

EL RÉGIMEN LEGAL DE LA INMIGRACIÓN EN ESPAÑA: EL CONTINUO CAMBIO

JOSÉ MARÍA RUIZ DE HUIDOBRO *

Este artículo ofrece un primer análisis de la LO 8/2000, que ha reformado la LO 4/2000 a los pocos meses de su vigencia. El rápido cambio legal se explica por las vicisitudes de la aprobación de la LO 4/2000 al final de la anterior legislatura en contra del parecer del Gobierno. El resultado del entero proceso legislativo es la ruptura del consenso básico entre las fuerzas políticas y que se haya suscitado un debate social áspero y poco equilibrado respecto el modo de afrontar el fenómeno inmigratorio. La reforma supone una revisión de casi todo el articulado de la LO 4/2000 y trasluce un cambio de orientación general de la misma, pues el énfasis pasa de la integración social al control de los flujos migratorios. Sin embargo, desde el punto de vista técnico-jurídico, la reforma legal no merece un juicio positivo. En todo el proceso descrito se ha olvidado que tan importante como el marco legal es la aplicación (o gestión) del mismo y la instrumentación de políticas concretas de integración social; dicho desenfoque deja abiertos serios interrogantes sobre el futuro de la inmigración en España.

* Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y colaborador habitual del Instituto de Estudios sobre Migraciones de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid.

This paper provides a first analysis of the Organic Law (LO) 8/2000, which reformed the LO 4/2000 shortly after the latter was approved. This speedy modification was due LO 4/2000 having been approved at the end of the last legislature and against the will of the government in power. This legislative process has led to the break up of the basic consensus which had existed among the political parties and has given rise to a bitter, unbalanced social debate on how to address the issue of immigration. The reform involves alterations being made to almost all the articles of the LO 4/2000 and reveals a general change of orientation in this regard, as the emphasis is transferred from social integration to the control of migratory flows. However, from the technical, judicial point of view, the legal reform cannot be given a positive assessment. The whole legal process has failed to appreciate that the application or management of the legal framework and the instrumentation of specific policies on social integration are just as important as the legal framework itself; this erroneous focus on the issue raises serious questions regarding the future of immigration into Spain.

1. PLANTEAMIENTO Y ACLARACIÓN PRELIMINAR

El 23 de marzo de 2001 el Grupo Parlamentario Socialista ha presentado en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹. El ejercicio de la iniciativa legislativa por parte de los grupos parlamentarios, incluidos los de la oposición, ha de considerarse una manifestación normal del proceso político dentro de un sistema constitu-

¹ BOCG. Congreso de los Diputados. Serie B. VII Legislatura, núm. 127-1, de 6 de abril de 2001.

cional democrático; sin embargo, en este concreto caso, no deja de sorprender su ejercicio, pues la Proposición de Ley se dirige a *reformar* la reforma de una Ley Orgánica, aprobada tres meses antes, mediante la LO 8/2000, de 22 de diciembre, con el apoyo no sólo del Grupo Popular que ostenta la mayoría absoluta en ambas cámaras legislativas, sino también el de los grupos catalán y canario. A su vez, según se ha apuntado, la LO 8/2000 reformó la LO 4/2000, de 11 de enero, aprobada justamente un año antes, con el apoyo de todos los grupos parlamentarios, excepto el Grupo Popular entonces partido gobernante, pero sin mayoría absoluta.

Los datos expuestos ponen de manifiesto tanto la intensa variabilidad legislativa en la regulación del fenómeno inmigratorio en España, como la abierta discrepancia sobre la misma entre los dos partidos mayoritarios. Ya puede adelantarse que el proceso legislativo de sustitución de la obsoleta LO 7/1985 —totalmente ajena al fenómeno de la inmigración—, por una legislación más acorde a los retos planteados actualmente por la inmigración en España, ha resultado más bien estéril en cuanto al régimen legal definido, contraproducente en cuanto a los debates político y social suscitados y claramente negativo en cuanto a la gestión pública diaria del fenómeno inmigratorio. Resultados más que decepcionantes si se tiene en cuenta que ya no vale ampararse en la justificación del carácter nuevo y súbito de la inmigración en España, pues ya se contaba con la experiencia de más de una década de fenómeno inmigratorio².

El presente trabajo tiene por objeto, principalmente, la descripción, explicación y valoración de este proceso legislativo y el análisis de sus resultados, y, complementariamente, abocetar un panorama general de las líneas de la política de inmigración en el momento actual español. Este

² También se manifiesta en términos muy críticos del proceso legislativo, ESPUGLES MOTA, J.: «Justificaciones para una reforma», en ESPUGLES Y DE LORENZO, *op. cit.*, pp. 19-24.

artículo aparece en continuidad con otros trabajos publicados anteriormente en *Migraciones*³ y, si bien puede leerse con independencia de ellos, en ciertos puntos se remitirá a los mismos para un desarrollo pausado de las cuestiones apuntadas, evitando así repeticiones innecesarias.

2. LA «HISTORIA» DE LA LEY ORGÁNICA 8/2000: UN ENSAYO DE INTERPRETACIÓN

Para poder determinar el significado y alcance de la LO 8/2000 es imprescindible, como es lógico, partir del significado de la LO 4/2000 a la que reforma aquella. Para ello, ha de analizarse, entonces, la situación legal y socio-política que justificó el proceso legislativo conducente a la LO 4/2000.

2.1. La situación previa al inicio del proceso legislativo de la LO 4/2000

La situación anterior a la tramitación legislativa de la LO 4/2000 puede describirse sintéticamente⁴ de la siguiente forma: desde el punto de vista formal del régimen legal, se aprecia un desajuste técnico-jurídico entre la LO 7/1985, pura ley de extranjería, y su Reglamento, aprobado por el RD 155/1996, que, al contemplar el fenómeno inmigratorio, sí contiene disposiciones legales sobre la regulación de los flujos migratorios y la integración social de los inmigran-

³ En concreto, RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M.^a: «Notas sobre el proceso de reforma legislativa en materia de extranjería e inmigración», *Migraciones*, 4, 1998, pp. 275-296; ÍDEM, «La LO 4/2000: historia de un desencuentro y razón de su desenfoco jurídico», *Migraciones*, 7, 2000, pp. 57-88; CHARRO BAENA, P., y RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M.^a: «La Ley Orgánica 4/2000: Análisis técnico-jurídico de sus principales novedades», *Migraciones*, 7, 2000, pp. 7-56.

⁴ Para un desarrollo más pausado, cfr. *La LO 4/2000: historia...*, cit., pp. 72-74.

tes; desde el punto de vista de la gestión pública o ejecución administrativa del marco legal, se aprecia la ineficacia general del mismo en el control de los flujos migratorios como pone de manifiesto la existencia de una recurrente bolsa de extranjeros en situación irregular, ya originaria ya sobrevenidamente, sin que los instrumentos legales y administrativos puedan evitarlo, lo que permite concluir que el régimen legal no es, en general, el idóneo; desde el punto de vista político, al primer Gobierno popular formado en 1996, se le imputa, tanto por sus socios parlamentarios como por la oposición, escasa sensibilidad al fenómeno de la inmigración y se le urge para que adopte una política activa de integración social de los inmigrantes. Constituye éste el contexto en el que diversos grupos parlamentarios presentan individualmente proposiciones de ley con la finalidad de lograr un marco legal favorecedor de la integración social de los inmigrantes, iniciándose el proceso legislativo que condujo a la aprobación de la LO 4/2000.

2.2. La discutida aprobación de la LO 4/2000 y su orientación general

No es necesario ahora referirse a las vicisitudes de la tramitación parlamentaria de la LO 4/2000⁵, basta con destacar, en este momento, el significado político de su aprobación, las líneas generales de su orientación y el juicio de valor sobre su calidad técnica.

Respecto del significado político de la LO 4/2000, su aprobación produce, de forma explícita, la ruptura del consenso básico que las fuerzas políticas han mantenido sobre cómo afrontar, en sus líneas maestras, el fenómeno de la inmigración extranjera en España desde la Proposición no de Ley de 1991⁶. La ruptura del consenso básico

⁵ Un desarrollo completo de la tramitación parlamentaria se ofreció en *La LO 4/2000: historia...*, cit., pp. 75-82.

⁶ Recuérdese que la Proposición no de Ley de 1991 fue aprobada por todos los grupos parlamentarios, excepto la abstención del Grupo

de las fuerzas políticas hace que la política de inmigración —cuestión de Estado— forme parte de la agenda electoral de los partidos políticos, lo que propicia un debate poco sereno y escaso de rigor, que es amplificado por los medios de comunicación social coincidiendo con los preocupantes casos de conflicto social de trasfondo xenófobo y racista (Tarrasa, El Ejido) o el fenómeno de las pateras con su horrorosa secuela de cadáveres.

Para lograr la finalidad primaria de la LO 4/2000 —la integración social de los inmigrantes—, el legislador opta por la máxima equiparación posible entre nacionales y extranjeros en el goce de los derechos, presuponiendo que su reconocimiento (no sólo de los derechos fundamentales, sino también de aquellos sociales que están a la base del Estado del Bienestar) constituye el instrumento básico para la integración; así, se relativiza la situación de irregularidad del extranjero como criterio para excluirle del goce de ciertos derechos, apartándose de lo prescrito en la LO 7/1985 y es normal en el Derecho comparado. Junto a ello, en la regulación del sistema legal de control de los flujos migratorios, basado en la técnica jurídico-administrativa de la autorización (de entrada, de residencia y de trabajo), se recogen las orientaciones siguientes: en primer lugar, se flexibiliza el acceso a la situación de regularidad, contemplando una vía de regularización singular permanente⁷; en segundo lugar, se procura incrementar las garantías y reducir en lo posible el ámbito de discrecionalidad de la autoridad administrativa; finalmente, se dulcifica el régimen sancionador garante de

Federal de IU, y articulaba la política activa de inmigración sobre tres ejes: el control o la regulación de los flujos migratorios, la integración social de los inmigrantes y, en fin, la ayuda al desarrollo de los países de origen de aquéllos.

⁷ Nos referimos al reconocimiento del derecho a la residencia regular desde la residencia de hecho con ciertas condiciones, contemplado en el artículo 29.3 de la LO 4/2000. Un análisis técnico-jurídico de tal precepto se ofrece en *La Ley Orgánica 4/2000: análisis técnico-jurídico...*, cit., pp. 42-44. En el siguiente epígrafe prestaremos especial atención a las modificaciones introducidas al respecto por la LO 8/2000.

su efectividad, excluyendo la expulsión, como sanción *ad hoc* de la extranjería, en los casos de encontrarse en territorio español o trabajar en España sin la pertinente autorización. La apreciación conjunta de las líneas de política legislativa expuestas reflejan que el legislador de la LO 4/2000 pone el énfasis no en las técnicas y mecanismos de control de los flujos migratorios, sino en la remoción de los obstáculos jurídicos que dificultan la integración social de aquellos inmigrantes que se encuentran de hecho en el país, si bien en situación jurídica irregular por no haber obtenido las oportunas autorizaciones administrativas, en el convencimiento de que el sistema de control de los flujos se muestra ineficaz y su gestión genera recurrentemente irregulares.

Sin entrar en el detalle de las innumerables deficiencias técnicas del texto finalmente aprobado y con independencia de las mismas⁸, el marco legal de la extranjería y la inmigración diseñado por la LO 4/2000 es, en general, cuestionable. En primer lugar, según ya apuntamos:

«El método de trabajo seguido en la redacción de la LO 4/2000 —relectura en clave de integración social de los inmigrantes de la LO 7/1985— tampoco ha facilitado su correcto enfoque técnico-jurídico, pues sobre el modelo de una simple y pura ley de extranjería como fue la LO 7/1985 es prácticamente imposible elaborar

⁸ A título de ejemplo, repátese la enumeración ofrecida en *La LO 4/2000: historia...*, cit., pp. 83-84. Para un análisis más detallado de las cuestiones relativas a la integración social de los inmigrantes, cfr. *La Ley Orgánica 4/2000: análisis técnico-jurídico...*, cit., *passim*, con las oportunas referencias a los primeros comentarios doctrinales de la LO 4/2000. Espluges se muestra especialmente crítico: «Una ley que combinaba la buena intención de sus planteamientos —buscaba alcanzar los máximos niveles de equiparación entre los españoles y los extranjeros, facilitando la plena integración de estos últimos en la sociedad española— con unas soluciones mal resueltas desde un punto de vista técnico-jurídico, por no decir, en ocasiones, mal redactadas sin más» (*op. cit.*, p. 20), y más adelante: «Años de trabajo parlamentario culminaron en la aprobación de un texto legal insatisfactorio en el que el voluntarismo y la buena intención envolvían una pésima técnica jurídica, impropia de una (*sic*) país desarrollado» (*op. cit.*, p. 24).

una ley de inmigración que promueva la integración social de los inmigrantes, con unos mínimos de calidad y coherencia jurídicas»⁹.

En efecto, la relación o conexión entre extranjería e inmigración no está lograda. Si bien el legislador es consciente de que extranjería e inmigración no coinciden (dado que hay extranjeros que, en modo alguno, pueden considerarse inmigrantes), no extrae de ello las debidas consecuencias en orden a la delimitación del ámbito de aplicación de las previsiones legales sobre la integración social de los inmigrantes, que lógicamente deben circunscribirse a aquellos de quienes se puede predicar la condición social de emigrante. Señaladamente nos referimos a la regulación de los derechos sociales, contenida en el Título I, en los que no se precisa convenientemente quiénes han de ser sus destinatarios, pues se reconocen de forma indiferenciada a extranjeros de toda condición, pudiendo resultar de ello una extensión indebida de tales previsiones legales (por ejemplo, respecto del derecho a la asistencia sanitaria, cabría plantear su aplicabilidad a los turistas o a los jubilados afincados a lo largo de las costas españolas); la cuestión queda agravada, porque en la regulación legal de muchos derechos se prescinde de la situación de regularidad como presupuesto de su reconocimiento y la adopción de la inscripción en el Padrón Municipal como presupuesto sustitutivo no parece suficiente como criterio delimitador del círculo de destinatarios de tales previsiones legales, con independencia de que contradice las últimas modificaciones legales en materia de empadronamiento y obvia las limitaciones de las administraciones locales para garantizar que el empadronamiento se corresponda con un real arraigo del extranjero¹⁰.

En segundo lugar, la posibilidad del acceso a la regularidad desde la residencia de hecho en los términos del

⁹ La LO 4/2000: historia..., cit., p. 57.

¹⁰ Cfr., para un tratamiento *in extenso* de la regulación de los derechos, La Ley Orgánica 4/2000: análisis técnico-jurídico..., cit., pp. 31-40.

artículo 29.3¹¹, en combinación con la exclusión de la expulsión como sanción aplicable en las situaciones de irregularidad, ponen en cuestión el entero régimen legal de control de los flujos migratorios, al ofrecerse fácilmente permeable ya no sólo desde el punto de vista material por la ineficacia general manifestada en la gestión del sistema de control administrativo erigido, sino también desde el punto de vista formal, habida cuenta las técnicas jurídicas instrumentadas que facilitan evitar los sistemas de control *ab initio*.

Por todo ello, es dudosa la viabilidad a medio plazo de un régimen legal como el resultante de la LO 4/2000, según ya tuvimos ocasión de expresar¹². Sin embargo, los avatares del juego político no han permitido contrastar con la realidad el anterior augurio, pues se ha procedido a su reforma antes de cumplir el año de vigencia.

2.3. Hacia la reforma de la LO 4/2000

La aprobación de la LO 4/2000 supone una derrota bastante ignominiosa para el Gobierno del Partido Popular. Ello motiva que su portavoz en el Congreso anunciara, en la misma sesión parlamentaria de su aprobación, la intención de reformarla cuanto antes. La mayoría absoluta obtenida por el Partido Popular en las elecciones de marzo de 2000 facilita la consecución de la reforma, cuyo anuncio fue confirmado en el discurso de investidura. Así, en septiembre de 2000 el Gobierno remite a las Cortes Generales el Proyecto de Ley de reforma de la Ley Orgánica 4/2000¹³. Tramitado también por el procedimiento de urgencia se aprueba como Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre¹⁴.

¹¹ Vid. nota 7.

¹² Cfr. *La LO 4/2000: historia...*, cit., p. 88.

¹³ *BOCG*. Congreso de los Diputados. Serie A. VII Legislatura, núm. 12-1, de 11 de septiembre de 2000.

¹⁴ *BOE* de 23 de diciembre de 2000.

No es necesario detenerse aquí en los detalles de cómo se ha desarrollado el proceso legislativo, basta con indicar que todo él ha aparecido marcado por la precipitación, como ponen de manifiesto significativamente el que ya en la preparación del Proyecto de Ley se omitiera inicialmente el informe preceptivo del Consejo General del Poder Judicial y la propia tramitación de urgencia en las Cámaras legislativas. Se da, entonces, la impresión de que se pretende rectificar sin más la LO 4/2000 como adelantó el Sr. Grandes, portavoz del Grupo Popular, en la sesión de su aprobación: «... se empecinan en hacer una ley viciada por graves errores, cuya rectificación resultaría ineludible a corto plazo»¹⁵. Esta impresión de precipitación se confirma, porque se acomete la reforma en pleno rodaje de funcionamiento de la recién creada Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración y antes de la elaboración del prometido Plan Global de Política de inmigración. En fin, el proceso parece marcado por la pura improvisación.

Las razones esgrimidas en la Exposición de Motivos de la LO 8/2000 para proceder a la reforma no resultan convincentes¹⁶. En primer lugar, se refiere a que se han detectado «durante su vigencia aspectos en los que la realidad del fenómeno inmigratorio supera las previsiones de la norma», lo cual resulta poco creíble, atendiendo al escaso tiempo de vigencia de la LO 4/2000, más aún teniendo en cuenta que su aplicación se ha efectuado apoyándose en el

¹⁵ *Diario de Sesiones*. Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. VI Legislatura, núm. 283, de 22 de diciembre de 1999, p. 15268.

¹⁶ En el mismo sentido, ESPLUGES, *op. cit.*, pp. 20-24, donde se recogen testimonios de algunos de los numerosos informes que se emitieron sobre la oportunidad o/y justificación de la reforma; en concreto: «Opinión de Jueces para la Democracia en relación con la *Contrarreforma de la Ley 4/2000*», «Informe del Consejo Orgánico del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica 4/2000 (...) de 26 de junio de 2000», «Observaciones de Cáritas española a propósito de la propuesta de modificación de la LO 4/200...», «Posición ante la reforma de la LO 4/2000 de CEAR».

RD 155/1996, reglamento de la anterior LO 7/1985, sin que se llegara a redactar su propio reglamento¹⁷.

En segundo lugar, se achaca al texto reformado poca conformidad con los compromisos internacionales suscritos por España en el ámbito de la Unión Europea; así, se afirma: «Nuestra normativa debe ser conforme con los compromisos asumidos por España, concretamente, con las conclusiones adoptadas por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea los días 16 y 17 de octubre de 1999 en Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia». Tampoco este argumento es contundente porque, si bien se prevé la necesidad de desarrollar políticas comunes en materia de inmigración y asilo, en realidad se hacen declaraciones generales que permiten flexibilidad en su concreción y son fundamentalmente indicativas, todavía no normativas¹⁸.

¹⁷ Subyace aquí la imputación a la LO 4/2000 de que origina un denominado *efecto llamada* de extranjeros por su generosidad. Obviando la discusión teórica sobre la causalidad en los procesos sociales, el supuesto efecto llamada habría de justificarse con los datos disponibles (limitados e incompletos) y valorando también la influencia de otros factores causantes de los flujos (expansión económica, recurrentes crisis en los países de origen). Si se ha podido apreciar un incremento de los flujos, su explicación más natural se encuentra en las expectativas que crea el cambio que aparece como favorable y, sobre todo, por ir aparejado de un proceso de regularización extraordinaria. Por tanto, sólo después de un tiempo prudencial de vigencia de la ley, podría hablarse con propiedad del efecto llamada de confirmarse los datos sobre el incremento de los flujos. En el mismo sentido, cfr. *Observaciones de Cáritas...*, cit., núm. 9.

¹⁸ En efecto, el punto 3 de las Conclusiones menciona expresamente que «la Unión ha de desarrollar políticas comunes en materia de asilo e inmigración, teniendo en cuenta al mismo tiempo la necesidad de llevar a cabo un control coherente de las fronteras exteriores para poner fin a la inmigración ilegal y para luchar contra quienes la organizan y cometen delitos internacionales conexos. Los principios en los que deben basarse estas políticas han de ser claros para nuestros propios ciudadanos y, además, han de ofrecer garantías a las personas que busquen protección en la Unión Europea o traten de entrar en ella»

Por otro lado, el evidente carácter reactivo de la reforma ha suscitado un intenso debate tanto entre las fuerzas políticas como en la opinión pública. Si bien en sede parlamentaria fue revisado el texto remitido por el Gobierno, admitiéndose numerosas enmiendas transaccionales, lo cierto es que no llegó a restablecerse el consenso político y, según se ha visto, todavía no se ha recompuesto. El enquistamiento de las posiciones políticas de las fuerzas parlamentarias se ha trasladado, en gran medida, a la opinión pública, dando lugar a una polarización de las posiciones sobre el modo de afrontar los retos de la inmigración en el que no parece predominen las posturas equilibradas ni la serenidad debida.

Además, la variabilidad del marco legal, aparte de consumir muchas energías de los responsables a todos los niveles de las políticas de inmigración, ha dificultado la gestión ordinaria del sistema legal de control de los flujos migratorios y la materialización de las medidas de integración social, produciéndose una acumulación y agudización de los problemas que se venían arrastrando (creciente bolsa de irregulares, situaciones de gran precariedad social por la deficiente cobertura de necesidades sociales básicas: vivienda, sanidad, educación...). Aunque luego volveremos sobre la cuestión, ha de tenerse en cuenta que el marco legal no es condición suficiente para un trata-

(*Conclusiones de la Presidencia*, Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, SN 200/99, ES, p. 4). Más adelante se establecen las bases para acometer esta tarea: se parte del firme compromiso de garantizar la libertad, en la que se incluye el derecho a circular libremente por toda la Unión sin ser patrimonio de los nacionales de los países miembros (cfr. punto 3) y se definen los siguientes elementos: colaboración con los países de origen, un trato justo de los nacionales de terceros países y la gestión de los flujos migratorios (cfr. puntos 10-27). Por ejemplo, se concreta así el principio del trato justo: «La Unión Europea debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus Estados miembros. Una política de integración más decidida debería encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como a fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia» (núm. 18).

miento correcto del fenómeno de la inmigración, es preciso complementarlo con una aplicación (gestión) adecuada del mismo y un plan de políticas públicas que aporten los medios y cauces necesarios par el cumplimiento de los objetivos previstos. En este sentido, la discusión sobre la ley ha implicado un descuido de los problemas concretos y cotidianos.

Por todo lo expuesto, ha de concluirse que el panorama después del proceso legislativo es completamente desalentador, porque, entre otras cosas —según se verá en el siguiente epígrafe— la LO 8/2000 resultante tampoco es una ley de calidad, sino un parcheo, con distinta orientación de la original, de la LO 4/2000, que ya hemos calificado de técnicamente deficiente. Se confirma así, desgraciadamente, el vaticinio que nos atrevimos a hacer en los primeros compases del proceso legislativo, sobre la falta de madurez para acometer la reforma de la regulación legal de la inmigración con suficientes garantías de éxito¹⁹.

En fin, una vez ya aprobada la LO 4/2000, probablemente hubiera sido más oportuno, en vez de proceder a su reforma de inmediato, haber procedido en la línea apuntada por Caritas española en su manifiesto a propósito de la reforma, del que no me resisto a transcribir unos párrafos que comparto plenamente:

«Respecto de la oportunidad, es posible que la reforma de la LO 4/2000 sea tarde o temprano inevita-

¹⁹ «Quien esto suscribe manifiesta su escepticismo por los resultados que pueden alcanzarse en el proceso legislativo iniciado, es más, preocupación de que al final prevalezcan algunos criterios subyacentes a las enmiendas formuladas por el Grupo Popular. Constituiría un sarcasmo que un proceso iniciado con la elogiabile finalidad de procurar una mayor integración de los inmigrantes, terminara con una agudización de las medidas de policía. Ello me hace pensar, parafraseando a Savigny, que no se ha alcanzado actualmente la madurez política, jurídica y técnica para acometer tal reforma y quizás hubiera sido más oportuno implementar todas las posibilidades del marco legal vigente, en especial del Reglamento 155/96, y modernizar las estructuras administrativas que gestionan la materia» (*Notas sobre el proceso de reforma legislativa...*, cit., p. 291).

ble, dadas sus deficiencias técnicas o las dificultades prácticas del régimen legal en lo que respecta al tratamiento de la irregularidad, pues, de un lado, mantiene un sistema de control de los flujos (que en la práctica ya se ha mostrado más bien ineficaz) y, de otro, relaja los efectos sancionadores o desfavorables por infringir el mismo sistema de control (lo que refuerza su descrédito). Sin embargo, es mucho más dudosa la necesidad inevitable de acometer la reforma en estos momentos, sin dejar que se manifiesten (o prueben) los defectos y virtudes de la LO 4/2000 en su aplicación ordinaria, mediante el correspondiente Reglamento (...)

Por otra parte, el proceso de reforma propuesto abre un *impasse* en la aplicación y ejecución del régimen legal común de extranjería introducido por la LO 4/2000 al implicar la paralización y consiguiente retraso en la elaboración de su Reglamento (...) Una legislación tan difícil de elaborar y de tanta transcendencia jurídico-social como es la de extranjería e inmigración no merece que por tercera vez en la democracia española se lleve a cabo deprisa y corriendo. Parece preferible una evolución reflexiva que una nueva y brusca ruptura.

Un buen Reglamento puede afinar y aquilatar el conjunto de previsiones legales y técnicas jurídicas relativas a la materia de la LO 4/2000, logrando superar las deficiencias técnicas de la misma (...)

Mientras tanto se trataría de recuperar el consenso entre las fuerzas políticas, con la participación de los distintos grupos y agentes sociales (sindicatos, organizaciones empresariales, organizaciones no gubernamentales, propios inmigrantes, etc.) en el rediseño de una política con mayúsculas como corresponde a una cuestión de Estado como la que nos ocupa, atinente a los derechos humanos y de tan honda significación en la construcción y vertebración de la sociedad (...) También habría de procederse —aquí sí con justificada urgencia— a la mejora de la estructura administrativa gestora de la materia, que hasta la fecha se ha mostrado muy deficiente (no sólo en tiempo, sino tam-

bién en falta de criterios flexibles y adaptados a las mudables y diferentes condiciones sociales). Esta deficiente gestión es causa principal de la ineficacia relativa del sistema de control de flujos, al que antes hemos aludido»²⁰.

3. ORIENTACIÓN GENERAL Y ASPECTOS RELEVANTES DE LA LEY ORGÁNICA 8/2000

3.1. La orientación general de la LO 8/2000

La Exposición de Motivos de la LO 8/2000 hace referencia a dos directrices generales que orientan la reforma que se introduce. En primer lugar, se considera la respuesta legal al fenómeno de la inmigración como hecho estructural, que afecta a España como país de inmigración y como país de tránsito hacia los otros Estados europeos²¹. En segundo lugar, se pretende un tratamiento global de la inmigración, que conjugue armónicamente los diversos aspectos implicados en el mismo²². Con independencia de que la crítica implícita a la LO 4/2000 sea justa, la LO 8/2000 procede a una revisión completa de su articulado, que supone un cambio en la orientación general de la regulación legal.

En efecto, respecto de la revisión del articulado, los datos cuantitativos resultan inequívocos: de los 63 artículos de la LO 4/2000, sólo 10 conservan intacta su redacción; además, se adicionan ocho artículos nuevos, si

²⁰ *Observaciones de Cáritas...*, cit., núm. 9.

²¹ Cfr. apartado I de la Exposición de Motivos de la LO 8/2000.

²² «... esta normativa forma parte de un planteamiento global y coordinado en el tratamiento del fenómeno migratorio en España, que contempla desde una visión amplia todos los aspectos vinculados al mismo, y, por ello, no sólo desde una única perspectiva, como pueda ser la del control de los flujos, la de la integración de los residentes extranjeros, o la del codesarrollo de los países de origen, sino todas ellas conjuntamente» (ídem).

bien uno original es suprimido. A título de ejemplo, se introducen profundos cambios en la regulación de las siguientes cuestiones: derecho a la reagrupación familiar, visado, acceso a la residencia temporal desde la de hecho, régimen de los estudiantes, permiso de trabajo por cuenta propia, tasas por autorizaciones, calificación de la gravedad de las infracciones y supuestos de expulsión. Se introduce un procedimiento preferente para la tramitación de los expedientes de expulsión en ciertos casos, nuevas obligaciones e infracciones de los transportistas y medidas adicionales contra los que fomentan el tráfico ilegal de extranjeros.

Las modificaciones introducidas trascienden el puro perfeccionamiento técnico del texto legal; dado su carácter generalmente restrictivo, se pone de manifiesto un cambio de orientación general de la regulación legal en el sentido de que se procura la regulación de los flujos migratorios mediante el refuerzo intenso del sistema legal erigido para su control. La integración social de los inmigrantes, objeto de atención preferente de la LO 4/2000, queda en un segundo plano en la reforma y, además, atendiendo a la Exposición de Motivos de la LO 8/2000, circunscrita a los «residentes extranjeros»²³. De ello se resulta que en la regulación del fenómeno inmigratorio el legislador reformador pone el principal énfasis en el sistema de autorizaciones administrativas que son exigidas a los extranjeros.

En este trabajo no interesa hacer un análisis técnico-jurídico pormenorizado de las modificaciones introducidas, cuyo alcance concreto sólo va a poder ser determinado cuando se concluya el Reglamento de desarrollo de la Ley, basta aquí con la exposición de cuatro cuestiones relevantes, que ilustran lo afirmado hasta ahora.

²³ Vid. nota anterior.

3.2. El debilitamiento del principio general de equiparación entre los españoles y los extranjeros

En la LO 4/2000, el artículo 3.1²⁴, atendiendo a la interpretación que de él hemos hecho²⁵, recogía explícitamente el principio de equiparación entre españoles y extranjeros con fuerte intensidad (la rúbrica del artículo era rotunda: igualdad con los españoles) y expansiva potencialidad, que alcanzaba no sólo a los derechos recogidos en el Título I de la CE, sino también a las garantías del administrado. Provocaba, por si mismo, la desaparición de todas aquellas previsiones de discriminación que afectaran a los extranjeros y dejaba establecido hacia el futuro que sólo por Ley Orgánica podrían introducirse nuevas discriminaciones. En definitiva, de una norma con tal significado, se desprende que al extranjero se le aplicarán las mismas normas que a los españoles, recibiendo el mismo trato jurídico que éstos, salvo cuando una norma de rango suficiente lo excluya, por existir fundamento para ello derivado de la propia condición de la nacionalidad.

En la LO 8/2000, el artículo 3.1²⁶ recibe una nueva redacción en el que el principio de equiparación queda debilitado, pues se condiciona, además de a lo establecido en la propia LO a lo establecido en los Tratados internacionales.

²⁴ Su tenor: «Artículo 3. Igualdad con los españoles e interpretación de las normas: 1. Los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica.»

²⁵ Para un análisis *in extenso*, *La Ley Orgánica 4/2000: análisis técnico-jurídico...*, cit., pp. 26-31.

²⁶ Su tenor: «Artículo 3. Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas: 1. 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 regulan 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.»

les y las leyes reguladoras de cada derecho, lo cual significa que cabe que existan normas discriminatorias de los extranjeros a lo largo y ancho de todo el ordenamiento jurídico, siempre que respeten los términos del artículo 13.1 de la CE, según es interpretado por el Tribunal Constitucional²⁷. En la redacción original, sin embargo, la equiparación era exclusivamente condicionada por la propia LO que venía a ser, junto a la CE, la única fuente de discriminación admisible. La finalidad reformadora de la LO 8/2000 parece clara: evitar la interpretación radical de la equiparación que propiciaba el texto original y dejar la posibilidad de modalizar el ejercicio y, en su caso, la titularidad de los derechos de los extranjeros al legislador ordinario²⁸.

3.3. La menos generosa regulación de los derechos. En particular, la reunificación familiar

En la redacción original del capítulo I del Título I de la LO 4/2000, que aborda la regulación general de los derecho y libertades de los extranjeros, cabía apreciar cuatro principios: primero, respeto a los límites constitucionales

²⁷ En síntesis, recuérdese que el Tribunal Constitucional establece una clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros, según la cual no es posible la discriminación en los derechos que son inherentes al ser humano, sí es posible la discriminación en los otros derechos (si bien respecto de los derechos del Título I la modalización de su ejercicio por los extranjeros será acorde con la naturaleza de los mismos) y, finalmente, respecto de ciertos derechos políticos no cabe siquiera la equiparación por estar reservados a los españoles (SsTC 107/1984, 99/1985, 115/1987); bien es cierto que la jurisprudencia constitucional ha evolucionado en el sentido de ser más matizada en la admisión de la desigualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales (SsTC 94/1993, 242/1994, 95/2000); sobre esta evolución, BALAGUER CALLEJÓN, F.: «Comentario al artículo 3», en MOYA ESCUDERO, *op. cit.*, pp. 477-479.

²⁸ Haciéndose eco de la línea limitativa, cfr. GARCÍA COSO, E.: «Comentario artículo 3», en CAMPO CABAL, *op. cit.*, pp. 58 y ss.; ESPUGLES, *op. cit.*, pp. 43-48, llama la atención de que el texto reformado vuelve a la regulación de la LO 7/1985.

a la equiparación de ciertos derechos políticos entre españoles y extranjeros; segundo, el antes visto principio de equiparación de trato jurídico entre los mismos; tercero, la relativización de la irregularidad del extranjero como criterio para excluirle de la titularidad de ciertos derechos; cuarto, la adopción de la inscripción en el Padrón Municipal como presupuesto del reconocimiento de ciertos derechos para los irregulares, pudiéndose dividir a éstos entre empadronados y no empadronados²⁹.

El alcance reformador de la LO 8/2000 se concreta en volver a reforzar la irregularidad como presupuesto para el goce o/y titularidad de los derechos y en suprimir, salvo algún olvido, la inscripción en el Padrón Municipal como presupuesto del reconocimiento de ciertos derechos. Lo primero se manifiesta en la regulación de las libertades de reunión y manifestación (art. 7.1), libertad (*sic*) de asociación (art. 8), derecho de educación no obligatoria (art. 9.3), derecho al trabajo y a la Seguridad Social (corrige los términos vagos de la redacción original) y el acceso al empleo público laboral (art. 10), libertad de sindicación y derecho de huelga (art. 11), derecho a ayudas en materia de viviendas (art. 13), derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 22). Las referencias a la inscripción en el Padrón Municipal se suprimen en el artículo 13 —ayudas en materia de viviendas—, artículo 22 —asistencia jurídica gratuita— y en el antiguo artículo 29.3 como requisito de la regularización singular permanente; sin embargo, se han mantenido las referencias al empadronamiento en los artículo 6 —participación en la vida pública municipal— y el artículo 12 —derecho a la asistencia sanitaria—. No es necesario abundar en el significado restrictivo de tales cambios.

La Ley 8/2000 ha sido objeto de diversos recursos de inconstitucionalidad (del PSOE, de las Asambleas legislativas de las Islas Baleares, Aragón y País Vasco). Entre las cuestiones impugnadas, ha de citarse el vincular a la regu-

²⁹ Cfr. *La Ley Orgánica 4/2000: análisis técnico-jurídico...*, cit., pp. 32-34.

laridad el ejercicio de las libertades de manifestación y reunión, derecho de asociación, derechos de sindicación y huelga y derecho a la asistencia jurídica gratuita como parte del derecho a la tutela judicial efectiva. A pesar de la evolución de la jurisprudencia constitucional al respecto³⁰, no es previsible que los recursos sean acogidos en lo que respecta a estos extremos, dados los términos del pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el recurso presentado contra la LO 7/1985 (STC 155/1987).

Singular atención merece, sin embargo, la nueva regulación del derecho a la reagrupación familiar. En primer lugar, se aclara definitivamente que este derecho corresponde al reagrupante en la nueva redacción del artículo 16.2. En segundo lugar, se añade la posibilidad de requerir reglamentariamente un tiempo de convivencia en España para que los reagrupados no vean afectada su residencia por la ruptura del vínculo matrimonial. En tercer lugar, la reducción de casos de personas reagrupables (se suprimen a los otros familiares por razón humanitaria y los familiares extranjeros de los españoles que no les fuera aplicable la normativa comunitaria. En cuarto lugar, el incremento de la regulación al introducirse dos artículos nuevos: uno, sobre el procedimiento, otro sobre la obtención de permisos de residencia independientes a los reagrupados, cuya finalidad primordial es fijar las condiciones básicas de ejercicio y desenvolvimiento del derecho a la reagrupación familiar para evitar que el Reglamento impusiera condiciones más gravosas. Con todo, la nueva regulación no ha revisado el artículo 16.1 de dudosa constitucionalidad³¹, pues parece circunscribir el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar a los extranjeros residentes; además de incurrir en alguna repetición innecesaria³².

³⁰ Vid. nota 28.

³¹ Cfr. *La Ley Orgánica 4/2000: análisis técnico-jurídico...*, cit., p. 41, nota 22.

³² Para un comentario completo del derecho a la reagrupación familiar, vid. MOYA, *op. cit.*, pp. 673-707.

3.4. Las vías de acceso a la regularidad desde la residencia de hecho

La LO 4/2000, en su artículo 29.3³³, añadía un supuesto novísimo para el acceso a la situación de residencia temporal, consistente en el reconocimiento de un derecho a la residencia regular desde una residencia fáctica o de hecho, como vía alternativa al sistema legal ordinario de control de extranjería, cual es el visado; la idea subyacente parecía ser que determinadas circunstancias —dos años de estancia ininterrumpida en territorio español, estar empadronado, tener medios económicos suficientes— manifiestan un *arraigo* del extranjero en España de tal naturaleza que le hace *merecedor* de la residencia legal³⁴.

La LO 8/2000 no ha dudado en suprimir este supuesto, porque su configuración como derecho subjetivo abría una vía para eludir el principal instrumento legal de control de los flujos migratorios, cual es el visado. Ha sido sustituido por los actuales números 3 y 4 del artículo 31, en el que se prevé el acceso a la residencia legal temporal, atendiendo a las condiciones que se determinen reglamentariamente, en los siguientes supuestos: quienes hubieran obtenido permiso de residencia temporal y no lo hubieran podido renovar; quienes acrediten una permanencia en territorio español durante un período mínimo de cinco años, cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo³⁵.

³³ Su tenor era: «Igualmente podrá acceder a la situación de residencia temporal el extranjero que acredite una estancia ininterrumpida de dos años en territorio español, figure empadronado en un municipio en el momento en que formule la petición y cuente con medios económicos para atender a su subsistencia.»

³⁴ Sobre el significado y alcance del supuesto previsto, cfr. *La LO 4/2000: historia...*, cit., pp. 87-88; para su análisis técnico, cfr. *La Ley Orgánica 4/2000: análisis técnico-jurídico...*, cit., pp. 42-44, y allí referencias.

³⁵ Sin embargo, AGUELO NAVARRO, P., y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: «Comentario artículo 31», en CAMPO CABAL, *op. cit.*, pp. 237-239, distinguen las hipótesis que nosotros hemos agrupado.

Téngase en cuenta que esta es una de las modificaciones más ilustrativas de la nueva orientación general de la LO; con ella se pretende reforzar el control de los flujos y combatir el denominado efecto llamada *provocado por la facilidad de obtener papeles en España*. Ahora bien, si persiste la ineficacia del sistema legal de control de flujos como ha ocurrido hasta ahora y se dificulta el acceso a la irregularidad, puede preverse que el resultado de la reforma legal será el aumento del número de irregulares, salvo que se mejore sustancialmente la gestión de todo el entramado legal de la extranjería y permita una mejor acomodación de los flujos migratorios a la capacidad real de absorción del país. Por ello, será de muy importante como se concreten reglamentariamente estas disposiciones legales, en especial el concepto de arraigo.

3.5. La mayor severidad del régimen sancionador

Esta mayor severidad se manifiesta en los siguientes extremos: en primer lugar, en la agravación general de los supuestos más comunes de infracciones.

En segundo lugar, en la ampliación de los supuestos en que la infracción puede ser sancionada con la expulsión, señaladamente el encontrarse irregularmente en territorio español en los términos del artículo 53.a) y el encontrarse trabajando en España sin permiso de trabajo, cuando no cuente con autorización de residencia válida [art. 53.b)].

En tercer lugar, la previsión de un procedimiento preferente para tramitar los expedientes de expulsión (arts. 63 y 64), que pretende dotar de mayor eficacia al régimen sancionador de la extranjería; en este sentido ha de destacarse que el citado procedimiento preferente es aplicable, entre otras, a la infracción grave de encontrarse irregularmente en territorio español, salvo que el extranjero haya acreditado que ha solicitado con anterioridad permiso de residencia temporal por causa de arraigo; el pro-

cedimiento preferente puede considerarse otra de las modificaciones introducidas por la LO 8/2000, que reflejan más abiertamente la nueva orientación del régimen legal.

En cuarto lugar, se prevén nuevas consecuencias de carácter sancionador para las infracciones de tráfico ilegal de inmigrantes y contratación de trabajadores extranjeros sin el oportuno permiso, como son, respectivamente, el decomiso de los medios materiales empleados para su comisión y la clausura del local o establecimiento de que se trate. En fin, se contemplan obligaciones e infracciones de los transportistas. Así, se procura que el endurecimiento del régimen sancionador no recaiga exclusivamente sobre el extranjero irregular, sino en todos los intervinientes, que se lucran con los flujos irregulares de inmigrantes.

3.6. Primera valoración técnica

La reforma de la LO 4/2000 por la LO 8/2000 no merece en principio un juicio positivo. Si bien ha de reconocerse que solventa muchas de sus deficiencias, no resuelve otras (por ejemplo, la regulación poco matizada del derecho a la asistencia sanitaria del artículo 12, la declaración sobre el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar del artículo 16.1, las autorizaciones para trabajar de los empleadores del artículo 36.3 actual, correspondiente al 33 original, etc.) e introduce otras tantas (por ejemplo, las repeticiones innecesarias ya apuntadas en la regulación del derecho a la reagrupación familiar; el conjunto de previsiones sobre los transportistas introducidas en el Título III, en el que se recogen entremezcladas obligaciones, incumplimiento de obligaciones, infracciones, sanciones y medidas cautelares).

Más importante aún, si se ha dicho que la LO 4/2000 adolece de un correcto enfoque técnico-jurídico por no articular suficientemente la extranjería con la inmigración, no es posible que la reforma corrija tal deficiencia si se ha

realizado mediante una revisión artículo por artículo del texto original desenfocado, cambiando la orientación de la regulación al poner el énfasis en el control de los flujos³⁶.

Para una reforma de tanto calado como la que incorpora la LO 8/2000, hubiera sido preferible redactar una Ley con una sistemática enteramente nueva, siguiendo el ejemplo de la ley italiana, cuya primera parte se dedica a la extranjería y la segunda, a la integración social de los inmigrantes.

4. EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN Y LAS PERSPECTIVAS DE FUTURO. APUNTE FINAL

4.1. La situación final

Al final del epígrafe 2 de este trabajo, adelantamos que el panorama de la inmigración en España después del proceso legislativo es completamente desalentador. Podemos ahora resumir los datos expuestos de la siguiente manera: primero, la Ley resultante del proceso no merece un juicio positivo por el desenfoco de su punto de partida y por ser fruto de dos impulsos legislativos sucesivos con orientaciones diversas que no se concilian suficientemente en el texto final, dando lugar a desarmonías o deficiencias técnicas; segundo, se ha roto el consenso básico de las fuerzas políticas sobre cómo afrontar la cuestión de la inmigración, generando una agria confrontación con reflejo amplificado en la opinión pública; tercero, durante el proceso legislativo, la aplicación o gestión del sistema de control de los flujos se ha visto profundamente perturbada por el cuestionamiento sobre el mismo que el cambio legislativo implica, por las lógicas dificultades de adaptación de las administraciones públicas a la nueva normativa y por las

³⁶ En parecidos términos ESPLUGUES, *op. cit.*, p. 24.

medidas de excepción que suelen acompañar a la transición de las leyes en la extranjería; cuarto, no ha de olvidarse que el fenómeno de la inmigración no sólo se aborda con leyes, sino también con un conjunto de políticas ejecutadas por los poderes públicos que canalizan las acciones favorecedoras de la integración social de los inmigrantes y el proceso legislativo ha paralizado en parte la instrumentación coherente de las mismas.

Si atendemos a las siete condiciones propuestas por el sociólogo del Derecho Evan³⁷ para evaluar la efectividad social que pueda tener una acción legal, aplicándolas al proceso legislativo de las Leyes Orgánicas 4/2000 y 8/2000, tampoco el resultado es muy esperanzador. En efecto, en relación a la primera —el poder creador de la ley debe estar dotado de autoridad y prestigio—, el apresurado cambio legal y el ácido debate sobre el mismo no ha reforzado la fama del legislador, con independencia de que esté muy extendida en España la percepción del Derecho como una imposición del partido político que manda, i.e., el mayoritario que ostenta también las responsabilidades ejecutivas. Respecto de la segunda —la racionalidad de la nueva ley debe ser compatible con los principios culturales y jurídicos establecidos—, aparte de las críticas que se le pueda hacer a la Ley desde una teoría de los derechos humanos, la orientación final de la Ley hacia la pura eficiencia en el control de los flujos lleva a disminuir las garantías jurídicas que son pieza fundamental del Estado de Derecho (como, por ejemplo, cuando se introduce el procedimiento preferente de expulsión). Respecto de la tercera condición —la nueva ley ha de establecer modelos pragmáticos de conformidad—, en relación con el control de los flujos, la LO 4/2000 resultaba tan pragmática que prácticamente no

³⁷ Evan las formuló para analizar el Derecho americano sobre relaciones sociales y determinar su efectividad para cambiar las conductas y actitudes de forma efectiva (EVAN, *op. cit.*, pp. 554-562). Para una exposición general sobre la relación entre Derecho y cambio social, cfr. COTTERRELL, *op. cit.*, pp. 53-69.

ofrecía tales modelos de conformidad, en cambio en la LO 8/2000 los modelos de conformidad se refuerzan, pero pueden quedar en puro voluntarismo si su aplicación no se acomoda a la mudable realidad social. Atendiendo a la cuarta condición —el tiempo de transición para la vigencia plena de la nueva ley debe ser lo más corto posible—, es evidente el mal uso del factor tiempo durante todo el proceso legislativo que contemplamos; la dilatación en el tiempo de la reforma conlleva una cierta parálisis de la gestión del entero sistema legal que, junto a las expectativas creadas por la reforma en sí y por el proceso excepcional de regularización que lleva aparejado, ha acentuado los desajustes entre el orden jurídico y la realidad social. En relación a la quinta condición —las administraciones públicas ejecutoras de la nueva legalidad deben comprometerse con su aplicación—, no es necesario llamar la atención de las dificultades de todo tipo que se ofrecen a nivel de gestión y ejecución de la ley (funcionamiento autónomo de algunos centros directivos, escasez de medios, falta de coordinación entre los distintos niveles administrativos, etc.). Finalmente, respecto de las dos últimas condiciones —conjugación equilibrada de las medidas positivas y las sanciones para lograr la conformidad social y establecimiento de un sistema de protección efectivo de los derechos de quienes pueden ser perjudicados por el incumplimiento de la ley—, la LO 8/2000, según se ha visto, ha depositado su confianza principalmente en la potestad sancionadora para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales, lo cual resulta bastante parcial. Este rápido repaso que el lector lo podría completar por sí mismo, prueba que las Leyes Orgánicas 4/2000 y 8/2000 se muestran problemáticas para todas las condiciones consideradas por Evan.

En fin, el proceso legislativo ha supuesto un empeoramiento de la situación general de la inmigración en España, pues ha agravado la ineficacia general del sistema de control de los flujos, produciéndose una importante acumulación de irregulares a causa de las expectativas

suscitadas por el cambio legislativo. Además, mientras no se normalice la aplicación de la Ley mediante el correspondiente reglamento, se mantendrá la desorientación general de las administraciones públicas en la gestión del sistema y en la instrumentación de las medidas de integración social requeridas, con lo que prima la improvisación y la descoordinación. Por último, el debate sobre la inmigración en la opinión pública ha perdido el equilibrio y la serenidad.

4.2. Las perspectivas de futuro

El debate social sobre la legislación de inmigración de extranjeros es inevitable y, además, conveniente, pues el modo de afrontar tal fenómeno refleja cómo se conciben la comunidad e identidad propias. Ahora bien, para que el debate sea fructífero, ha de intentar desligarse del debate político coyuntural y, más aún, si éste se hace mediante descalificaciones y con la finalidad aparente de acentuar la separación ideológica con el rival político y ofrecer así al electorado una alternativa diferenciada. Los medios de comunicación social, dados los rasgos estructurales de su labor informativa, intensifican el citado debate político, reforzando las posiciones extremas y la visión del fenómeno como grave problema, lo cual reduce las posibilidades de equilibrio en su abordaje³⁸.

³⁸ Desde 1992, la Fundación CIPIE elabora, con el apoyo del IMSERSO, un informe trimestral sobre el tratamiento que recibe la inmigración y el racismo en los medios de comunicación españoles. La serie de informes desde la segunda mitad del año 1999 ponen de manifiesto claramente el efecto amplificador de las fuertes discrepancias políticas sobre la inmigración. Sobre el papel de los medios en el debate, vid. TORNOS CUBILLO, A.: «La inmigración vista desde la prensa», *Inmigración y racismo*, CIPIE, Informe enero-marzo 2001, pp. 113 y ss. Desde un punto de vista teórico, sobre los obstáculos que ofrecen los medios de comunicación social como fuente de legitimación en una sociedad democrática, resulta interesante el capítulo IV del trabajo de SAAVEDRA, *op. cit.*, pp. 149-167.

Es sintomático de la complejidad de la cuestión, el que las sensibilidades políticas tradicionales inviertan las posiciones polares que usualmente ocupan en el estilo de plantearse los temas políticos y sociales. En efecto, la izquierda radical, inspirada en el universalismo doctrinal de los derechos humanos que pone en cuestión la legitimidad de los sistemas de control de los flujos migratorios por ser contrarios a aquellos, deviene en rabiosamente neoliberal, pues el no control de los flujos lleva a la libre circulación de personas³⁹. A su vez, los liberales, entusiastas defensores de la libre circulación de mercancías y capitales como condición *sine qua non* del mundo rico y feliz, no dejan de poner dificultades a que la libertad de circulación se predique también de las personas, con que se completaría la tríada de los factores productivos, impulsándolos a máxima efectividad⁴⁰.

Es previsible que el debate continúe habida cuenta el carácter estructural de los flujos migratorios, aunque ofrezcan importantes variaciones coyunturales; con todo, es posible que pierda la virulencia que presenta actualmente una vez que la LO 8/2000 se aplique con plena normalidad. La elaboración de una ley con tan especial significado como las LO 8/2000 si es noticia de primera página; la gestión diaria del marco legal deja de tener tal relevancia informativa, salvo en sus más trágicos desajustes.

La LO 8/2000 tiene como orientación básica la regulación y el control de los flujos migratorios para lo cual se refuerzan las técnicas jurídicas que garantizan tal objetivo (o en terminología de la sociología del Derecho que fuerzan la conformidad de las conductas sociales con las previsiones legales) y se prevé dotar de los oportunos medios a las

³⁹ Lo apuntamos por primera vez en *Notas sobre el proceso de reforma legislativa...*, cit., p. 291.

⁴⁰ Buen exponente de ello es el provocador ensayo de SARTORI, *op. cit.*, *passim*, en el que se postula que la sociedad plural debe defenderse de sus enemigos culturales. La publicación del ensayo en España ha suscitado un amplio debate en la prensa escrita durante los últimos meses.

estructuras administrativas gestoras para hacer aquellas técnicas efectivas. Una vez lograda la regulación de los flujos, la integración social de los inmigrantes no se cuestiona y, por ello, la práctica equiparación de derechos de los extranjeros residentes con los nacionales; sin embargo, no se prevé la necesidad de políticas de integración social complementarias al mero reconocimiento de derechos.

Este planteamiento de la LO 8/2000 descansa en la confianza en la eficacia del sistema legal de control de los flujos migratorios, que los antecedentes desmienten. De una parte, no se puede obviar la extraordinaria dificultad de lograr una adecuada gestión del marco legal de la inmigración, que exige conjugar factores diversos y muy variables, algunos de los cuales quedan fuera del alcance de la actuación de las autoridades públicas. A título de ejemplo, pueden citarse:

Primero: La denominada presión migratoria consistente en la existencia de un número mayor de individuos que están dispuestos a trasladarse a España que el que puede ser absorbido en cada momento según las posibilidades socio-económicas de España.

Segundo: La extraordinaria dificultad de controlar las fronteras españolas por la importancia del turismo, las características de la geografía española (ubicación en una encrucijada de continentes, la escasa anchura del estrecho de Gibraltar, la cercanía de las islas Canarias y la situación geográfica de Ceuta y Melilla, cuya economía no soportaría un estricto control de frontera.

Tercero: Con independencia de las necesidades demográficas de España, el inmigrante juega un importante papel económico como factor de flexibilización del mercado de trabajo, en particular, y de la economía, en general, gracias a su movilidad. No debe desconocerse la relación entre inmigración irregular y economía sumergida y la importancia de ésta como lubricante del sistema económico; ahora bien, es necesario mantener una relación aceptable entre la economía regular y la irregular, porque, como aquélla financia el Estado de Bienestar y ésta no, un ele-

vado índice de irregularidad crearía graves desequilibrios financieros del Estado y fuertes desajustes en la asignación de los recursos.

Cuarto: También ha de tenerse en cuenta que España forma parte de la Unión Europea, lo que obliga a atender al cumplimiento de los compromisos adquiridos por España en su seno y las repercusiones que una legislación sobre inmigración extranjera pueda tener en otros Estados de la Unión Europea (y viceversa).

Quinto: La extranjería y la integración social de los inmigrantes es una cuestión transversal a todos los sectores del ordenamiento jurídico y los inmigrantes, con mayor o menor presencia, se encuentran por todo el territorio del Estado; ello supone la concurrencia de las distintas administraciones públicas (central, autonómica, local) y se hace necesario coordinar tanto las competencias que tienen atribuidas, como las actuaciones concretas que pretendan ejecutar, en consecución de la finalidad última pretendida por la LO 8/2000: la integración social de los inmigrantes; no es necesario insistir en la dificultad de la tarea ⁴¹.

Por otra parte, ha de reconocerse que hasta la fecha no se han destinado recursos suficientes (financieros, humanos, organizativos..) para gestionar la materia adecuadamente. El sistema de control de los flujos exige gran flexibilidad y mucha rapidez en la adopción de las resoluciones administrativas oportunas, pues éstas son las que facilitan la canalización de los flujos de trabajadores inmigrantes al lugar en que se oferta trabajo, caracterizado por su volatilidad y dispersión geográfica. La insu-

⁴¹ La LO 8/2000 dedica su Título IV a la coordinación de los poderes públicos en materia de extranjería e inmigración. La cuestión es tan compleja como trascendente a nivel práctico, dado que la extranjería es competencia del Poder central, mientras que las políticas concretas de integración social se producen a nivel de las administraciones locales o, a lo sumo, de la autonómica. Puede verse al respecto, AJA Y ROIG, *Inmigració i comunitats autònomes...*, cit., *passim*.

ficiencia de recursos y la consiguiente lentitud de funcionamiento de la administración pública ha sido uno de los factores determinantes de la ineficacia de todo el marco legal.

Con la perspectiva de estos años, ahora es más fácil relativizar la importancia del marco legal en la partida por la integración de los inmigrantes. Ciertamente una LO técnicamente buena facilita el modo de responder a los retos que la inmigración plantea en España; pero la LO por sí misma no resuelve ningún problema: necesita ser aplicada según apuntamos supra y estar acompañada por un conjunto de actuaciones de los poderes públicos que tengan un mínimo de coherencia entre sí. Es el momento de centrar la atención en la gestión (tanto la aplicación de la regulación legal como la instrumentación de las políticas públicas de integración). Ello exige atención, recursos y acierto. Hasta la fecha la política de inmigración en España ha sido más bien reactiva a los problemas que se iban presentando y, por tanto, precipitada, a lo más, o, cuanto menos, improvisada, a pesar de los loables esfuerzos que siguieron a la Proposición no de Ley de 1991 (Reglamento de 1996, plan para la integración social de los inmigrantes). Pero, sobre todo, ha sido pobre en recursos y extraña a las prioridades de los gobiernos. Además los dos últimos años se han perdido, desde el punto de vista de la gestión, dando vueltas al tema de la LO. Repetimos que el resultado de todo ello es una acumulación notable de irregulares con los que no se sabe qué hacer, una LO parcheada con un planteamiento parcial y un debate social desequilibrado por el extremismo de las posiciones.

Con todo, hoy por hoy queda abierto un compás de espera para ver qué frutos produce la aplicación normalizada del marco legal reformado cuando se apruebe su reglamento de desarrollo, que está ultimándose en estos días. Paralelamente el Gobierno ha aprobado el Plan GRECO (Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración en España) en que se prevé un conjunto de líneas de actuación, de acciones y de medidas

de las Administraciones Públicas, que configuran un plan de política global sobre el fenómeno de la inmigración, cuya finalidad es conjugar todos sus factores, pero bascula principalmente sobre la regulación y control de los flujos migratorios⁴²; también se está pendiente de ver qué frutos produce. Parece que la voluntad del Gobierno es prestar atención y dedicar recursos a la inmigración; habrá de confiar en el acierto de sus iniciativas.

El interrogante que se plantea es si la gestión política y jurídica de la materia equilibrará la orientación de la LO hacia el control de los flujos y las técnicas sancionadoras que faciliten su efectividad, mediante un tratamiento flexible de la irregularidad; además de implementar medidas positivas que faciliten materialmente la integración de los inmigrantes. Téngase en cuenta que tan negativo es una política de fronteras abiertas como otra de fronteras cerradas, que si no se adecúa a la realidad de los flujos, va a originar una creciente bolsa de irregulares. También está por ver si se dedican a la tarea los recursos necesarios.

4.3. Apunte final

En el debate de la opinión pública sobre cómo tratar al fenómeno inmigratorio, se han defendido opiniones extremas que ponen en cuestión la legitimidad del control de

⁴² Las líneas básicas son: 1. Diseño global y coordinado de la inmigración como fenómeno deseable para España, en el marco de la Unión Europea (prevé cinco medidas, de las cuales dos se refieren a la determinación del número de inmigrantes que anualmente necesita España y a la ordenación de la llegada de inmigrantes desde los países de origen). 2. Integración de los residentes extranjeros y sus familias que contribuyen activamente al crecimiento de España (prevé siete medidas, entre las cuales se incluye la revisión de la estructura administrativa existente para atender a la tramitación de las autorizaciones y permisos que son solicitados por los inmigrantes). 3. Regulación de los flujos migratorios para garantizar la convivencia en la sociedad española (prevé seis medidas). 4. Mantenimiento del sistema de protección para los refugiados y desplazados (prevé cinco medidas).

los flujos migratorios; el fundamento de tal crítica se encuentra en una concepción radical de la teoría de los derechos humanos que excluye los impedimentos a la libre circulación de personas.

No es el momento de entrar a analizar con detalle la cuestión, pero sí ha de quedar sentado claramente que la regulación de los flujos no sólo está dentro de las posibilidades de actuación de una comunidad política, sino que está conectado directamente con la propia subsistencia del mismo. Cuestión distinta será la fijación de los términos en que el Estado pueda hacerlo. Dada la actual configuración de los Estados no puede privarse a los mismos, en principio, del poder de excluir al extranjero o de fijar las condiciones de admisión. Ahora bien, la justificación y desarrollo del anterior aserto merece ser objeto de otro trabajo en el que se analicen cuestiones tan complejas como el derecho a emigrar, la obligación de acoger a los inmigrantes, etc; aquí nos basta con remitirnos a las lúcidas ideas de Walzer⁴³.

BIBLIOGRAFÍA

a) **Estudios jurídicos sobre el régimen legal de la extranjería e inmigración**⁴⁴

AJA, E., y ROIG, E.: «Inmigració i comunitats autònomes a la nova Llei de Drets i Llibertats dels estrangers y la seva Integració social», *El clip*, núm. 8, IEA, Barcelona, julio 2000.

⁴³ Resulta interesantísimo a este respecto el capítulo II, «La pertenencia», del trabajo de WALZER, M.: *Las esferas de justicia*, cit., pp. 44-74, en el que hace una justificación razonada y profunda de por qué las comunidades políticas pueden reservarse el derecho de admisión.

⁴⁴ Con independencia de los artículos ya publicados en *Migraciones* y citados en la nota 3 de este trabajo. Además pueden verse los primeros comentarios que se hicieron a la LO 4/2000 recogidos en la nota bibliográfica de nuestro artículo *La Ley Orgánica 4/2000: Análisis técnico-jurídico...*, cit., pp. 55-56.

- ASENSI SABATER, J. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Extranjería. Reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre*, Edijus, Madrid, 2001.
- CAMPO CABAL, J. M. (Coord.): *Comentarios a la Ley de Extranjería (LO 4/2000, reformada por la LO 8/2000)*, Civitas, Madrid, 2001.
- CHARRO BAENA, P.: *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, Aranzadi, Elcano, 2000.
- ESPINAR VICENTE, J. M.: *Comentarios a la Nueva Ley de Extranjería*, Alcalá de Henares, 2001.
- ESPUGLES MOTA, J., y LORENZO SEGRELLES, M. DE: *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2001.
- MOYA ESCUDERO, M. (Coord.): *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, Comares, Granada, 2001.

b) Otros estudios

- COTTERRELL, R.: *Introducción a la sociología del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1991.
- EVAN, W. M.: «Law as an Instrument of Social Change», en GOULDNER, A. W., y MILLER, S. M. (eds.): *Applied Sociology*, 1965, reprinted in EVAN (Ed.): *The Sociology of Law. A Social-Structural Perspective*, Free Press, New York, pp. 554-562.
- SAAVEDRA LÓPEZ, M.: *La libertad de expresión en el Estado de Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1987.
- SARTORI, G.: *La sociedad multiétnica*, Taurus, Madrid, 2001.
- TORNOS CUBILLO, A.: «La inmigración vista desde la prensa», *Inmigración y racismo*, CIPIE, Informe enero-marzo 2001, pp. 113 y ss.
- WALZER, M.: *Las esferas de justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, FCE, México, 1997.

C) Documentación

- «Opinión de Jueces para la Democracia en relación con la *Contrarreforma de la Ley 4/2000*».
- «Informe del Consejo Orgánico del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, de 26 de junio de 2000».

«Observaciones de Cáritas española a propósito de la propuesta de modificación de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social».

«Posición ante la reforma de la LO 4/2000 de CEAR».

«Programa GRECO». Delegación del Gobierno para la extranjería y la inmigración.