales), como en términos de lucha contra situaciones de discriminación y amparo legal de las condiciones laborales; los ingresos, ya que los trabajos mal remunerados son precarios si se asocian a la pobreza y a la inserción social insegura. Los migrantes “precarios” son especialmente vulnerables dadas sus escasas posibilidades de negociación en el mercado laboral: poseen permisos y contratos de trabajo de corta duración, están expuestos a una gran rotación de empleos y residencias, así como a periodos de desempleo, oscilando entre situaciones laborales regulares e irregulares. Independientemente de su cualificación profesional, estos trabajadores se insertan en empleos de baja cualificación con alto grado de inestabilidad, empleos poco frecuentados por los nacionales, no porque no compartan en múltiples casos sectores o empresas, sino por la notable disparidad entre el tipo de precariedad que afecta a los españoles, y la precariedad y discriminación que sufren los migrantes. Una parte importante de este colectivo de migrantes fue constituida por los trabajadores regularizados en 1991, fundamentalmente marroquíes que llegaron sin familia y que vivían en viviendas colectivas.

- C) *Inmigrantes “indocumentados”*: son aquellos que viven en España en situación irregular respecto a la residencia y al permiso de trabajo, ocupando puestos de trabajo similares a los de los migrantes “precarios”, que tienen sobre ellos la ventaja de tener su situación regularizada. Oscilan entre frecuentes y amplios periodos de desempleos y empleos irregulares en la economía sumergida, donde son sometidos a condiciones de sobreexplotación, próximas a la esclavitud²⁵. La situación laboral de los migrantes “indocumentados” es particularmente precaria, tanto por la irregularidad de su situación, como por las pésimas condiciones laborales, los bajos salarios, la prolongación de la jornada y la dependencia completa respecto al empleador por el escaso poder social de negociación; asimismo, carecen de seguridad social y de acceso regular al sistema nacional de salud, lo que aumenta el riesgo de pérdida de su

²⁵ La vinculación del mercado de trabajo capitalista a la esclavitud ha sido ampliamente estudiada, especialmente en relación a la mano de obra migrante, dada la negación diferenciada de derechos según el género, la racialización/etnicidad, el estatus legal, los orígenes nacionales y el capital humano. Véase Castles, Stephen, “Migración, trabajo y derechos precarios: perspectivas histórica y actual», *Migración y desarrollo*, 11, no. 20 (2013): 8-42.

trabajo por la posibilidad de sufrir accidentes o enfermedades sin ninguna cobertura social; frecuentemente viven en el umbral de la pobreza o por debajo de ella; carecen de todo derecho al reagrupamiento familiar; sus alojamientos suelen ser de tipo marginal (todas las chabolas de la ciudad de Madrid estaban ocupadas por migrantes en la época que nos ocupa). Esta situación, al ser estructural, favorece el aislamiento social e imposibilita la integración social. Dentro de esta categoría, se distinguen dos subtipos: los “permanentes”, aquellos que viven y trabajan de forma permanente dentro del territorio español, y los “temporales”, quienes vienen a España para campañas u ocupaciones de temporada en una situación irregular.

A falta de datos estadísticos exactos que permitan caracterizar cuantitativamente los tres grupos de trabajadores inmigrantes descritos, se presenta en el Cuadro 22 una estimación máxima y otra mínima del volumen de cada uno de estos segmentos²⁶, según la cual, los trabajadores migrantes supondrían a finales de 1993 el 1,72% de la población activa española; en la mínima, el 1,24%; teniendo en cuenta que el total de migrantes regularizados es fijo (según datos oficiales), la variación global entre las dos estimaciones depende de la cifra de “indocumentados” que se considere (entre 75.000 o 150.000); los dos segmentos que se distinguen entre los legales se reparten en dos mitades (en la estimación máxima) o con mayor presencia de los “precarios” en la estimación mínima.

²⁶ Cachón Rodríguez, “Marco institucional de la discriminación”, 122. El autor calcula la estimación máxima para los dos primeros segmentos considerando a los trabajadores extranjeros que aparecen en la Encuesta de Población Activa, y la mínima en función de la proporción de los permisos de trabajo de larga duración sobre el total de permisos vigentes a fin de año. En el caso de los “indocumentados”, se ha partido de cuatro supuestos: 1) el volumen de llegadas irregulares en el bienio 1990-1991; 2) el incremento del ritmo en los dos años posteriores; 3) el colectivo no legalizado en la regularización de 1991 y de los que constaba su presencia en territorio español; 4) las no renovaciones en el periodo 1992-1993.

Cuadro 2. Estimación del número de trabajadores inmigrantes (no comunitarios) para los tres segmentos propuestos (finales 1993).

Tipo de situación de los migrantes en el mercado laboral español	Estimación núm. trabajadores extranjeros		Distribución porcentual		Proporción sobre la población activa total	
	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo
A) "Asentados"	58.873	41.557	22,2	21,8	0,38	0,27
B) "Precarios"	73.880	56.564	38,8	21,3	0,48	0,37
C) "Indocumentados"	150.000	75.000	56,5	39,4	0,97	0,49
TOTAL A+B+C	265.437	190.437	100,0	100,0	1,72	1,24

En síntesis, *“La LOE estableció un sistema legal muy duro y retóricamente coherente, porque pretendía fundamentarse en la distinción entre la inmigración legal y la ilegal, como decía la propia exposición de motivos de la ley, pero en realidad solo se preocupaba de la expulsión del inmigrante en situación irregular, sin promocionar la inmigración legal, puesto que el acceso era irreal, al inmigrante se le limitaban los derechos, debía renovar continuamente los permisos y difícilmente podía pensar en establecerse si no podía traer a su familiar. Realmente, en la ley prevalecía el control policial y la política sancionadora casi siempre terminaba en expulsión (...) dada la falta de distinción entre infracciones leves, graves y muy graves²⁷”*.

Como hemos visto, los inicios de los discursos jurídicos, sociales y políticos acerca de la migración se constituyen desde una visión esencialmente utilitarista, esto es, situando al migrante en términos de beneficio o carga para la sociedad receptora. Esta lógica vulnera el más elemental principio de justicia, no tratar a las personas como medios, sino como fines en sí mismos²⁸. En base a ello, analizamos a continuación la relación entre la justicia y la migración, particularmente las cuestiones referidas a las limitaciones de la justicia en la política de extranjería desde un enfoque puramente economicista, que, como veremos posteriormente, permeará las consiguientes re-

²⁷ Aja, ob.ant. cit.

²⁸ Zapata Barrero, Ricard, «Justicia para inmigrantes: mercado y política de extranjería», *Reis: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, no. 90 (Abril-Junio 2000): 159-181

gulaciones de la extranjería en Europa en general, y en España en particular.

3. NUEVOS ESCENARIOS DE RELACIÓN ENTRE EL MERCADO Y LA JUSTICIA.

La relación entre el mercado y la justicia están marcados por al menos tres hechos históricos: el pluralismo cultural como problema, el proceso de construcción política de la Unión Europea, y el desarrollo de la globalización. Estos fenómenos políticos están en el origen de las tensiones que rodean las medidas de reorientación de la democracia liberal a finales del siglo XX²⁹.

El tratamiento estatal del pluralismo cultural, expresado por la existencia de grupos territorialmente concentrados (naciones sin Estado) y de grupos territorialmente dispersos (migrantes), puede oscilar entre tres tipos de modelos: de asimilación, de integración o de autonomía³⁰.

El primero, el *modelo asimilacionista*, tiene como fundamento la defensa de un “dejar-hacer cultural³¹”, bajo una idea de la esfera pública como eminentemente monocultural, o cultural-autóctona. Por ende, no se facilita la participación de los migrantes en las decisiones políticas de la diferencia cultural, que quedan en manos exclusivamente de los nacionales. La coexistencia entre culturales es percibida como “competencia cultural”, por lo cual, bajo estos términos, la cultura que dispone de más recursos para su supervivencia (la de los nacionales), podrá exigir a los otros las condiciones de acceso a una esfera pública controlada por ellos mismos. Hablamos entonces de un modelo políticamente conservador, que solo defiende la intervención estatal cuando la cultura autóctona es vista como amenazada por cualquier especie de “invasión cultural³²”.

De otro lado, el *modelo integracionista*, se orienta por ideas políticas liberales, compartiendo con la orientación anterior la permanencia de las decisiones políticas acerca de la diferencia cultural en manos de la ciudadanía, aunque con variaciones en el contenido y los límites de la esfera pública para permitir la expresión de ciertas

²⁹ Zapata-Barrero, Ricard, *Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: hacia un nuevo contrato social* (Barcelona: Anthropos Editorial, 2001).

³⁰ Zapata Barrero, “Justicia para inmigrantes”.ob.ant.cit.

³¹ Gray, John y Mónica Salomon, *Las dos caras del liberalismo: una nueva interpretación de la tolerancia liberal* (Barcelona: Paidós, 2001).

³² Zapata Barrero, “Justicia para inmigrantes”, 161-162.ob.ant.cit.

prácticas culturales de los migrantes. Las demandas de los migrantes deberán pasar el “filtro” del control de los nacionales para poder ser públicamente practicadas y reconocidas³³. A diferencia del modelo asimilacionista, este enfoque liberal rechazaría la asimilación pero exigiría a los migrantes la integración, porque, según el modelo, “la ciudadanía estaría dispuesta a cambiar el carácter de su esfera pública (...), pero sin posibilidad de participación política en la gestión de la diferencia cultural por parte de los extranjeros³⁴”, que permanecería exclusivamente en manos de los nacionales.

En tercer lugar, el *modelo autonómico* tiene una orientación política democrática, compartiendo con la perspectiva anterior la necesidad de introducir en la esfera pública las prácticas culturales de los migrantes, y en contraste con los dos modelos anteriores, se da una disposición a que los migrantes tengan participación política. En este sentido, esta orientación fomentaría la autonomía de los extranjeros³⁵.

Independientemente del modelo que el Estado adopte, los tres se sustentan bajo la idea de que la migración conlleva una discusión acerca de la justicia, contextualizada en la doble lógica de la edad global que orienta la acción de los gobiernos: por un lado, la lógica de la globalización económica, como una analogía del concepto de imperialismo³⁶; por otro lado, la lógica de la globalización política o de los derechos humanos.

La globalización económica implica un rígido control de la libertad de los movimientos de personas, a diferencia de la ausencia de control en la circulación de capitales, bienes y servicios³⁷. Por otra parte, en la lógica de los derechos humanos prevalece una orientación similar a la que prevalecía durante el siglo XIX, y parte del XX, donde a la mayoría de la población se le negaba el derecho a pertenecer al “pueblo” (*demos*) y de tener participación política, bajo criterios de exclusión basados en la propiedad, en la racialización/et-

³³ Taylor, Charles, *Multiculturalismo y la “política del reconocimiento”* (México: Fondo de Cultura Económica, 1993).

³⁴ Zapata Barrero, “Justicia para inmigrantes”, 162.ob.ant.cit.

³⁵ Zapata Barrero.ibidem.

³⁶ Amir, Samin, “Imperialismo y globalización”, *Foro Social Mundial Porto Alegre* (Enero 2001). Fecha de consulta 13 de septiembre 2018. <https://omegalfa.es/downloadfile.php?file=libros/imperialismo-y-globalizacion.pdf>

³⁷ Castles, Stephen, “Globalización e inmigración”. En *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, editado por Stefano Allievi (Barcelona, Icaria, 2004), 33-56.

nicidad y el género³⁸. En la actualidad, el criterio que legitima la exclusión es la nacionalidad, generándose el binomio justicia/nacionalidad³⁹ que contradice las premisas de la globalización económica y política: “Si se considera que tras la globalización económica está el mercado sin justicia, la lógica política globalizadora debería estar orientada por principios de justicia. Su objetivo debería ser contrarrestar los efectos de la anterior, del mercado global. Sin esta función de control, se le deja abierta la puerta a la globalización económica para que vulnere los derechos humanos más elementales, sobre todo (aunque no únicamente) en el Tercer Mundo. Desde la perspectiva de la inmigración, este problema incide en que los inmigrantes están simplemente desnudos ante el mercado global, no poseen instrumentos para frenar sus efectos sobre sus vidas. Idealmente, una justicia global debería prevenir los efectos negativos del mercado global; en la práctica, todavía hay mucho camino que recorrer⁴⁰”.

Así, la relación entre la justicia y la extranjería se conforma bajo dos criterios principales, la nacionalidad y el mercado. Cada uno de ellos genera una determinada concepción del migrante: por una parte, el extranjero como un portador de valores culturales que entran en conflicto con los de la nacionalidad de recepción, y, por otra parte, el migrante como una mercancía para la sociedad receptora. Desde esta visión generalizada, si la inmigración puede incrementar el desempleo o la acción de la política fiscal en relación a servicios sociales, los Estados quedan libres de cerrar las fronteras y limitar el acceso. En contraposición, si la inmigración demuestra ser beneficiosa económicamente⁴¹, se toma como una razón suficiente para potenciarla.

Como hemos visto en el análisis de la LOE, la relación de los migrantes y el territorio español se define en base a lógicas mercantiles, siendo concebidos antes como trabajadores que como perso-

³⁸ Balibar, Étienne, *Nosotros, ¿ciudadanos de Europa? Las fronteras, el Estado y el pueblo* (Madrid: Tecnos, 2003).

³⁹ Held, David y Sebastián Mazzuca, *La democracia y el orden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita* (Barcelona: Paidós, 1997).

⁴⁰ Zapata Barrero, “Justicia para inmigrantes”, 165.ob.an.cit.

⁴¹ Recordemos por ejemplo el caso de Alemania, que reclutó inmigrantes entre 1955 y 1973 como “trabajadores invitados” que solo podrían permanecer durante unos años. Véase Castles, Stephen, “Factores que hacen y deshacen las políticas migratorias”. En *Repensando las migraciones. Nuevas perspectivas teóricas y empíricas*, coordinado por Alejandro Portes y Josh De Wind (México: Instituto Nacional de Migración, Universidad Autónoma de Zacatecas, 2006), 33-66.

nas⁴², bajo principios de discriminación y exclusión selectivos. Este hecho no es exclusivo del Estado español, sino que pertenece a la propia configuración de la mayoría de las leyes de extranjería. La historia europea ha desarrollado una lógica instrumental acerca de la migración, sin voluntad política reestructuradora, lógica que se inicia tras la Segunda Guerra Mundial y la apertura del proceso de reconstrucción económica (1945-1973), en el cual se vinculaba el desarrollo económico y la demanda de mano de obra extranjera. Esta prioridad utilitarista dejó en segundo plano aspectos regulativos de la población migrante, bajo la idea de que ésta regresaría a su país de origen después de un tiempo. Posteriormente, entre 1973 y 1990, con el inicio de las crisis económicas de los Estados de Bienestar, la inmigración comienza a configurarse como un “problema” social, político y económico. Surgen debates acerca de los límites en la apertura de fronteras, y políticas de cuotas que pretenden regular la entrada de migrantes bajo

4. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN ACTUAL Y JURISPRUDENCIA AL RESPECTO CRITERIOS DE POBLACIÓN, DE NACIONALIDAD Y DE MERCADO⁴³.

La compleja realidad de la migración a principios de los años noventa superaba claramente a la LOE, generando nuevamente un cúmulo de normativas generalmente restrictivas. Las primeras asociaciones de migrantes, diversas ONG's e instituciones como el Defensor del Pueblo y Colegios de Abogados impulsaron una reforma que atendiera los problemas sociales que afectaban a los migrantes, y aproximara la legislación a los criterios democráticos básicos de la Constitución. De esta manera, a mediados de la década de los noventa, el gobierno socialista optó por la elaboración de un nuevo reglamento de ejecución de la LOE, aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, con importantes progresos, como la graduación de las infracciones y sanciones en leves, graves y muy graves, el reconocimiento de los permisos permanentes de trabajo y residencia (a partir de los cinco años de estancia), resolviendo algunos de los problemas de renovación de documentación. No obstante, quedaban muchas dificultades por resolver y se originaron otras

⁴² Zig Layton, Henry, “Citizenship and Migrant Workers in Western Europe”, *The Frontiers of Citizenship* (1991): 107-124. Fecha de consulta 13 de septiembre 2018. https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-1-349-21405-1_5

⁴³ Zapata Barrero, “Justicia para inmigrantes”, 176-177.ob.ant.cit.

tantas nuevas, ya que sus mejoras sustanciales eran contrarias a la LOE, y un reglamento nunca puede ser contrario a la ley⁴⁴.

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 social⁴⁵ (a partir de ahora, LO 8/2000), reformó en apenas once meses después a la citada Ley Orgánica 4/2000, tras una tramitación conflictiva de la misma. La mayoría de las leyes importantes se tramitan en las Cortes por iniciativa del Gobierno, sin embargo, la LO 4/2000 se inició por diversas proposiciones de ley de los Grupos parlamentarios de la oposición, hasta celebrarse una Ponencia amplia que procurase la integración de todas las iniciativas y la elaboración de una ley con el consenso de todos los Grupos. Aun con ello, algunos Ministros y el propio Presidente del Gobierno en aquel momento, José María Aznar, se desmarcaron del consenso hasta el punto de provocar la dimisión del Ministro de Trabajo, Manuel Pimentel. El texto aprobado por el Congreso, con la abstención del Partido Popular (PP), pasó al Senado donde fue ampliamente modificado por la mayoría absoluta del PP en esta Cámara. Este conflicto cerró la posibilidad de acuerdos entre los grandes partidos y, al regresar la ley al Congreso, se rechazaron las enmiendas del Senado volviendo al texto del Congreso, inicialmente consensuado, pero que recibió el voto en contra del PP, que estaba al frente del gobierno⁴⁶.

La LO 4/2000 introdujo una serie de cambios profundos, que podrían resumirse de la siguiente manera: en primer lugar, se creó un estatuto claro de derechos para los extranjeros, superando los anteriores problemas normativos, y buscando la coherencia con la jurisprudencia constitucional y con el derecho comparado, en lo referido a la igualdad de derechos de los residentes legales y de los nacionales. En segundo lugar, se incluyó el derecho a la reagrupación familiar, en coherencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como el derecho a la libertad de circulación, reunión y asociación. También se reconocieron algunos derechos a los migrantes que se encontraban en situación irregular, entre los que destacan las prestaciones sanitarias y la educación. Este punto, así como el reconocimiento de derechos mínimos a los mi-

⁴⁴ Aja, "La evolución de la normativa sobre inmigración", 15.ob.ant.cit.

⁴⁵ 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, publicado en BOE no. 307, de 23 de diciembre de 2000, páginas 45508 a 45522.

⁴⁶ Aja, 15.ob.ant.cit.

grantes en situación irregular, supuso una novedad fundamental frente a las restricciones de la ley anterior. Por primera vez, se estableció una vía de regularización individual ordinaria, cambiando el sistema de sanciones para excluir la expulsión de aquellos que se encontraban en situación irregular de forma sobrevenida. Por último, la LO 4/2000 planteó que la migración no era solamente una cuestión de Estado, sino que debían coordinarse acciones con el resto de administraciones cuyas competencias se proyectan decisivamente en la materia (Comunidad Autónomas y Ayuntamientos que acuden al Consejo Superior de Políticas de Inmigración)⁴⁷.

La LO 4/2000 se aprobó, por tanto, en contra del Gobierno del Partido Popular, justo antes de las elecciones generales del año 2000. Tras éstas, el nuevo gobierno del PP, dirigido por Aznar, con mayoría absoluta en las Cortes, adoptó rápidamente la decisión de modificar drásticamente la ley. Pese a presentarse ante la opinión pública como una contrarreforma, realmente, transcurrido el tiempo, se pudo observar que la reforma realizada por la LO 8/2000 no supuso la sustitución total de la anterior, sino más bien, una modificación parcial, ya que mantuvo la estructura normativa general introducida por la LO 4/2000⁴⁸.

La LO 8/2000 se inserta en un marco normativo externo, establecido a priori por el Derecho Comunitario Europeo y el Derecho Internacional Público, que constriñen la conducta legislativa, administrativa y judicial del Estado español en la materia⁴⁹. Así lo reconoce expresamente, en su Exposición de Motivos, la LO 4/2000, ateniéndose al mandato constitucional de los artículos 13.1º y 10.2º⁵⁰, y refiriéndose tanto al Derecho Internacional convencional como al Derecho Comunitario (concretamente, al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y a las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999). Esta cuestión es relevante debido a la interpretación unilateral y sesgada de sus preceptos y jurisprudencia.

⁴⁷ Aja, "La evolución de la normativa sobre inmigración", 16-17. *ibidem*.

⁴⁸ Aja, 18. *ibidem*.

⁴⁹ Jiménez Piernas, Carlos, "La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería: especial referencia a España", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 6, no. 13 (2002): 857-894.

⁵⁰ El art. 13.1º (Título Primero) CE dice así: "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley".

El art. 10.2º CE, dentro del mismo Título, reza así: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

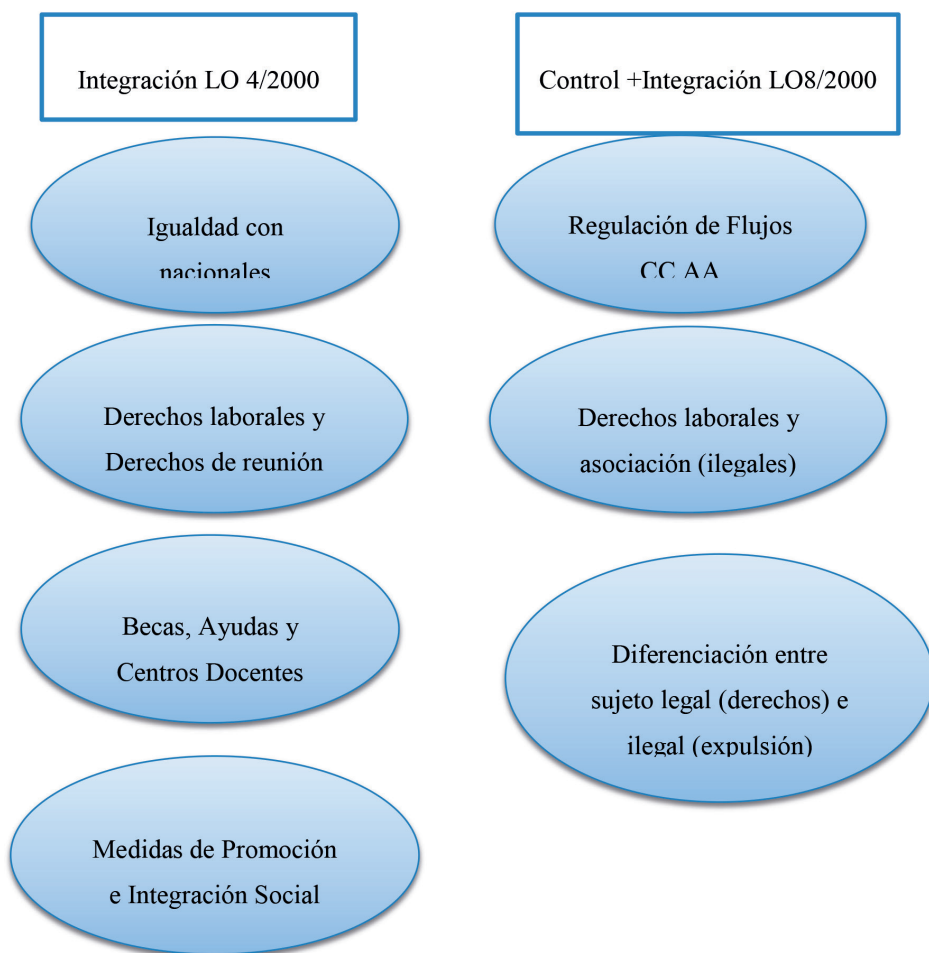
dencia, realizada casi exclusivamente desde la perspectiva del Derecho interno, prescindiendo del análisis comparado en un campo que ejemplifica claramente la interdependencia entre ordenamientos⁵¹.

La LO 8/2000 se compone de dos grandes campos: por un lado, aquel relativo al control de los flujos migratorios, esto es, la entrada, estancia, salida y trabajo de los migrantes, a la regularización de las situaciones de ilegalidad o irregularidad, a las medidas legislativas y administrativas orientadas a facilitar la integración social, así como al conjunto de los derechos sociales que la LO extiende a los extranjeros, o más bien, a un grupo concreto de migrantes. El segundo campo lo componen aquellos preceptos que garantizan y desarrollan los derechos constitucionales que se reconocen a los extranjeros, fundamentalmente los de dignidad humana (derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad personal y a la seguridad, así como a la tutela judicial efectiva), mientras que otros se reservan a los nacionales (como el derecho de sufragio activo y pasivo, con excepción del régimen especial de que gozan los ciudadanos comunitarios). Es precisamente este segundo campo el que genera la sospecha de inconstitucionalidad de la LO 8/2000, al privar a los migrantes de ciertos derechos fundamentales que la Constitución extiende a todas las personas.

Como se puede observar en el Cuadro 23, la LO 4/2000 fue mucho más progresista en comparación a la LO 8/2000, ya que procuró dotar a los extranjeros con los mismos derechos que los nacionales. Se defendió la *máxima cota de derechos y libertades* para los inmigrantes que vivían en territorio español, sin necesidad de permisos de residencia o trabajo como requisitos obligatorios para acceder a algunos de esos derechos, y se desligó el permiso de residencia a la obtención de un permiso de trabajo.

⁵¹ Cobreros Mendazona, Eduardo, “Un ejemplo (más) de la fuerza expansiva del Derecho comunitario: la reciente interpretación del orden público en la expulsión de extranjeros”, *Revista de Administración Pública*, no. 156 (2001): 278-281.

Cuadro 3. Comparación entre la LO 4/2000 y su reforma LO 8/2000⁵²



Mientras que la LO 4/2000, como hemos visto anteriormente, atribuía ciertos derechos a todos los extranjeros residentes en España, con independencia de la regularidad o no de su situación, la LO 8/2000 es más restrictiva, centrándose en acciones de prevención y control sobre la migración: “La LO 8/2000 se basa en la premisa de que la supervivencia del Estado de Bienestar tal y como se ha confor-

⁵² Soriano-Miras, Rosa M., “Análisis sociológico de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Sus reformas (8/2000, 11/2003, 14/2003, 2/2009) y su implicación social», *Papers: revista de sociología*, 96, no. 3 (2011): 683-705.

*mado en la Unión Europea impone la regulación de los flujos migratorios, en suma, la ordenación de la inmigración, ya que las prestaciones sociales (seguro de desempleo, asistencia sanitaria, pensiones no contributivas) que ofrece el Estado de Bienestar no soportarían presupuestariamente una inmigración no regulada o salvaje. Dicha ordenación, amén de obstaculizar la proliferación de las mafias dedicadas al tráfico de personas y evitar la explotación de los inmigrantes ilegales por empresarios sin escrúpulos, facilita al menos teóricamente la incorporación al mercado de trabajo y la integración social del inmigrante mediante una política pública migratoria activa, basada ante todo en la cooperación con los Estados de origen*⁵³”.

El proceso de comunitarización de las políticas de migración se inicia con el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, en vigor desde el 1 de mayo de 1999, y el Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 16 y 17 de octubre de 1999. Los avances del proceso de integración europea y el incremento de los flujos migratorios hacia Europa impulsaron la comunitarización de las políticas públicas sobre inmigración y extranjería, que hasta 1993 habían permanecido bajo la competencia exclusiva de los Estados miembros. El Tratado de Ámsterdam incluye como uno de los grandes objetivos de la UE la plena libertad de circulación de las personas dentro de la comunidad, y avanza en la definición de una política comunitaria de inmigración incorporando para ello un nuevo Título IV sobre “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”. Los detalles al respecto se exponen en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, dentro del apartado “A. Una política de asilo y migración común de la Unión Europea”⁵⁴:

“Colaboración con países de origen: se plantea un enfoque global de la migración que trate los problemas políticos, de derecho humano y de desarrollo de los países y regiones de origen y tránsito. Para ello, se considera necesario llevar a cabo políticas contra la pobreza, de mejora de las condiciones de vida y las posibilidades de trabajo, la prevención de conflictos, la consolidación de estados democráticos y la garantía del respeto a los derechos humanos, particularmente, los derechos de las minorías, de las mujeres y de la infancia. Con tal finalidad, se instiga a la Unión y a los Estados miembros a contribuir, dentro del marco de sus respectivas compe-

⁵³ Jiménez Piernas, “La comunitarización de las políticas”, 886. Revista de Derecho Comunitario Europeo,, Año nº 6, Nº 13, 2002,

⁵⁴ Consejo Europeo de Tampere, *Conclusiones de la Presidencia* (15 y 16 de octubre de 1999). Fecha de consulta 16 de septiembre 2018. http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm#a

tencias en virtud de los Tratados, a dotar de mayor coherencia sus políticas interiores y exteriores, así como colaborar con terceros países para fomentar el codesarrollo.

Un sistema europeo común de asilo: se reitera la importancia que la Unión y los Estados miembros deben conceder al respeto absoluto del derecho a solicitar asilo, asegurando el principio de no devolución de cualquier persona que sufra persecución en su país de origen. A corto plazo, este sistema debería incluir la determinación clara del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo, normas comunes para un procedimiento de asilo eficaz y justo, condiciones mínimas comunes para la acogida de los solicitantes, y la aproximación de las normas sobre reconocimiento y contenido del estatuto de refugiado. A largo plazo, las normas comunitarias deberían dar lugar a un procedimiento de asilo común y a un estatuto uniforme, válido en toda la Unión, para las personas a las que se concede asilo.

Trato justo de los nacionales de terceros países: la UE debe garantizar una política de integración encaminada a conceder a los nacionales de terceros países que residan en el territorio de sus Estados miembros derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia. Las legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y de residencia de los migrantes deben basarse en una evaluación conjunta de la evolución económica y demográfica de la Unión, así como de la situación en los países de origen.

Gestión de los flujos migratorios: se insta al desarrollo de campañas de información, tanto en los países de origen y de tránsito, sobre las posibilidades reales de inmigración legal, impidiendo toda forma de trata de seres humanos.”.

No obstante, como el propio caso español pone de manifiesto, la política migratoria prefigurada en el Tratado de Ámsterdam y en el Consejo Europeo de Tampere ha convivido con un importante margen de competencia nacional en esta materia. Se trata, pues, de un ámbito de competencia compartida cuya parte principal la siguen detentando los Estados miembros. España, de acuerdo con las actuaciones previstas en el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración (GRECO)⁵⁵, estableció una

⁵⁵ Resolución de 17 de abril de 2001, de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros del día 30 de marzo de 2001, por el que se aprueba el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración.

serie de convenios bilaterales sobre inmigración con los Estados de origen de los principales flujos migratorios que recibía: Colombia, Ecuador, Marruecos, República Dominicana y Polonia. El fin de estos convenios era ordenar los flujos migratorios, garantizar el trato justo y no discriminatorio y la integración social de los trabajadores migrantes, sin olvidar el codesarrollo socioeconómico de los Estados de origen, estableciendo, entre otras vías, mecanismos de reagrupación familiar para el primer objetivo, y programas de retorno voluntario y reinserción laboral de los migrantes para el segundo⁵⁶.

Algunos autores consideran que el desarrollo de convenios bilaterales expresa cierta predilección de la clase política, empresarial y la sociedad española por ciertos colectivos migrantes, una especie de inmigración “preferente⁵⁷”, principalmente de personas de origen latinoamericano o de Europa del Este, frente a aquellas de origen africano, principalmente del Magreb y el África subsahariana. El énfasis en la cuestión de la seguridad “puede haber legitimado de cara a la opinión pública, la promoción de la llegada de aquellos considerados adecuados para el principio de seguridad y tiene, como efecto, la estigmatización de las comunidades establecidas consideradas potencialmente peligrosas⁵⁸”.

En nuestra opinión, aunque la existencia de una jerarquización de las comunidades migrantes según su origen nacional ha sido evidenciada, es importante tener en cuenta que las formas de discriminación y exclusión de los migrantes operan en función de las múltiples combinaciones de categorías socioeconómicas-culturales, categorizaciones según rasgos fenotípicos y modos de racialización, y el lugar que éstas ocupan en los discursos políticos y sociales acerca de la migración. Por ello, los actores en que se centran los discursos institucionales o mediáticos que relacionan migración y criminalidad varían enormemente según el momento político y los intereses geopolíticos y económicos en juego. Dentro de este entramado, las personas de origen africano, efectivamente, sufren de una estigmatización generalizada, lo cual no anula el hecho de que otras comunidades también estén sometidas a discursos de criminaliza-

⁵⁶ Jiménez Piernas, “La comunitarización de las políticas” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año n° 6, N° 13, 2002, págs. 857-894.

⁵⁷ Escribano Izquierdo, Antonio, Diego López de Lera y Raquel Martínez Buján, “Los preferidos del siglo XXI: la inmigración latinoamericana en España”. En *La inmigración en España: contextos y alternativas*, coordinado por Francisco Javier García Castaño y Carolina Muriel López (Granada: Laboratorio de Estudios Interculturales), 237-249.

⁵⁸ López Sala, “La política española de inmigración”, 11.ob.ant.cit.

ción, en función de su ubicuidad en determinados barrios/localidades/comunidades autónomas.

Volviendo a la LO 8/2000, aunque en teoría, recogía todas las actuaciones gubernamentales planteadas en el Programa GRECO, en la práctica, “se enumeraba una multitud de proyectos de actuación inconexos y de importancia muy desigual, desde la publicación de un libro hasta la inversión multimillonaria en los aparatos de detección de pateras en el Estrecho⁵⁹”. Realmente, la prioridad de la LO 8/2000 era la lucha contra la inmigración irregular y el control de fronteras, de ahí el desarrollo de iniciativas como el Programa Ulises en el Estrecho⁶⁰, la implantación del Sistema Integrado en Vigilancia Exterior (SIVE) en la frontera marítima más estrecha y cercana a Marruecos, en Cádiz, extendiéndose en los siguientes años a otras provincias andaluzas, y posteriormente a Canarias⁶¹, o la construcción y elevación de la valla fronteriza en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, instrumentos que continúan concentrando una gran parte de los recursos destinados a migración⁶².

La redefinición de la política migratoria está relacionada de forma directa con la admisión de España en la UE y con la definición del país como un “punto estratégico” de la Unión como entrada

⁵⁹ Aja, “La evolución de la normativa sobre inmigración”, 22-23.ob.ant.cit.

⁶⁰ La “Operación Ulises” comenzó el 28 de enero de 2003, y consistió en el despliegue naval realizado por una flota de siete buques, compuesta por patrulleras de las Fuerzas de Seguridad y de buques de guerra de las Armadas de España, Reino Unido, Portugal, Italia y Francia, como primera iniciativa europea contra la inmigración ilegal en el mar. España dedicó un millón de euros a esta operación para la persecución de las pateras en el Mediterráneo, y se difundió un mensaje sumamente negativo acerca de una “avalancha de inmigrantes” en los medios de comunicación, lo que contribuyó al incremento de la xenofobia y de la segregación de los migrantes. Véase Bou Franch, Valentín, “La ‘Operación Ulises’ y la lucha en el mar contra la inmigración ilegal”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 55, no. 1 (Enero-Junio 2003): 556-559. Álvarez, Xose Ramón. *Migraciones y globalización* (Vigo: Área de Historia de América, Universidad de Vigo, 2009).

⁶¹ Entre 2001 y 2008 la inversión total para el SIVE ascendió a 236 millones de euros (incluyendo soporte técnico y potenciación de unidades). Entre 2007 y 2012 el gobierno español invirtió otros treinta millones de euros para completar la impermeabilización del perímetro mediterráneo. Véase Godenau, Dirk y Ana López-Sala, “Disuasión migratoria multinivel en la gestión de la frontera marítima española”, Comunicación presentada en *10th Annual IMISCOE Conference* (26-27 Agosto 2013, Malmö, Suecia). Fecha de consulta 16 de septiembre 2018. <http://digital.csic.es/handle/10261/88393>

⁶² López Sala, Ana María, “La política española de inmigración en las dos últimas décadas: del asombro migratorio a la política en frontera y la integración”. En *Inmigración en Canarias. Contexto, tendencias y retos* (Tenerife, Fundación Pedro García Cabrera, 2007), 23-37.

sur de la “fortaleza europea⁶³”. Esta condición reviste tanto un sentido pragmático —la situación geográfica de España como frontera de la UE— como ideológico —el discurso político que justifica el cierre de fronteras⁶⁴—. Así, el control fronterizo se introduce en los diferentes tratados europeos como parte de una estrategia de cierre de fronteras de la UE, estrechamente relacionada con la cuestión de la seguridad en la Unión⁶⁵. Por ello, como veremos a continuación, la inmigración comienza a relacionarse con temas como seguridad, criminalidad, terrorismo, tráfico de drogas y de personas, en contra de los cuales la política de la UE y de los Estados miembros ha de luchar⁶⁶.

En España, la inmigración se introdujo con sorprendente rapidez en la agenda política nacional como un asunto primordial, hecho que refleja más la exigencia de los requerimientos europeos que una verdadera “presión” migratoria, pues en la época en la que aparecen las primeras legislaciones en relación a la extranjería, la migración era un fenómeno bastante incipiente en el país⁶⁷. Progresivamente, la definición política y social de la migración como una cuestión “problemática” se va evidenciando en las representaciones de la migración en relación a la seguridad ciudadana, así como en la interpretación de la misma en términos de conflicto cultural.

El proyecto de la LO 11/2003 fue aprobado y divulgado por el gobierno una semana antes de las elecciones locales y autonómicas, vinculando el aumento de la inmigración con el incremento de la delincuencia, como se refleja en el propio título de la ley. Teóricamente, la LO 11/2003 pretendía agilizar la expulsión de los extranjeros que tenían delitos en varios juzgados, aunque su contenido era mucho más heterogéneo. Ciertamente, se agravaron las penas de algunos delitos, entre ellos el de tráfico de migrantes, pero su principal modificación consistió en multiplicar las expulsiones de carácter penal, hasta entonces mínimas respecto a las administrativas⁶⁸.

⁶³ Agrela, Belén y Gunther Dietz, “Emergencia de regímenes multinivel y diversificación público-privada de la política de inmigración en España”, *Migración y Desarrollo*, no. 4 (2005): 20-41.

⁶⁴ Agrela Romero, «La política de inmigración en España: reflexiones sobre la emergencia del discurso de la diferencia cultural», *Migraciones internacionales*, 1, no. 2 (2002): 93-121.

⁶⁵ Agrela y Gunther, 24.

⁶⁶ Gil Araujo, Sandra, “Extranjeros bajo sospecha: lucha contra el terrorismo y política migratoria en EEUU y la Unión Europea”. En *De Nueva York a Kabul: Anuario CIP 2002*, coordinado por Mariano Aguirre y Mabel González (Madrid-Barcelona: Centro de Investigación para la Paz, Icaria), 127-144.

⁶⁷ Agrela y Gunther, “Emergencia de regímenes multinivel”, 25.

⁶⁸ Aja, “La evolución de la normativa sobre inmigración”, 23-24.

El mismo año el gobierno preparó otra reforma legal importante, la Ley Orgánica 14/2003, con nuevos elementos de control de la migración que modifican numerosos preceptos de la ley de extranjería vigente en aquel momento (la LO 4/2000, modificada por la 8/2000), y también los de otras leyes relacionadas con la migración, como la Ley de Bases de Régimen Local, para cambiar la regulación del padrón municipal⁶⁹. La LO 14/2003 permitía la expulsión del territorio nacional por vía de urgencia de todas aquellas personas sospechosas de ser peligrosas para la seguridad. Este marco legal suponía una contracción cívica en los derechos de los extranjeros irregulares establecidos en España al condicionar el acceso a servicios sanitario y educativos al registro padronal, cuyos datos, además, podían ser solicitados a los ayuntamientos por las fuerzas de seguridad del Estado⁷⁰. Esta disposición produjo el fortalecimiento del control interno y otorgó a las administraciones locales una función policial en relación a la inmigración irregular, vulnerando derechos fundamentales y contradiciendo la ley de protección de datos⁷¹.

La LO 14/2003 modificó el art. 39.6, estableciendo que las ofertas de trabajos de temporada se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos de regulación de flujos:

*Cuadro 4. Acuerdos de regulación de flujos migratorios en España*⁷²

PAÍS	TIPO DE ACUERDO	FECHA
Bulgaria	Sobre regulación de flujos migratorios	28/10/2003
Colombia	De regulación y ordenación de flujos migratorios laborales	21/05/2001
Ecuador	De regulación y ordenación de los flujos migratorios	29/05/2001

⁶⁹ Aja, 25.

⁷⁰ López Sala, "La política española de inmigración", 12.

⁷¹ Corella Solanes, Ángeles y M^a Belén Cardona Rubert, *Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2005).

⁷² Terrón, Anna, «Migraciones y relaciones con países terceros. España», *Documentos CIDOB*, no. 4 (2004): 9.

PAÍS	TIPO DE ACUERDO	FECHA
Marruecos	Sobre mano de obra	25/07/2001
Polonia	Sobre regulación y ordenación de flujos migratorios	21/05/2002
República Dominicana	Sobre regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales	17/12/2001
Rumanía	Sobre regulación y ordenación de los flujos migratorios	23/01/2002

En estos acuerdos se incluyó además un apartado para regular y facilitar el retorno voluntario de los migrantes que estuvieran trabajando en España. Concretamente, 2003 fue el primer año en que se llevaron a cabo proyectos de retorno voluntario de migrantes, con el objetivo de facilitar el regreso de aquellos que no lograron incorporarse al mercado laboral español y que no dispusieran de recursos suficientes para realizar el viaje de vuelta a sus países de origen⁷³. No obstante, el éxito de esta medida es cuanto menos cuestionable. Por ejemplo, en el caso de Ecuador, el convenio bilateral establecía que los ecuatorianos indocumentados eran invitados a volver en avión al país, con viaje sufragado por España, y a tramitar la solicitud de visados directamente a través de la embajada española en Quito, con tal de presentar un precontrato. La medida concernía a 23.500 ecuatorianos dispuestos a aceptar el trato, quienes hicieron largas colas en las Delegaciones de Gobierno españolas para inscribirse. De éstos, apenas 4.095 lograron beneficiarse del “retorno voluntario” en el plazo fijado. Con la sustitución de Jaime Mayor Oreja por Mariano Rajoy en el cargo de Ministro del Interior, la medida se suspendió⁷⁴.

De otro lado, respecto a los visados, se mantuvo el doble carácter del mismo y la obligación de tramitar una tarjeta de identidad de extranjero en el plazo de un mes desde la entrada a España, lo que apenas modifica la situación previa. Los casos de exención del visado pasaron al ámbito de la “autorización de residencia temporal

⁷³ Terrón.

⁷⁴ Koller, Sylvie, «Para nuestros hermanos en el mundo: el destino de los migrantes ecuatorianos visto desde Ecuador», *Amérique Latine Histoire et Mémoire. Les Cahiers ALHIM*, no. 8 (2004).

por circunstancias excepcionales”, quedando supeditados al desarrollo en el futuro reglamento. La administración podía conceder una “autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias”, en cuyos supuestos no era exigible el visado (art. 31.3). Además, se modificó el antiguo artículo 34.2 sobre la cédula de inscripción: antes de la reforma, la inscripción podía ser acordada para el extranjero que *manifestase* no poder ser documentado por las autoridades de ningún país y no se encontrara incurso en ninguno de los supuestos del artículo 26 (prohibición de entrada), mientras que posteriormente, tuvieron que *acreditar* que no podían ser documentados. A todo se añade la exigencia de que “concurran y se acrediten razones de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España”, quedando vinculado el hecho de no poseer documentación y la existencia de razones humanitarias, pese a la existencia de múltiples casos en que no poder estar documentado no guarda relación alguna con razones humanitarias: “hay personas con documentos que poseen permiso de residencia de régimen general, y otras, con un permiso de circunstancias excepciones, no tienen problema alguno para adquirir o renovar el pasaporte⁷⁵”.

Uno de los aspectos más preocupantes de la ley fue el citado contenido relativo al acceso directo por parte de las autoridades a los ficheros del padrón municipal en los que constaran los datos de los extranjeros, sin que se precisara el consentimiento de los interesados. Las enmiendas presentadas no dieron más resultado que el de incluir la frase “de acuerdo con la legislación sobre protección de datos”, con lo cual “el acceso al padrón municipal por la policía disminuirá la inscripción de los inmigrantes en el mismo, y así quedan excluidos de derechos tan relevantes como la salud o la atención social, se dificultará su normalización y aumentarán las situaciones de irregularidad administrativa⁷⁶”.

El 19 de febrero de 2004 el Parlamento Vasco presentó ante el Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucionalidad contra la LO 14/2003⁷⁷ en sus artículos 1 (apartados 31, 32, 34, 35, 38, 39, 40) y 3 (apartados 3 y 5), haciendo acopio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a los derechos fundamentales y re-

⁷⁵ Relaño Pastor, Eugenia, “Los continuos cambios de la política de inmigración en España”, *Migraciones internacionales*, 2, no. 3 (2004): 134.

⁷⁶ Relaño, 135. *ibidem*.

⁷⁷ Recurso de inconstitucionalidad núm. 1024-2004, promovido por Parlamento Vasco, contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, que reforma la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de Extranjería.

cordando las obligaciones de derecho internacional de los poderes públicos españoles. En concreto, se destaca la consideración acerca de la protección de datos, señalando que “el apoderamiento legal que permite al Poder Público recoger, almacenar, tratar, usar y, en su caso, ceder datos personales, solo está justificado si responde a la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos⁷⁸”. Asimismo, el recurso advirtió que la regulación del padrón municipal se había convertido en un peligroso generador de derechos (por ejemplo, de asistencia sanitaria).

Por último, y entre otras consideraciones, el recurso analizó la disposición adicional cuarta sobre “Inadmisión a trámites de solicitudes” que regulaba un elenco de casos y situaciones en los que la autoridad competente en materia de extranjería, es decir, cualquier órgano administrativo que recibiera solicitudes al respecto, pudiera rechazar *a limine* la pretensión sin siquiera valorar sus hechos y argumentos. En el apartado 4 se daba una equiparación entre el extranjero contra el que se haya decretado una orden de expulsión jurídica y administrativa y aquel contra el que se haya abierto un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión. Esto constituía una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, así como al derecho de presunción de inocencia.

Un cambio en el panorama político llevó al PSOE al poder en las elecciones de marzo de 2004, contexto en el que se elaboró un nuevo Reglamento, sin tocar la ley, mediante el Real Decreto 2392/2004, de 30 de diciembre, que logró un mayor acuerdo entre los actores políticos y sociales. Se trató de incorporar a la legislación las propuestas de carácter social que habían sido rechazadas por el PP en las anteriores reformas, sin embargo, el Reglamento se encontraba limitado por la LO 4/2000 y sus reformas (LO 8/2000, LO 11/2003 y LO 14/2003), que, aparentemente, eran contrarias a las posturas del PSOE, ya que se centraban excesivamente en el control fronterizo, tal como hemos comentado.

Sin embargo, pese a la llegada del partido socialista al gobierno, la ley no fue sometida a una modificación sustancial para redirigir la política hacia la integración social de los inmigrantes. Del mismo modo, la reforma realizada por el PSOE en diciembre de 2009 tampoco supuso ningún cambio sustantivo de dirección, aunque se con-

⁷⁸ Pleno. Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre de 2000. Recurso de inconstitucionalidad 1.463/2000. Promovido por el Defensor del Pueblo respecto de los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Vulneración del derecho fundamental a la protección de datos personales. Nulidad parcial de varios preceptos de la Ley Orgánica.

formó como una de las reformas más claras de la LO 4/2000, pues se modificaron más de sesenta artículos de los setenta y uno que contenía.

En todas las leyes anteriores, el término “extranjero” es la palabra más repetida, hecho que se enfatiza en la LO 2/2009, siendo un elemento transversal de la reforma la fuerte diferenciación entre el “ser” extranjero y el “ser” nacional. Aunque, en principio, la utilización de dicho término simplemente alude al motivo de la ley, la mayoría de los artículos hacen uso del concepto para distinguir a los nacionales de los no nacionales. La insistencia en esta consideración contribuye a generar y reforzar actitudes prejuiciosas en torno a la diferenciación. Además, la diferencia jurídica no se constituye solamente en esta distinción, sino que también engloba la tipología de extranjeros comunitarios y extranjeros de terceros países, que se rigen por diferentes regímenes (régimen comunitario o general). Al mismo tiempo, se distingue entre “extranjeros residentes”, que tienen permiso para residir temporal o permanentemente, de aquellos extranjeros que carecen de dicha autorización. Por ello, las palabras “visado”, “permiso” o “autorización” son otros de los términos más repetidos en la ley de extranjería y sus reformas⁷⁹.

En este sentido, la multiplicidad de conceptos dirigidos a subrayar las diferencias entre unos extranjeros y otros crean una “auténtica escala de derechos y libertades según sea el estatus jurídico del sujeto en cuestión⁸⁰”. El caso español presenta unas connotaciones particulares, en tanto que cuestiones como las transformaciones en los flujos migratorios, la politización del fenómeno de la migración y la construcción del “otro cultural” repercuten de forma directa sobre la gestión e instrumentalización de la migración, así como la forma en que es pensada política socialmente. La evolución de la migración en España representa un claro ejemplo de “cómo se han invertido los flujos migratorios del siglo XIX propios de las políticas imperialistas del norte con respecto al sur”, resultado de unas “relaciones sociohistóricas-políticas previas que determinan la dirección de los actuales desplazamientos poblacionales⁸¹”.

⁷⁹ Soriano Miras, 699.ob.ant.cit

⁸⁰ Soriano Miras, 699.ob.ant.cit.

⁸¹ Agrela, Belén, “La política de inmigración en España: reflexiones sobre la emergencia del discurso de la diferencia cultural”, *Migraciones internacionales*, 1, no. 2 (Enero-Junio 2002): 96.

La reforma de la Ley de Extranjería se inserta en un contexto de crecimiento de la migración en España⁸² y en un panorama socioeconómico profundamente afectado por la crisis económica surgida en 2008. Asimismo, las directivas europeas pendientes de transposición, las sentencias constitucionales que anularon algunos preceptos legales y declararon a otros inconstitucionales sin nulidad, obligaron a la reforma de la ley. Sin embargo, la gestión de los efectos de la crisis en relación con la presencia de personas migrantes se sustenta en la protección de los “nacionales” y el fomento de medidas de retorno⁸³ dirigidas a las personas migrantes en situación de desempleo, evidenciándose, una vez más, “la realidad de una voluntad política que parece guardar importantes reservas sobre todo un conjunto de derechos, valores y principios positivados en no pocos documentos de nuestro ordenamiento jurídicos, y sobre los más elementales principios de la integración⁸⁴”.

Esta reforma supuso “un recorte más que preocupante que afecta a derechos básicos de los inmigrantes y envía a la ciudadanía española un mensaje que puede tener efectos estigmatizadores⁸⁵”, pese a que los migrantes fueron las principales víctimas del incremento del desempleo propiciado por la crisis económica, ya que muchos de ellos trabajan con contratos temporales. Efectivamente, cerca de un millón de inmigrantes quedaba en situación de desempleo en 2010⁸⁶.

⁸² Pese a que a nivel general se habla de un incremento de la migración, en realidad, durante el gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero se produjo una gran desaceleración en la entrada inmigrantes a España: los cuatro millones y medio de extranjeros en 2009 representa solo 1,6 veces los extranjeros residentes en 2005. La desaceleración de la tasa de variación anual confirma esta tendencia: un 20% en 2005, un 38,5% en 2006, un 31,7% en 2007 y un 12,4% en 2008. La crisis económica es precisamente un factor clave en la disminución de los flujos migratorios. Véase Conejero Paz, Enrique, “La política de inmigración en España”, *Empresa: investigación y pensamiento crítico*, 1, no. 8 (2012): 1-27.

⁸³ En 2008, el Gobierno anunció que pagaría la totalidad de la prestación de desempleo en dos plazos (el 40% en España y el 60% en el país de origen) a aquellos inmigrantes que se quedaran sin empleo. Como contrapartida, los migrantes debían renunciar a sus permisos de residencia y de trabajo y no regresar a España en un plazo mínimo de tres años, por lo cual, más que de una medida de “retorno voluntario”, podemos hablar de un instrumento de disuasión de la permanencia en España dirigido a la población migrante, o de un instrumento de expulsión “voluntaria”. Véase De Lucas, Javier, “Reforma del marco jurídico de la inmigración: políticas que no superan el test básico”, *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, no. 105 (2009): 117. Fecha de consulta 25 de septiembre 2018.

⁸⁴ Cívico García, Jesús, “La integración social de la persona inmigrante en España: Norma y realidad”, *Revista Logos Ciencia y Tecnología*, 2, no. 1 (2010): 29. Fecha de consulta 25 de septiembre 2018.

⁸⁵ De Lucas, “Reforma del marco jurídico”, 117.

⁸⁶ Cívico García, “La integración social”, 29.

Frente a ello, el gobierno, ya desde la pre-reforma, se dedicó a divulgar un mensaje nacionalista (en términos de defensa del trabajador “nacional”), reduccionista (al insistir en la “situación nacional del empleo” y en las necesidades económicas del país), y de discriminación y criminalización de la migración, al representar a los migrantes desde un enfoque puramente utilitarista, y acentuar los discursos racistas y xenófobos que culpaban a la población migrante de los efectos de la crisis⁸⁷.

⁸⁷ Cívico García, “La integración social”.ob.ant.cit