

LA NUEVA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000 SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL: NOTAS CLAVE PARA SU COMPRENSIÓN

LUIS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ¹

Sumario: I.- PREMISA. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA RECENTE DE LAS REFORMAS DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000. II.- MOTIVACIONES, FUNDAMENTOS Y CARÁCTER JURÍDICO-POLÍTICOS DE LA NUEVA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000. III.- LA ESTRUCTURA DE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000. IV.- BREVE REFLEXIÓN CONCLUSIVA.

“El principio de la igualdad encuentra su distinción en las capacidades y los servicios de los hombres; cualquier otra delimitación es arbitraria”
SCHMOLLER, G.²

I.- PREMISA. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA RECENTE DE LAS REFORMAS DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000

Desde una perspectiva histórica, la regulación jurídico-legal de la inmigración en España no ha estado muy presente en el siglo pasado debido a que principalmente había sido un país de emigración. Pero un conjunto de situaciones y acontecimientos históricos hicieron que el subdesarrollo económico-social que existía en el siglo XX se fuese convirtiendo en prosperidad socioeconómica en las últimas décadas del mismo, hasta convertirse España en un país de inmigración³. Un cambio trascendental con unas repercusiones inmediatas en la estructura social de nuestro país que necesitó respuesta, en un primer momento como fenómeno coyuntural, y, posterior y actualmente, como *realidad social estructural*⁴. Una situación estable que, por ende, persiste al final de la primera década del siglo XXI y pese a la situación de crisis económica y financiera -con repercusiones directas en el ámbito sociolaboral- a escala nacional e internacional.

El cambio cuantitativo y cualitativo acontecido, de profundas connotaciones y repercusiones, sin duda alguna, conllevó ya la aparición, a mediados de la década de los ochenta, de la primera ley de extranjería e inmigración, que se mantuvo durante quince

¹ Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. ltriguero@ugr.es

² SCHMOLLER, G., *Política social y economía política*, con estudio preliminar “La Escuela Histórica Nueva en economía y la política de reforma social” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2007, pp. 179-180.

³ Sistematicamente, sobre esta evolución, RIUS SANT, X., *El libro de la inmigración en España*, Almuzara, Córdoba, 2007.

⁴ Sobre sus dimensiones, *vid.*, PAJARES, M., *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2009*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009; AA. VV., *La inmigración en la encrucijada. Anuario de la inmigración en España. Edición 2008*, AJA, E., ARANGO, J. y OLIVER ALONSO, J. (eds.), Bellaterra, Barcelona, 2008. Desde una perspectiva más general, PASTORE, F., *Dobbiamo temere le migrazioni?*, Laterza, Bari, 2004.

años con más desaciertos que aciertos, hasta que ya a principios del siglo XXI se vieron las tremendas dimensiones de la inmigración en España y se produjo en los primeros años del mismo, una vorágine legislativa sobre su regulación en un intervalo de años muy corto -apenas cuatro- con una cierta estabilización reguladora de seis años aproximadamente. Una circunstancia que no significó en ningún momento que la regulación existente fuese la más propicia y acorde con la realidad migratoria española, por cuanto ésta no había dejado de carecer de los caracteres de relevancia e importancia en todas sus dimensiones y aspectos. Todo ello, en consecuencia, había supuesto una influencia directa en la regulación jurídico-formal de los derechos de los extranjeros –muy especialmente de aquellos de carácter sociolaboral- y de las distintas posibilidades de entrada y residencia de los extranjeros en España, así como de otros aspectos y dimensiones colindantes al respecto.

En cualquier caso, nos encontramos con la situación de que la primera regulación contemporánea de la inmigración en España -es decir, la regulación jurídica del estatuto de los extranjeros en nuestro país- data de 1985 y se concreta en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Deberes de los Extranjeros en España. Esta regulación trató la inmigración como un fenómeno coyuntural, respondiendo a los caracteres de control casi policial de los inmigrantes y a una lógica de policía administrativa⁵, con un elenco de derechos muy reducidos en virtud de esta situación. Pero es que a su vez y adicionalmente, esta norma también respondió a la entrada de nuestro país en la Unión Europea y todo el conjunto de requisitos por ella establecidos.

Posteriormente en el año 2000, tras haberse quedado obsoleta la anterior regulación, nació la LO 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Ésta se caracterizó por romper con la lógica policial anterior y apostar por una perspectiva que incidía en la integración social –como del mismo título se desprende-, al equiparar a los nacionales con los extranjeros y a estos entre sí independientemente a su condición administrativa de regularidad o irregularidad. Así, era una Ley muy abierta y social que reconocía derechos para todos los extranjeros, más allá de la situación administrativa en que se hallasen.

Tras un breve período de tiempo y casi sin poder analizar su verdadera aplicación efectiva, se produjo una contrarreforma de la Ley anterior mediante la LO 8/2000⁶. Ésta se caracterizó, en líneas generales, por tratar por vez primera ya el fenómeno de la inmigración como estructural y permanente, pero, sorprendentemente, volviendo al espíritu harto restrictivo de la Ley de 1985. El pilar sobre el que se constituyó el estatuto jurídico del extranjero fue sobre su situación administrativa, de tal forma que si era regular podía ejercer un conjunto de derechos considerables, mientras que si era irregular casi no existía como persona, al verse reducidos drásticamente los mismos, pero teniendo siempre el mínimo de derechos que le corresponden como persona, no sujetos a ninguna condición, viéndose incluso algunos de éstos últimos afectados. Esta regularidad se construyó con la posesión de la correspondiente

⁵ MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G., “Nuevo régimen jurídico de extranjería e inmigración en España: análisis y valoración de la reforma”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 26, junio 2001, p. 9.

⁶ Monográficamente, TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y contrarreforma de la ley de extranjería. (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

autorización de trabajo y permiso de residencia –por este orden–, tanto para la entrada como para la permanencia⁷. La finalidad inmediata que perseguía esta Ley era la reducción de la bolsa de inmigrantes irregulares existentes en aquel momento, intentando que todos cumpliesen con lo establecido legalmente, para lo que, sin duda alguna, adquirieron especial importancia los procesos de regularización masivos que se produjeron en estas fechas como consecuencia de la aplicación efectiva de la Ley y de su Reglamento de desarrollo, al quedar previstos en ellos.

Como resultado, tenemos que la caracterización formal de esta Ley fue intentar seguir el espíritu progresista e integrador social de la precedente reconociendo la titularidad de un amplio elenco de derechos para el conjunto de inmigrantes, pero inmediatamente después se introdujo la cláusula, o condición, de que para su ejercicio efectivo y disfrute, adquiere condición indispensable el estar en posesión de la correspondiente autorización de trabajo o permiso de residencia, según fuese el caso que se tratase. Por tanto, nos encontramos con que había un eje vertebrador en la atribución y cumplimiento real de los derechos, el cual no estaba basado y fundamentado en la nacionalidad de la persona, sino en la situación administrativa regular del inmigrante.

El carácter y la lógica de esta Ley han estado vigentes hasta finales del año 2007, cuando las SSTS 236 y 259/2007 declararon inconstitucional varios artículos de la misma en relación a los derechos sociales fundamentales de los extranjeros y su limitación respecto al ejercicio⁸. Pero tampoco se ha de olvidar en un momento anterior a estos pronunciamientos jurisprudenciales una nueva reforma, con un poco más de transcurso de los años, mediante la LO 14/2003. Esta penúltima reforma no afectó al tema de los derechos y sí al de los visados, residencia, trabajo y al contrato mismo, declarándolo con plena efectividad en lo que toca a sus repercusiones para aquellos trabajadores sin autorización para realizar actividad laboral. Paralelamente, junto a estas leyes se han venido produciendo los Reglamentos de desarrollo de las mismas, que si bien no han incidido de forma nítida sobre los derechos, sí han pretendido un fomento de la situación de regularidad de los inmigrantes, una tramitación administrativa ágil y una regulación diferenciada del cupo de trabajadores extranjeros.

⁷ ALONSO OLEA, M., *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 39-40.

⁸ Un comentario de las mismas en profundidad, así como de sus implicaciones es el realizado por MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre, I y II”, *Revista Relaciones Laborales*, núms. 6 y 7, 2008. Cfr. con otros comentarios realizados a estos pronunciamientos jurisprudenciales por GARCÍA NINET, J. I., “Libertad sindical y derecho de huelga de los trabajadores extranjeros autorizados así como de los <<sin papeles>>”, *Revista Tribuna Social*, núm. 205, enero 2008; RAMOS QUINTANA, M. I., “Los derechos fundamentales laborales de los extranjeros en España (libertad sindical y huelga): la corrección constitucional debida”, *Revista de Derecho Social*, núm. 42, 2008; IBÍDEM, “Derechos de los extranjeros y situaciones jurídicas de irregularidad: la jurisprudencia constitucional más reciente”, *Revista Tribuna Social*, núm. 215, 2008; DE ALBA BASTARRECHEA, E., “Sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Comentario a la STC 236/2007, de 7 de noviembre”, *Revista Aranzadi Tribunal Constitucional*, num. 21-22, 2008; CEINOS SUÁREZ, A., “Los derechos y libertades de los extranjeros en la LO 8/2000: comentario a las SSTS 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007, de 19 de diciembre”, *Revista Aranzadi Tribunal Constitucional*, núm. 20, marzo 2008.

II.- MOTIVACIONES, FUNDAMENTOS Y CARÁCTER JURÍDICO-POLÍTICOS DE LA NUEVA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000

Con este marco regulador modificado muy puntual y circunstancialmente a lo largo de los sucesivos años de su vigencia se ha llegado al presente –y por el momento último- proceso de reforma, que entra en vigor antes de finales del año 2009, tras cerca de un año de tramitación, debates y enmiendas. Una reforma ya esperada que, incluso, puede calificarse como *nueva ley de extranjería e inmigración*, pese a que el texto legal se titule como *Ley Orgánica 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*. La adjetivación propuesta y advertida obedece a que las reformas introducidas a lo largo del articulado legal son bastantes y de considerable importancia, valor y alcance técnico-jurídico para el derecho migratorio y de extranjería y todos aquellos sectores del ordenamiento jurídico a los que afecta, pues ante todo no se ha de olvidar su transversalidad. En consecuencia, en unos casos se está ante modificaciones sustanciales y profundas del articulado, en otras ocasiones se introduce algún artículo nuevo o varios en forma de apartados –*bis*, *ter*, etc- y, por último, se realizan precisiones técnicas y de redacción que no producen cambios relevantes sino meramente aclaratorios.

Partiendo de la realidad social de la inmigración –por más que en el segundo párrafo del tercer punto de la exposición de motivos se haga referencia al *fenómeno migratorio* en España- y transcurridos seis años desde la última reforma que aconteció, era y es de absoluta necesidad para esta Ley su modificación, sobre todo para adaptarla al conjunto de profundos cambios sociales y económicos que han sucedido a lo largo de estos años no sólo en nuestro país, sino también en el seno de la Unión Europea y que, en consecuencia, han incidido en la transformación paulatina y progresiva de la estructura política, económica y social. Unos cambios que no sólo han afectado a los nacionales y comunitarios, sino también a los propios extranjeros que ejercen su derecho a emigrar y que escogen a España como país de destino.

Sin embargo, existen también otros motivos de carácter político-jurídico que no se han de obviar ni olvidar. Por una parte, la ampliación del reconocimiento –en titularidad y ejercicio- de derechos a los extranjeros inmigrantes independientemente a su condición y situación administrativa, dando respuesta así al mandato del Tribunal Constitucional y su nueva doctrina social sobre los derechos de los extranjeros⁹, con lo que es una decisión más de técnica jurídica que meramente política. Por otra parte, la transposición e incorporación al ordenamiento jurídico español de un elenco de distintas directivas europeas en estrecha relación con las migraciones, como es el caso de: la Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea; la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades

⁹ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., *El estatuto jurídico-laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Bomarzo, Albacete, 2008, pp. 60-68.

competentes; la Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas; la Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, del Consejo, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado; la Directiva 2005/71/CE, del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal; la Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado; y la Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. Y, por último, a la entrada en vigor del conjunto de obligaciones derivadas de la ratificación y entrada en vigor del Convenio Nº 197 del Consejo de Europa, sobre la lucha contra la trata de seres humanos. Todo ello sin dejar de tener presente adicionalmente la exigencia de adecuar esta legislación al conjunto de postulados establecidos en el Pacto Europeo para la Inmigración y Asilo, con el fin de incluirla en el proceso de articulación y definición de una política común europea que tiene los objetivos principales de la consecución de una inmigración legal y ordenada, la lucha contra la inmigración ilegal y el favorecimiento de la integración de los inmigrantes legales a través de los derechos.

Desde estas motivaciones se origina un nuevo marco legal que muy particularmente tiene como principales destinatarios a los extranjeros inmigrantes que residen en nuestro país de un modo legal, con las correspondientes autorizaciones de trabajo y permisos de residencia, excluyendo específicamente a los comunitarios salvo en aquellos aspectos que les pudieran ser más beneficiosos. En un plano secundario esta reforma sitúa como destinatarios también a los extranjeros inmigrantes en situación ilegal o irregular, pues tan sólo se va a ocupar de ellos para garantizarles el acceso a los derechos sociales fundamentales que tienen todas las personas por el hecho de serlo. Ahora bien, con la restricción de que ello no va a constituirse en un obstáculo a la capacidad estatal en la imposición de límites a su permanencia y residencia cuando ésta no sea legal. Se abre así una brecha de tratamiento legislativo a unas mismas personas pero con diferente condición administrativa, manteniéndose por tanto el espíritu de las reformas y leyes anteriores. Una fractura social de tratamiento incrementada y acentuada en diferenciación y discriminación favorable hacia el nuevo colectivo recogido legalmente de los extranjeros profesionales altamente cualificados.

Sobre estos motivos y destinatarios el gobierno trata, ante todo, de poner en marcha una política de inmigración no sólo dotada de carácter legal como gran novedad de alcance destacado en esta reforma –nuevo artículo 2 bis– sino también que garantice: los derechos fundamentales pertenecientes a todas las personas según doctrina consolidada ya del Tribunal Constitucional; la construcción de un acceso progresivo a otros derechos de configuración legal a partir de la residencia legal; el perfeccionamiento del sistema de inmigración legal y ordenada con fundamento en las

necesidades del mercado de trabajo; la consideración de la integración como uno de los ejes de esta política, para lo que se han de favores las oportunidades de integración de los inmigrantes dotando de medios suficientes a las Administraciones encargadas de desarrollar las política; el aumento de la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, previniendo la llegada de la misma y haciendo más ágiles las repatriaciones; la adaptación normativa de las competencias recogidas en distintos Estatutos de Autonomía en relación a la concesión de autorizaciones de trabajo a las competencias de ejecución laboral y, en igual sentido, a las relativas a acogida e integración; y la consolidación del diálogo social tanto en la definición como puesta en marcha de la política de inmigración.

Del conjunto, se desprenden unos rasgos propios e inherentes a esta nueva regulación legal de la inmigración en España: la integración de los inmigrantes, la canalización legal y ordenada de los flujos y la lucha contra la inmigración irregular son las prioridades de la política de inmigración, que a su vez se tiene que desarrollar de acuerdo con la política comunitaria de inmigración, cooperando con los terceros países de origen y tránsito de la inmigración y coordinando las actuaciones de las diferentes Administraciones públicas con competencia en la materia teniendo como referente el nuevo marco competencial construido con las reformas de los Estatutos de Autonomía; la mejora de las garantías de los derechos fundamentales para todos los extranjeros; la integración social como eje principal de la política de inmigración; la vinculación de la inmigración que ha de llegar con la situación del mercado de trabajo; y el establecimiento de una totalidad de medidas incrementadoras del control sobre la inmigración irregular y la eficacia de los sistemas de repatriación.

De este modo, encontramos unas motivaciones, intenciones y objetivos justificativos plenamente de la reforma legal con distinto sentido, alcance y argumentación en orden a construir un nuevo marco regulador de la inmigración en España que esté vigente en los años sucesivos con una cierta estabilidad legislativa al respecto en coordinación con las Comunidades Autónomas¹⁰ y con la Unión Europea. En aras de ello, en el *íter* de su elaboración, desde el primer anteproyecto de reforma hasta la aprobación definitiva del texto legal pasando por el proyecto inicial aprobado el 26 de junio de 2009 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 1 de julio del mismo año, han sido importantes y sucesivos los cambios sufridos en la propuesta de articulado mediante numerosísimas enmiendas, porque se ha pretendido por parte del Gobierno que siempre hubiese consenso *en* y *para con* la misma. Así constantemente se fueron escuchando y atendiendo los informes y propuestas constructivas de distintas organizaciones sociales, jueces e instituciones. Pero, en cualquier caso, la reforma legal acontece y de las novedades más relevantes –en sentido positivo o negativo y con carácter más restrictivo o aperturista– se van a dar cuenta seguidamente de un modo general, a fin de ofrecer una visión sistemática y de conjunto de la misma.

III.- LA ESTRUCTURA DE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000

¹⁰ Muestra inicial de ello ha sido ya el Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de septiembre.

La reforma de la ley de extranjería e inmigración no se puede calificar como estructural, sino más bien una *reforma estructurada atendiendo al propio desarrollo del articulado de la Ley precedente* e incidiendo en el mismo a través de sistemáticas, puntuales y concretas reformas, o bien introduciendo nuevos artículos en el conjunto de títulos de la misma.

De este modo, en el título preliminar se encuentran ya novedades destacadas, pues con la introducción de un nuevo artículo –el dos *bis*- no sólo va a quedar definida la política de inmigración, el marco competencial autonómico partiendo de la regulación constitucional y los principios por los que se ha de regir, sino que también se le va a dotar de carácter legal a ésta. De por sí, se ha de tener presente que la sola inclusión de este precepto carece de antecedentes en la reciente historia de la legislación reguladora del derecho de extranjería e inmigración en nuestro país. La opción legislativa induce implícita y explícitamente a comprender que a ésta se le otorga un carácter legal en el seno de una ley orgánica, con lo que se viene a manifestar y a tratar de tender al establecimiento de un marco ahora sí propiamente jurídico-político de conjunto sobre esta realidad social desde el que afrontar su regulación en España. A lo largo de estos años pasados ha habido un distanciamiento técnico, jurídico y político incompresible entre ambas dimensiones, pues en muchos aspectos la política del derecho se encontraba alejada del derecho mismo y, en consecuencia, la política de inmigración *stricto sensu* encontraba serias dificultades para su articulación y correcto funcionamiento. Unas dimensiones claves para la adecuada regulación de las condiciones de la posible entrada, estancia y retorno de las personas inmigradas en nuestro país, así como de otros aspectos colindantes y directamente relacionados. Con esta inclusión se pretende reducir esta brecha y fijar jurídicamente un marco estable sobre inmigración que entrelaza dos dimensiones claves: la política y la jurídica.

Y adicionalmente, en el también nuevo y extenso artículo dos *ter* se tratan de especificar el conjunto de principios, programas de acción y actuaciones frente a la integración de los inmigrantes, destacando la atención prestada especialmente al colectivo de menores extranjeros no acompañados. Se liga así en dos nuevos artículos imbricados la política de inmigración y la política de integración social de los extranjeros inmigrantes como aspectos esenciales a tomar en cuenta y como parte de la actuación decidida por parte de los poderes públicos y del Gobierno.

Ya en el título primero aparecen novedades en la nueva regulación legal que se pueden calificar como importantísimas y básicas, no sólo para esta reforma, sino también de cara al adecuado establecimiento del estatuto jurídico de derechos y libertades de los extranjeros en España. Y es que es en esta parte legal donde se reflejan las reformas imperativas ordenadas por las SSTC 236 y 259/2007 y su doctrina social establecida: el reconocimiento de la titularidad y ejercicio a todas las personas inmigrantes en igualdad de condiciones que los españoles y conforme a las leyes que los regulan -independientemente a su condición y/o situación administrativa- de los derechos humanos fundamentales y su protección jurídica. En consonancia se reconoce la titularidad y ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga para todos los extranjeros; el derecho a la educación obligatoria, básica y gratuita a todos los extranjeros hasta los 18 años; y el derecho a la asistencia jurídica gratuita según lo fijado en los fundamentos jurídicos de las citadas sentencias y según las recomendaciones del Defensor del Pueblo.

Por otra parte, especial mención merece el derecho a la reagrupación familiar, con la novedad de poder reagrupar a la persona conanáloga relación de afectividad al cónyuge en el matrimonio, la facilitación de su acceso al mercado de trabajo y la restricción de la posibilidad de reagrupar a los ascendientes mayores de 65 años con la excepción de que existan razones humanitarias para tal proceso de reagrupación por debajo de la edad advertida.

Pero es que tampoco, a nivel general, se ha de dejar de obviar cómo en este título se recogen otro conjunto de derechos del estatuto jurídico del extranjero que se van a encontrar condicionados claramente –tanto en titularidad como en ejercicio– al período de residencia del mismo, aumentándose éstos conforme la residencia legal es más prolongada. Se conforma así una *teoría y modelo universalista de los derechos sociales fundamentales* y una *teoría y modelo de reconocimiento progresivo de los derechos no considerados formalmente como fundamentales* en función del tiempo de la residencia legal del extranjero en España.

Por su parte, en el título segundo es donde se encuentra el grueso de la transposición de las directivas europeas ya advertidas anteriormente. Este hecho ha originado, ante todo, que se abra el abanico de nuevas situaciones en las que se puedan hallar los extranjeros, el desarrollo y perfeccionamiento del estatuto jurídico de derechos del residente de larga duración o las orientadas claramente a que la lucha contra la inmigración irregular sea más eficaz y eficiente. En cualquier caso, todas ellas tienen dos objetivos claros y elementos comunes que son: por un lado, el refuerzo del control y el cumplimiento de la normativa relativa al acceso de los extranjeros a nuestro país –nuevo artículo 25.5, paradigmáticamente– y, de otro, la ampliación de los derechos de los residentes de larga duración en otros países europeos –nuevo artículo 33.3, ilustrativamente–.

Muy en consonancia con ello, aparecen novedades claramente destinadas a la consecución de una inmigración ordenada, legal y vinculada a las necesidades de nuestro mercado de trabajo. Tal es el caso, por ejemplo, de la regulación con detalle de la situación nacional de empleo en el marco del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura o el límite a una ocupación y ámbito territorial de las autorizaciones de trabajo iniciales, que dependerán de las Comunidades Autónomas que específicamente tengan competencia al respecto. E, igualmente, también se ha de tener presente el cambio que presenta el ya antiguo contingente de trabajadores extranjeros, pues se viene a sustituir por la *gestión colectiva de las contrataciones en origen*, ex artículo 39.

Asimismo, en este título destaca igualmente la atención expresa dedicada a determinados colectivos específicos de extranjeros, como las mujeres víctimas de violencia de género, los menores no acompañados y los investigadores. A cada uno de ellos se le dota de un estatuto específico y particular con excepciones a las reglas generales que rigen a fin de adaptar la propia ley a la realidad social misma.

En este contexto adquiere una relevancia destacada el que por vez primera y de un modo específico y concreto se haya prestado atención a las mujeres víctimas de violencia de género. Y es que se introduce un nuevo artículo 31 bis relativo a la residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género. Así, las mujeres inmigrantes en situación irregular que presenten una denuncia por malos tratos con fundamento en la violencia de género, pueden acceder a una autorización provisional de residencia y trabajo a la espera de una sentencia. Su

expediente será examinado por los tribunales y sólo conseguirá los permisos siempre y cuando haya una orden de alejamiento contra el presunto agresor. Si no, se reanudará el expediente de expulsión. Pero si al final se la declara víctima, la mujer puede acceder a una autorización permanente. Una situación protectora que se ve reforzada, de un lado, en el artículo 40 k) en el que se establece para el caso concreto de estas mujeres no tener en cuenta la situación nacional de empleo para la obtención de una autorización de trabajo; y, de otro, al comienzo del mismo artículo legal cuando se fija el reconocimiento de la garantía de los derechos para estas mujeres reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Para el colectivo de los menores no acompañados –artículo 35- la novedad consiste no sólo en la importancia dada a la correcta integración social de éstos –para lo que los acuerdos firmados por las Comunidades Autónomas serán importantes-, sino también su tutela y la incidencia en la reagrupación con su familia de este menor a través de la repatriación habiendo sido escuchado previamente éste. Para ello el Gobierno tiene que promover el establecimiento de acuerdos con los países de origen. De una parte, ello es muestra de que uno de los aspectos claves de la política de inmigración española es la promoción y diálogo con los países de emigración; pero de otra y en sentido no tan positivo, no quedan reguladas legalmente las garantías suficientes en el proceso de repatriación, pues no se fija quién es el encargado de controlar los informes de la representación diplomática del país del menor ni se va a tener conocimiento del funcionamiento de los servicios de protección de menores de los países de origen. Por esta falta de garantías, la reforma en este aspecto puede que se identifique más con una expulsión en sentido estricto que con una repatriación en el sentido propio del término y que le lleve de nuevo a reunirse con su familia.

De la misma forma, el nuevo artículo 38 bis afecta al colectivo de los investigadores. A éstos se les va a dotar de un régimen especial cuya principal novedad reside en que los mismos pueden tener una autorización de trabajo y permiso de residencia que tiene la facultad de ser prorrogable anualmente bajo dos requisitos: siempre y cuando se mantengan las condiciones establecidas para la expedición de la autorización inicial y cuando los centros de investigación puedan ser habilitados, generalmente durante un período mínimo de cinco años, para la acogida a estos investigadores extranjeros. Se muestra así para este colectivo concreto una mayor flexibilidad y unas condiciones más laxas en el régimen de autorizaciones administrativas y permisos de residencia, facilitando así la permanencia de extranjeros que colaboren y trabajen en el desarrollo científico en nuestro país. Situación un tanto contraria a lo que ocurre con los trabajadores extranjeros inmigrantes que vienen a desarrollar su actividad en otros sectores productivos y no en el de la innovación científica. Una muestra legal, sin ninguna duda, de *selección* de los trabajadores extranjeros que realmente se prefieren.

Esta política selectiva y discriminatoria social entre diferentes colectivos de extranjeros presentes en nuestra sociedad atendiendo a su cualificación y posible categoría profesional se acentúa con el nuevo artículo 38 ter, referente a la residencia y trabajo de extranjeros profesionales altamente cualificados. Las condiciones para éstos han sido específicamente y *ad hoc* definidas, no faltando referencias a lo largo del articulado a éstos en forma de excepciones flexibilizadoras de todo lo exigido para los

trabajadores extranjeros inmigrantes. Independientemente a algunos aspectos objeto de desarrollo reglamentario, paradigmáticamente, en el mismo se precisan quienes serán considerados profesionales altamente cualificados –aquellos quienes acrediten cualificaciones de enseñanza superior o tengan un mínimo de cinco años de experiencia profesional equiparable-; la obtención por parte de éstos de una tarjeta azul de la Unión Europea; la excepcionalidad en la no observación de la situación nacional de empleo para su contratación, según condiciones que se fijarán reglamentariamente –en relación con el artículo 40.2 b)-; y, asimismo, se establece que en caso de cumplimiento de la autorización como profesional altamente cualificado, en vez de pesar sobre él la amenaza de expulsión ante su no regreso a su país, se fija la posibilidad de concesión de una autorización de estancia temporal no sólo para este extranjero cualificado, sino también para los miembros de su familia.

En el título tercero se ha ampliado el catálogo de infracciones con la pretensión de luchar contra la inmigración irregular y evitar actuaciones que violen la ley: la promoción de la inmigración irregular de un modo indirecto o evitar matrimonios de conveniencia, paradigmáticamente. Además, en directa relación, se ha visto ampliado el plazo de internamiento a sesenta días en cumplimiento en parte de una de las directivas europeas mencionadas y las sanciones económicas se han visto incrementadas para toda la casuística relacionada de infracciones. Se trata así de advertir legalmente a los extranjeros inmigrantes de que si en nuestro país no regularizan su situación o se incluyen en el padrón a efectos de tenerlos controlados socialmente – independientemente a que dé acceso a derechos sanitarios y educativos-, pueden ser sancionados de mayor o menor gravedad. Es el claro reflejo de la política de inmigración ordenada y de control de flujos pretendida por el Gobierno y apoyada en este nuevo marco legal.

Y ya en el último título, el cuarto, adquieren especial relevancia un elenco de novedades que tienen la finalidad de impulsar y reforzar no sólo la coordinación, sino también la cooperación de todas y cada una de las distintas Administraciones Públicas en materia de inmigración y, en sentido análogo, la institucionalización de la participación al respecto de las diferentes organizaciones sindicales y empresariales con carácter más representativo. Muestra de ello es la incorporación legal de la Conferencia Sectorial de Inmigración o de la Comisión Laboral Tripartita.

IV.- BREVE REFLEXIÓN CONCLUSIVA

El actual marco de interés por una inmigración ordenada, laboral y sólo en la medida que sea necesaria para nuestro país –como bien a las claras muestran distintos aspectos de las notas apuntadas sobre esta nueva reforma de la LO 4/2000-, se olvida un tanto de un aspecto trascendental: los inmigrantes son, ante todo, *personas* a las que no se les puede culpar de su proceso y proyecto migratorio, sino más bien se debería de pensar, valorar y ser conscientes del origen de las migraciones y las desigualdades sociales existentes, principalmente, entre un Sur cada vez más subdesarrollado y un Norte cada vez más desarrollado -pese a la situación financiera internacional- que concibe a aquél como la mano de obra necesaria para su mayor desarrollo y progreso. Es aquí donde se olvida la importancia que tiene para la vida de las personas, sobre todo, los inmigrantes extranjeros, el trabajo, la actividad laboral que desarrollean como

medio para alcanzar vida digna. Una vida que tiene la intención que sea un poco más digna de la que dejaron en sus países de origen.

Ésta última perspectiva es la que necesariamente debiese de imperar en la nueva política y legislación de extranjería e inmigración, por supuesto que favoreciendo, si se pretende y es la intención, un orden y control en la inmigración, pero con un *contenido eminentemente social, nada fragmentador y excluyente*. Es decir, sería necesario afrontar la inmigración desde la óptica de una ciudadanía social inclusiva en el marco del Estado social de Derecho. Un modelo de configuración político-jurídico estatal que a lo largo de su historia ha tenido entre sus principios de actuación el reducir y controlar los riesgos, para así proporcionar un mínimo estatuto protector de las clases más desfavorecidas sin el que probablemente se encontrarían en una inseguridad social. Es entonces cuando el Estado social adquiriría su significación más auténtica y genuina para la construcción de una sociedad solidaria y justa en términos de igualdad en el punto de partida y llegada, en la que los derechos sociales de ciudadanía actuarían como derechos de *desmercantilización*¹¹.

De este modo se haría necesario que tanto la legislación y política de extranjería e inmigración, así como la normativa laboral, tuviesen en consideración la situación real de dificultad en relación a la actividad laboral que padecen las personas extranjeras inmigrantes, lo que atenta y es contrario al pleno goce y disfrute de unos derechos sociales de ciudadanía de carácter laboral que se hacen imprescindibles para el conjunto de los trabajadores extranjeros inmigrantes; así como también por la importancia que ha de tener para éstos la ciudadanía social como medio y fin para la consecución de su integración e inclusión en el seno de una sociedad que viene definida y caracterizada por ésta, en la que el trabajo adquiere y posee, por el carácter de la inmigración, un rol central.

Teniendo como referencia este paradigma, la reforma en la política y legislación de extranjería e inmigración iría acompañada del adjetivo *social* en su más pura significación. De este modo, se haría plenamente efectiva y real, acercando al máximo la realidad, la política del derecho, al derecho mismo, para que éste posea todo su esplendor como fundamento, base y pilar del orden de una ciudadanía social de miembros iguales bajo los principios de solidaridad y justicia social, sin discriminación alguna por la condición administrativa y personal ante situaciones y condiciones iguales.

¹¹ Para profundizar en este carácter, sus implicaciones y sentido político-jurídico, *vid.*, MONEREO PÉREZ, J. L., “La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales como derechos de <<desmercantilización>>”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, julio-septiembre, 1995.