

**EXTRANJERO HERMANO: ALGUNOS DEFECTOS DE LA NUEVA
LEY DE EXTRANJERÍA***
por Lorenzo Peña

Arbor, Nº 713 (mayo-junio de 2005)
pp. 117-131. ISSN 0210-1963

Índice

- 1.— Normativa Aplicable
 - 2.— Principios Constitucionales
 - 3.— El derecho de entrada y estancia en España
 - 3.1.— Derecho de los extranjeros a venir a España
 - 3.2.— Criterios recomendables (de lege ferenda)
 - 3.3.— El criterio de reciprocidad
 - 3.4.— El único criterio legal: fines de la política exterior
 - 3.5.— Política de inmigración
 - 4.— Los procedimientos de regularización
 - 4.1.— Inestabilidad legislativa e inseguridad jurídica
 - 4.2.— Fracaso de las leyes de extranjería
 - 4.3.— Razones de la existencia en España de una masa de indocumentados
 - 4.4.— Las regularizaciones y el instituto jurídico de la prescripción
 - 4.5.— Insuficiencias del actual proceso regularizador
 - 5.— Los derechos de los sin-papeles
 - 5.1.— ¿Qué derechos son prioritarios para los inmigrantes sin-papeles?
 - 5.2.— ¿Viola la ley el inmigrante indocumentado por el solo hecho de serlo?
 - 5.3.— ¿Es justa la sanción con la que se amenaza al inmigrante?
 - 5.4.— ¿Cuál es el bien jurídico protegido por la prohibición de estar en España?
 - 5.5.— Privación de libertad como consecuencia de un mero estar
 - 5.6.— ¿Qué figura conductual se está castigando?
 - 6.— Otras conductas sancionadas por la ley
 - 7.— Otras consideraciones *de lege ferenda*
-

§1.— Normativa Aplicable

El ordenamiento jurídico español, igual que todos los demás, contiene una regulación de los derechos y deberes de los extranjeros en el territorio nacional dentro de la rama, mucho más amplia, del DIP (derecho internacional privado), o sea de aquel sector de dicho ordenamiento que disciplina las relaciones jurídicamente pertinentes en las que está involucrado un elemento extranjero y que no forman parte del derecho público.

Sin embargo, a diferencia de otras partes del DIP, la regulación de la extranjería tiene un carácter en buena medida de derecho público, y concretamente de derecho administrativo, aunque no exclusivamente, pues también tiene incidencia directa en el derecho laboral, en el mercantil y en otras ramas, incluida la penal.

El derecho de extranjería, **DE**, es, así, un híbrido, con una ubicación muy *sui generis* dentro de la división en campos del ordenamiento jurídico. El predominio de la faceta jurídico-administrativa se plasma en que el eje del **DE** es la concesión de autorizaciones de estancia o residencia en España, con las consecuencias jurídicas de su concesión o denegación, y ello determina que los operadores jurídicamente concernidos sean el particular extranjero y la administración pública española, aunque indirectamente lo sean también otras personas físicas o jurídicas (nacionales españoles que entablen en España relaciones jurídicamente reguladas con individuos extranjeros que se encuentren en España).

El **DE** no se sirve de la técnica conflictual, porque en él no se da conflicto de normas de la índole propia de otras partes del DIP: una dualidad (o pluralidad) de normas jurídicas en

principio, o tendencialmente, aplicables a la regulación de un asunto, procedentes de diversos ordenamientos jurídicos y tales que la aplicabilidad prioritaria de una u otra viene determinada por las complicadas reglas de conflicto propias de ese sector jurídico, en función del peso que se dé a los diversos puntos de conexión (domicilio, nacionalidad, voluntad de las partes, *lex fori*, etc). La razón de que el **DE** escape a tal técnica es el carácter semi-público del mismo: al extranjero no le es aplicable, ni siquiera en principio, su propia ley nacional para establecer sus relaciones jurídicas con la administración española, mientras que sí lo es, o puede serlo en muchos casos, en sus relaciones con particulares, españoles o extranjeros.

El derecho de extranjería establece así obligaciones y derechos de los extranjeros, y también de la propia administración pública española.

Una reflexión *de lege ferenda* que vamos a hacer es la de lamentar que la evolución del **DE** en nuestro país haya desequilibrado la relación jurídica, restringiendo desmedidamente los derechos de los extranjeros frente a la administración y aumentando las facultades de ésta, incluida la de denegar arbitrariamente la concesión de permisos de entrada en España, incluso sin motivo válido.

La primera de las normas jurídicas aplicables en el **DE** español es la Constitución, norma suprema.

En segundo lugar, está la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ésta, en efecto, es vinculante por encima incluso de la Ley, pues no sólo establece la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de tal o cual precepto legal debatido, sino que, al hacerlo, contiene reglas interpretativas de obligado cumplimiento a las que han de ajustarse las nuevas leyes y a las que ha de atenerse la interpretación jurisprudencial ordinaria de esas leyes; ello, claro, mientras no se altere la propia jurisprudencia constitucional por el único órgano habilitado para ello, que es el Tribunal Constitucional. En nuestro caso, ciñéndonos al **DE**, son así decisivas las sentencias del alto Tribunal, como la del 23 de noviembre de 1984, otras de 1985, 1987 etc..

En tercer lugar, tenemos las sucesivas leyes de extranjería, que, en el período de la vigente Constitución han sido las leyes orgánicas 7/1985, 4/2000 de 11 de enero, 8/2000 de 22 de diciembre y 14/2003 de 20 de noviembre.

Subordinados a lo preceptuado por esas normas vienen los decretos y otras disposiciones de desarrollo reglamentario; p.ej. el Reglamento 2393/2004 de 30 de diciembre, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la STS de 20030320.

Un engarce más complicado con toda esa normativa española tienen las normas de derecho internacional público y de derecho comunitario europeo, que, en caso de conflicto, han de prevalecer sobre las leyes españolas, aunque no sobre nuestra Constitución ni sobre la jurisprudencia constitucional. En la práctica, sin embargo, la importancia de las normas jurídico-internacionales es menor de lo que pudiera creerse, salvo justamente las de derecho comunitario europeo, las cuales protegen principalmente a los ciudadanos del espacio europeo, pero poquísimo a nacionales de terceros países, e incluso someten a muchos de ellos a deberes y prohibiciones que conculcan derechos histórica y consuetudinariamente adquiridos por la vinculación de sus países con España en siglos pasados. De la normativa euro-comunitaria mencionaremos el Reglamento 539/2001, el 2001/51, el 2001/40 y el 2002/99.

Dentro del derecho internacional, propiamente dicho, hemos de distinguir el convencional bilateral, el consuetudinario y el convencional multilateral (como los Pactos Internacionales de derechos humanos). Éste último establece reglas protectoras para los extranjeros con una significación real mucho menor que su sonoridad retórica, ya que ni siquiera reconoce un derecho a inmigrar susceptible de limitaciones (por mucho que debería

reconocerlo para no impedir la exequibilidad del derecho a emigrar, que sí reconoce). En cambio hay ciertos acuerdos migratorios bilaterales que sí otorgan algo más de protección, pero ninguno de los actualmente vigentes reconoce tampoco un derecho de libre circulación y radicación (a diferencia de tratados de otra época, como la Paz de los Pirineos, que reconoció el derecho de los súbditos de ambas potencias signatarias a radicarse libremente a un lado u otro de la frontera).

En los principales problemas que vamos a abordar en este artículo desgraciadamente poco amparo podremos invocar del derecho público internacional multilateral (o incluso el bilateral), el cual todavía hoy protege escasamente a los particulares frente a estados extranjeros, al rehusar a los individuos dos derechos que en otras épocas sí se admitieron por el *ius gentium*: el de escoger uno mismo en qué país radicarse y, más limitadamente, el de escoger uno mismo de qué estado desea ser nacional (unas facultades que podrían sujetarse a restricciones cuando entrasen en conflicto con otros derechos prioritarios).

§2.— Principios Constitucionales

Nuestro ordenamiento jurídico-constitucional se caracteriza por la existencia de ciertas reglas y la inexistencia de otras. Ambos factores han de señalarse.

Nuestra Constitución no ha recogido de la de 1931 el reconocimiento del derecho a emigrar e inmigrar. En la Constitución republicana se otorgaba rango constitucional a ambos derechos, aunque (a diferencia de las constituciones de 1869 y 1876) se dejara al legislador ordinario la tarea de regular el ejercicio de esos derechos. En la actual norma suprema no hay nada de ese tenor. Desde luego, tampoco se sienta la regla opuesta. El legislador puede reconocer un derecho de inmigración en el que no paró mientes el constituyente de 1978, aunque lo haga de manera restrictiva. Mas ningún legislador español de los últimos 6 lustros ha dado ese paso, ya que el fraternalismo o panhumanismo ha sido y es completamente ajeno a las ideologías en boga en este período de nuestra historia.

Los derechos de los extranjeros en España, evidentemente, son sólo una pequeña parte de lo que serían, en general, los derechos de los extranjeros con relación a España; si hubiera un derecho del extranjero a inmigrar (por limitado y condicionado que fuera), estaríamos ante derechos de muchos extranjeros con relación a España que no serían derechos de los extranjeros en España. Sin embargo (aunque sea problemática la vinculatoriedad de esa imposición) la Ley española impone deberes para con España de los extranjeros que se encuentren en el extranjero (sin brindarles, en contrapartida, derechos para con España); así, la obligación de no venir a España sin haber obtenido el oportuno visado, y la de no cruzar nuestra frontera sin autorización oficial (ni siquiera si ya son portadores del visado español de entrada).

¿Qué se hacen los derechos de los extranjeros en España? Según la doctrina del Tribunal Constitucional, esos derechos son de existencia constitucional pero de esencia (configuración) legal. Esa doctrina interpretativa no es, ciertamente, fácil de entender y sin duda suscita más dificultades hermenéuticas de las que solventa. Según esa jurisprudencia constitucional, no es el mero ejercicio de tales derechos lo regulado en las leyes, sino también el contenido de los derechos, o sea: el ámbito de lo que el derecho faculta a hacer u obtener. No obstante, los derechos en sí, aunque para los extranjeros tengan un contenido regulado exclusivamente en la ley, son aquellos que establece la Constitución, o sea, son derechos constitucionales.

Naturalmente un derecho constitucional tiene una denominación, como puede ser la de ‘derecho al trabajo’ o la de ‘derecho a contraer matrimonio’. No puede haber un derecho determinado sin ninguna denominación. Ni puede un derecho con una denominación ser derecho a algo radicalmente dispar de lo que se entiende normalmente en nuestro idioma por esa

denominación. Ni ésta se puede usar plurívocamente: en un sentido para los españoles y en otro para los extranjeros. Dado lo cual, es difícil ver cómo puede el derecho equis de los extranjeros en España ser el de hacer u obtener lo que la ley determine bajo el nombre correspondiente, dejando a la Constitución sólo la mera existencia del derecho, sin su esencia. Y es que la existencia sin la esencia no es nada. ¿No estamos así reduciendo el derecho a un mero nombre?

Todo esto podría parecer una mera disquisición metafísica; sin dejar de tener, en efecto, una enjundia ontológica, tiene también una transcendencia práctica. Si la jurisprudencia constitucional hubiera determinado que la Constitución atribuye a los extranjeros los mismos derechos que a los españoles (a salvo de determinados derechos tasados cuya titularidad sería sólo de los españoles) —siendo entonces la diferencia meramente la de la regulación de su ejercicio—, entonces tendríamos que el derecho del extranjero —no sólo en cuanto a su existencia sino también en cuanto a su esencia o contenido— sería el mismo que el del español, cuando fuera tal derecho con tal denominación determinada. En cambio, según la doctrina constitucional hoy vinculante, ha de ser la ley la que dicte no sólo las condiciones y los límites del ejercicio de tales derechos sino hasta la propia naturaleza de los mismos.

Poco auxilio hallaremos si queremos encontrar en el texto constitucional una pauta para saber cuáles derechos vienen reconocidos a todos y cuáles se conceden sólo a los españoles. La terminología de los redactores de la Constitución no nos ayuda nada; de nada valen ni las agrupaciones, ni las catalogaciones, ni el empleo o no del vocablo ‘ciudadanos’. El constituyente de 1978 no parece haber tenido conciencia alguna del problema, o a lo sumo una muy vaga, tal vez porque pensó que en nuestra Patria esas cuestiones son puramente marginales (al revés de cómo había entendido el asunto el constituyente republicano de 1931, que lo abordaba con un enfoque de principio basado en el humanismo).

Ante esa dificultad del texto constitucional, y ante la doctrina jurisprudencial ya mencionada, se ha producido una oscilación zigzagueante de la legislación española. Vino primero la Ley de 1985, de orientación esencialmente restrictiva y proteccionista de la mano de obra autóctona frente al trabajador inmigrante. Ante sus clamorosas carencias, y teniendo en cuenta las Sentencias del Tribunal Constitucional 99/1985, 115/1987, 112/1991, 1242/1994, el Reglamento del 2 de febrero de 1996 (que reformaba el de 1986) quiso establecer un elenco desglosado de derechos comunes y de derechos exclusivos de los nacionales; tuvo escaso éxito. Cuatro años después el legislador optó, en la Ley orgánica 4/2000, por una visión ampliativa y generosa, que aspiraba a reconocer a los extranjeros legalmente radicados en España todos los derechos salvo exclusivamente algunos derechos políticos.

Más restrictivo ha sido el enfoque aportado por las dos sucesivas reformas de esa ley: la una a los once meses de promulgarse el texto original y la siguiente menos de tres años después de esa primera reforma. El resultado es una ley tremendamente confusa, de lectura intragable y laberíntica, cuyas motivaciones y cuyos principios se enredan en una madeja inextricable y provocan colisiones explosivas que imposibilitan toda interpretación finalista razonable y coherente. Lamentablemente lo que hay que decir es que en esa ley, tal como está hoy, el legislador no sabe qué criterio general tiene de los derechos de los extranjeros en España, y que a veces la ley es o quiere ser generosa y muchas otras desmiente de modo cruel esa generosidad y se muestra incluso despiadada.

§3.— El derecho de entrada y estancia en España

3.1.— Derecho de los extranjeros a venir a España

Las discusiones sobre la ley de extranjería, **LE**, suelen girar en torno a los derechos que la ley reconoce a aquellos extranjeros a los que se ha concedido la residencia legal, o a lo sumo en torno a la concesión de esa residencia a los extranjeros ya radicados en nuestra Patria.

En cambio, casi nadie plantea el problema (en verdad de envergadura y alcance mucho mayores) del derecho de los extranjeros a venir a España. El artículo 25.2 de la LE establece, de manera general, que el extranjero que quiera venir a España ha de proveerse de un visado concedido por la representación consular española. La expedición de tales visados viene regulada en el art. 27 de la Ley. Aunque no lo formula exactamente en esos términos, el tenor del art. mencionado indica claramente que el otorgamiento es discrecional de la administración, la cual sólo en determinados casos tiene que motivar la denegación, y aun en ellos sin que exista ninguna lista tasada de motivos válidamente aducibles. En efecto, el número 4 de ese artículo dice:

El ejercicio de la potestad de otorgamiento o denegación de visados se sujetará a los compromisos internacionales vigentes en la materia y se orientará al cumplimiento de los fines de la política exterior del Reino de España y de otras políticas públicas españolas o de la Unión Europea, como la política de inmigración, la política económica y la de seguridad ciudadana.

El número 5 del mismo artículo añade que se podrán fijar reglamentariamente otros criterios en casos excepcionales (previsión redundante y vacua). El número 6 obliga a motivar el rechazo en tres supuestos particulares.

Está claro que de modo general la concesión es discrecional e inmotivada, aunque las autoridades investidas de esa competencia sí han de tomar como regla las pautas que figuran en el texto citado.

¡Examinemos esas pautas! Aparte de los compromisos internacionales (no faltaba más sino que se permitiera a las autoridades competentes denegar visados transgrediendo las reglas válidas de derecho internacional público convencional), el único criterio es el ‘cumplimiento de los fines de la política exterior del Reino de España y de otras políticas públicas españolas o de la Unión Europea’.

El otorgamiento de visados no se regula así en primer lugar por atención a los derechos humanos, ni a la legitimidad de los fines e intereses de los propios solicitantes, ni a títulos históricos aducibles por ellos, sino a fines de política pública del Estado español. Así, lo que determina esa relación inicial y crucial entre la administración española y el particular extranjero deseoso de venir a España no es una atención a los anhelos del ser humano singular y concreto que lo demanda, ni siquiera sometiendo esos anhelos a un filtro restrictivo en virtud de las políticas públicas españolas o paneuropeas, sino exclusivamente la instrumentalidad de la concesión para atender a esas políticas.

3.2.— *Criterios recomendables (de lege ferenda)*

En el citado precepto sobre la concesión de visados se echan en falta criterios como podrían ser:

- La arraigabilidad, o probabilidad razonable de arraigo si se concede el permiso de entrada, y una vez que transcurra un tiempo; probabilidad elevadísima en el caso de cualquier hispanoamericano; pero que también es graduable en otros casos: un rumano, que habla una lengua romance hermana del español, tiene más probabilidades de arraigo que un eslavo o un germano;
- La pasada situación de soberanía española en el territorio del cual es nacional el solicitante, o, alternativamente, el hecho de que los habitantes de ese territorio fueran españoles según la primera de nuestras constituciones, la de 1812;
- La españolidad de los antepasados del solicitante (o al menos la de los ascendientes de tercer grado);

- La contribución al desarrollo y a la prosperidad de los países de donde son oriundos los solicitantes (a menos, claro, que circunstancialmente ése sea un fin de política exterior española o paneuropea);
- Razones humanitarias (*idem*);
- Contribuir a un mundo más fraternal y humano (*idem*);
- El pago de la deuda histórica de hospitalidad (la que tuvieron para con millones de españoles muchos países algunos de cuyos habitantes desean ahora venir a España);
- La reparación de injusticias históricas (trata negrera, esclavitud, colonización, conquista del Rif);
- La posibilidad de origen hispánico de algunos antepasados de los solicitantes (como sucede p.ej. en lo tocante a descendientes de los moriscos expulsados en el siglo XVII, cuya genealogía no ha perdurado por la pobreza de esas poblaciones afincadas en Marruecos).

3.3.— *El criterio de reciprocidad*

La referencia a los compromisos o convenios internacionales suscritos por España puede permitir a las autoridades otorgantes del visado guiarse —en parte al menos— por el criterio de reciprocidad. Habría, no obstante, que flexibilizar el criterio, precisando el módulo de tal reciprocidad. Si ésta ha de contarse año por año, es una cosa; si puede computarse siglo por siglo, es otra. Una reciprocidad de sentido y alcance histórico tendría en cuenta cuántos permisos de inmigración han concedido ciertos países, en los últimos cien años, a los españoles cuando éstos lo han necesitado, y qué trato recíproco se han ganado así esos países para que sus nacionales puedan ahora obtener visados españoles con igual criterio.

3.4.— *El único criterio legal: fines de la política exterior*

El citado número 4 del art. 27 de la Ley sólo precisa, como «fines de la política exterior del Reino de España y de otras políticas públicas españolas o de la Unión Europea» —a cuyo cumplimiento se orientará la concesión de visados, que será puramente potestativa, o sea discrecional— los siguientes (sin excluir otros): «la política de inmigración, la política económica y la de seguridad ciudadana».

A este respecto vale la pena señalar que las políticas públicas españolas no sólo no tienen por qué coincidir con las de la Unión Europea, sino que de hecho se está produciendo una colisión, y el texto de la Ley no articula en absoluto un criterio de prioridades para que las autoridades otorgadoras de visados actúen en presencia de esa colisión.

Y ello es todavía más obvio si se interpreta la expresión ‘fines de la política exterior’ como abarcando también los fines o intereses del Estado. En efecto, hay intereses del Estado español (del reino de España, pues) que exigen una política inmigratoria extremadamente abierta, y que chocan con los fines e intereses de países preponderantes en la Unión Europea. Así, en la nueva configuración política de la Unión Europea la capacidad de representación institucional de un estado miembro depende, principalmente, del volumen de su población. Es evidente que una política inmigratoria generosa y hospitalaria podría en breve plazo permitir a España sobrepasar a los demás países de la Unión Europea en ese aspecto y así propiciar un mejor trato de los intereses españoles en lo tocante al respeto de lo que queda de nuestra industria pesada (como los astilleros) y nuestra agricultura (olivar, viñedo etc).

Asimismo, las perspectivas de éxito en la defensa de la lengua española en la Unión Europea dependen del volumen de nuestra población, que puede aumentar con una política inmigratoria adecuada.

Además, hay otra razón específicamente nacional para una política inmigratoria generosa y amplia, especialmente para con los habitantes de territorios que estuvieron bajo soberanía española y cuya población se vio atribuir la nacionalidad española por la Constitución de Cádiz de 1812, a saber: acercarnos a una pauta más concorde con el *ius sanguinis* y que nos distancie menos de la que practica el país más poderoso y poblado de la Unión Europea, Alemania, el cual otorga la nacionalidad a habitantes de terceros países con antepasados que provinieran de territorios alemanes en períodos históricos en los que ni siquiera existía el Estado alemán (al revés, pese a la existencia nominal del *Reich*, solían los estados alemanes estar en guerra unos con otros). Un principio de igualdad nos llevaría a reconocer, con mucho mayor motivo, el derecho a la ciudadanía de cualquier persona cuyos antepasados hayan sido españoles según la Constitución gaditana de 1812 (y más si habitan un territorio que entonces formaba parte del reino de España, según lo define esa carta magna).

Si los decisores públicos españoles no quieren atreverse a tanto (o si su mentalidad y su patriotismo no se elevan a ese nivel de comprensión), como segunda opción, menos ambiciosa, estaría la de al menos conceder automáticamente un derecho de migración a España de esas personas (a salvo de excepciones de salud o seguridad públicas debidamente motivadas).

Otra razón susceptible de entrar en conflicto con políticas paneuropeas es la demográfica: España es uno de los países del mundo donde es más baja la natalidad y que sufren un mayor envejecimiento de la población —que sólo ahora empieza a corregirse un poco gracias a la más pujante inmigración de estos últimos años (pese a la orientación restrictiva de la legislación, que se ha estrellado contra la realidad y que ha sido desobedecida por el pueblo español). Las políticas migratorias de la Unión Europea no tienen en cuenta ese factor ni esa necesidad específica de un país como España, como tampoco las características peculiares de la hermandad hispanoamericana.

3.5.— *Política de inmigración*

Para cerrar la discusión del art. 27.4, hay que recalcar que los únicos ejemplos de fines políticos españoles o paneuropeos que se aducen como posibles criterios para conceder o denegar visados son estos tres: ‘la política de inmigración, la política económica y la de seguridad ciudadana’.

El primero es redundante y vacuo mientras no se diga nada de qué podría ser una política de inmigración (con el agravante de que la vaguedad pasa a ser desfiguración cuando se inserta la referencia a las políticas de la Unión Europea, cuyas opciones en esa materia pueden ser, y son, hostiles y contrarias a las de la mayoría de los españoles).

El segundo, la política económica, no es mucho más claro ni preciso; pero vamos a aplicar una regla hermenéutica de conceder en lo posible un sentido pertinente al articulado de un texto jurídico; y, por ende, vamos a pensar que esa cláusula está ahí para algo, que prevé algo. ¿Qué prevé? Difícilmente otra cosa sino que la concesión o denegación de visados se hará según la conveniencia para la política económica española y de la Unión Europea. De nuevo hay que recordar que la conveniencia para la política económica de la Unión Europea no tiene por qué coincidir (ni coincide) con la española; mas, al margen de eso, está el hecho de que ese criterio no se pondera ni se contrapesa con otros de menor egoísmo, de menor auto-interés. Porque, si para algo está esa estipulación, es para fijar la concesión según nos convenga económicamente, y no según les convenga a nuestros hermanos de allende el Océano o del otro

lado del Estrecho. Hay una unilateralidad, una estrechez egoísta que no dice mucho a nuestro favor.

Lo peor de todo viene en tercer y último lugar: ‘política de [...] seguridad ciudadana’. Se entendería de suyo que la concesión de visados se ejerciera teniendo en cuenta la seguridad ciudadana (¿hay otra?); o sea: cualquiera entiende que se denieguen visados a personas que, por particularidades individuales, puedan hacer peligrar a los ciudadanos (o a los no ciudadanos también), aunque eso habría de hacerse, en un estado de derecho, según criterios objetivos y por cauces procesales con garantías. Lo que no se entiende es que, no para la denegación en casos particulares, sino en general se marque como criterio de concesión o denegación de visados una política española o paneuropea de seguridad ciudadana. No se entiende salvo que eso signifique algo así como que afecta a la seguridad ciudadana (española o paneuropea) el simple aflujo de una masa de inmigrantes de cierta procedencia (p.ej., por el color del pelo o de la piel, o por el acento, o la religión, o las costumbres culinarias).

Todo eso me lleva a concluir que ese desgraciado art. 27.4 es uno de los preceptos menos dignos de elogio de una ley en la que hay poco que ensalzar.

§4.— Los procedimientos de regularización

4.1.— Inestabilidad legislativa e inseguridad jurídica

Las sucesivas leyes de extranjería fueron principalmente la respuesta de un legislador alarmado ante flujos inmigratorios no previstos y que suscitaron el descontento de un sector de opinión, aunque la cuantificación científica de ese sector posiblemente arrojaría un resultado asombrosamente bajo, pese a las campañas de cierta prensa amarilla sobre la «invasión extranjera».

No es de extrañar que hayan fracasado todas las leyes: la de 1985, las dos de 2000, la de 2003. Ésta última ha endurecido la saña represiva, otorgando unas facultades extravagantes a las fuerzas policiales. La nueva Disposición adicional séptima, titulada «Acceso a los datos del padrón», dicta: «la dirección general de la policía accederá a los datos de la inscripción padronal de los extranjeros existentes en los padrones municipales preferentemente por vía telemática». Además, y con carácter más general, el art. 3 de la L.O. 14/2003 introduce modificaciones en la Ley de bases del régimen local redactando su art. 16.3 como sigue: ‘Los datos del Padrón municipal se cederán a otras administraciones públicas que lo soliciten sin consentimiento previo del afectado ...’.

A este respecto habría que comentar, de pasada, cuán perniciosa y deplorable es la técnica legislativa utilizada (de la que tanto se está abusando últimamente) de incrustar, en una reforma de una ley concreta, cambios en cascada de muchas otras leyes sobre cuestiones enteramente diversas; defecto que se añade al mucho más grave de que la L.O. 14/2003, en lugar de ofrecer un texto de nueva Ley sistemática, o al menos un texto articulado o refundido, es principalmente una norma metalingüística que preceptúa cómo han de redactarse en adelante tales o cuales pasajes o fragmentos de la L.O. 4/2000.

Hay que recordar que la L.O. 4/2000 de 11 de enero vino modificada una primera vez por la L.O. 8/2000; una segunda vez por la L.O. 11/2003 de 29 de septiembre (llamada «de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia e integración social de los extranjeros» —título que exime al autor de cualquier comentario); y una tercera vez por la L.O. 14/2003 de 20 de noviembre (cuya tramitación legislativa omitió la consulta al Consejo General del Poder Judicial e invocó razón de urgencia para reducir a mera ceremonia el dictamen del Consejo de Estado). Así se han sucedido, en menos de cuatro años, cinco legislaciones

orgánicas en materia de extranjería; cada cambio ha supuesto abrogar o modificar sustancialmente la legislación anterior.

Para rematar el desaguado legislativo, esas leyes orgánicas —y particularmente la de noviembre de 2003— introducen alteraciones a otras leyes, como la de competencia desleal, la de régimen local y la de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Habría que acabar con esa mala praxis legislativa que produce una incalculable confusión e incertidumbre jurídica; en su lugar retornar a la praxis codificadora, sabio fruto de un siglo sabio (el XIX), que introdujo orden, armonía, claridad, estabilidad y seguridad jurídica. Échase en falta nuevos códigos estables de derecho procesal, penal, administrativo, sanitario, comercial, laboral, de derecho de extranjería, etc. O, a falta de eso, al menos que las reformas legislativas ofrezcan, cada vez, un texto articulado completo de la ley alterada, absteniéndose de modificar leyes de sustancia diferente, y dejando simplemente operar las reglas de exequibilidad prioritaria de las normas jurídicas (como la de *lex posterior derogat priori*).

4.2.— Fracaso de las leyes de extranjería

En cualquier caso, y para nuestro actual propósito, el efecto conjunto de los dos preceptos mencionados es hacer permanentemente transparentes los padrones municipales a los agentes de la policía y demás cuerpos de seguridad y poner fin a cualquier reserva de confidencialidad. Eso significa que ningún extranjero en situación irregular se inscribirá en los padrones municipales. Los inscritos no renovarán su inscripción, que caducará a los 2 años según lo dispuesto en el art. 3 de la nueva L.O.

Ante el fracaso de las leyes (o, para decirlo sin eufemismos, ante el masivo desacato a tales leyes por parte de una amplísima masa de españoles, que han colaborado y colaboran activamente a que queden en papel mojado), las administraciones han tenido que acudir, quieran que no, a procedimientos periódicos de regularización: 1991, 1996, 2000, 2001, 2005. Éste último ha confiado al buen corazón y al desinterés de los empleadores una tarea filantrópica: desvivirse por sus empleados extranjeros hasta el punto de sacrificar días de colas y gestiones frustrantes para que el inmigrante irregular consiga obtener un permiso de residencia. Además, en principio se exigía un certificado del padrón municipal, lo cual acabamos de ver que es quimérico esperar en muchos casos (los de quienes estén al tanto del tenor de la ley vigente).

Seguramente el actual proceso de regularización se saldará por un nuevo fracaso, que hará menester una repesca con criterio más realista y generoso, o, de lo contrario, continuará existiendo una masa de inmigrantes estables pero indocumentados a los que una multitud de pequeños empleadores seguirán brindando trabajo pese a las amenazas legales y a los castigos draconianos.

Quien esto escribe suscribe la teoría de Joaquín Costa: que el legislador sólo promulga las leyes *ad referendum*, y que el pueblo mismo tiene un poder refrendatario indelegable, que sólo el pueblo da plena vigencia jurídica a las normas al acatarlas, integrarlas y plasmarlas en su praxis real, y que el incumplimiento sistemático o muy generalizado de las leyes significa su abrogación sobrevenida por desuso, o —peor que eso— que ni siquiera lleguen a adquirir plena validez.

Si eso es así (o aproximadamente así), entonces hay que decir que la ley de extranjería no ha alcanzado plena vigencia legal porque ha sido masivamente desobedecida por el pueblo español. La presencia en España de una masa de inmigrantes sin papeles, principalmente latinoamericanos, sólo es posible por la colaboración activa que encuentran por parte de muchos miles de españoles, que los ayudan a entrar o a quedarse en España.

4.3.— *Razones de la existencia en España de una masa de indocumentados*

Pueden ser muy variables las razones por las que muchos miles de españoles prestan su apoyo a los inmigrantes sin permiso oficial; cada uno tendrá las suyas, pero (a salvo de un estudio sociológico científico) cabe conjeturar que son frecuentes motivaciones como éstas:

- La mismidad lingüística, la común tradición cultural católica, romana e hispánica, los lazos familiares (aunque sean distantes) en algunos casos, y muchas veces hasta el nombre y el apellido hispánicos; todo lo cual hace que muchos españoles vean a los inmigrantes iberoamericanos casi como a compatriotas, y viceversa.
- La conciencia de las dificultades económicas por las que atraviesan esos países, víctimas de un mercado sin alma, que han forzado a la emigración y el deseo de ayudar en algo (sin por ello llegar al auto-sacrificio que exigen ahora los normadores de este proceso de regularización).
- El interés propio, dado que esa mano de obra inmigrante se adapta frecuentemente a la conveniencia del empleador en cuanto a prontitud en el desempeño, flexibilidad locativa, horarios, anteposición de la prestación laboral (y de la remuneración que conlleva) a otras conveniencias personales. Ese hecho está ahí a pesar del número de desempleados que hay en España.
- El hecho de que millones de españoles fueron emigrantes y no siempre se han vuelto insensibles a las dificultades, los sinsabores, las penalidades y las tribulaciones por que pasan inmigrantes de otros países, que les recuerdan parte de lo que ellos tuvieron que atravesar en otra fase de su vida.

Dados esos factores, con o sin regularizaciones, continuará desobedeciéndose la ley de extranjería y seguramente serán ineficaces las amenazas que ésta contiene. El fracaso y el rechazo popular serán más estrepitosos cuanto más restrictivo y estrecho de miras sea el proceso de regularización, que es una válvula de escape por la cual el Estado consiente y admite con la mano izquierda lo que ha prohibido y querido castigar con la mano derecha.

Estamos ante una ambivalencia de los poderes públicos, ante una escisión o dicotomía entre dos actitudes opuestas, la una (con expresión normativa general) de índole dura, restrictiva, prohibitiva, persecutoria, y la otra (por medio de disposiciones ocasionales y dizque excepcionales) de carácter blando, abierto, indulgente, regularizador de situaciones de hecho y que consiente e integra a la vida jurídica estados de cosas cuyo origen fue una transgresión de la normativa vigente.

4.4.— *Las regularizaciones y el instituto jurídico de la prescripción*

Una cierta prensa amarilla xenófoba pone el grito en el cielo, aduciendo que, con tales procesos de regularización, se ampara la vulneración de la ley; que así se acaban saliendo con la suya los infractores de la ley: el inmigrante indocumentado y las personas que, con o sin ánimo de lucro, lo han ayudado a venir o a quedarse.

Mas, por mucho que ello escandalice a esos periodistas, tal ambivalencia siempre ha formado parte del ordenamiento jurídico, desde toda la eternidad, y ciertamente desde el derecho romano para acá.

En efecto, el derecho mira al futuro, no al pasado. No trata de rectificar los yerros pretéritos. De ahí que sea consustancial al derecho integrar a los hechos. Las situaciones de hecho siempre acaban siendo situaciones jurídicamente tuteladas por el transcurso del tiempo. Eso es así incluso en los casos de las ilegalidades más fuertes, que son las transgresiones de

la ley penal (salvo excepciones inventadas recientemente, como los crímenes imprescriptibles, cuya mera admisión es problemática por ir en contra de un principio general del derecho).

No hay homicidio, robo, hurto, estafa, estupro u otro delito que no acabe prescribiendo. Más fácilmente prescriben infracciones administrativas, laborales, civiles (impago de deudas). Todo tiene su plazo de caducidad o prescripción. También sucede en el derecho internacional. Una conquista ilegítima prescribe con el transcurso del tiempo. Si los reyes de Francia se adueñaron de modo artero o violento del Rosellón, del Franco Condado, de Dunquerque o de Lorena, el transcurso del tiempo ha acabado consagrando la incorporación a Francia. (Otros factores también, claro, incluyendo la voluntad de las poblaciones.)

La posesión de estado acaba también siendo legalizada y regularizada en otros órdenes, o en todos. En el derecho tributario, es bien sabido que acaban prescribiendo todas las infracciones —incluso las delictivas, que por su cuantía sólo pueden ser perpetradas por una minoría—. En el derecho civil, tenemos la *usucapión* o prescripción adquisitiva de la propiedad; o la adquisición consuetudinaria de servidumbres que gravan la propiedad ajena. O miremos al derecho de familia. En ciertos ordenamientos jurídicos la cohabitación marital *de facto* acaba sustentando una relación matrimonial *de iure*. Algo similar se aplica a las relaciones de filiación. Es más, en su origen todo el derecho era consuetudinario.

No es, pues, ninguna particularidad del derecho de extranjería que, al cabo de unos años, lo que se inició sin respeto a un precepto legal acabe siendo integrado en el orden jurídico. Eso es así prácticamente en todos los campos. En unos antes, o más fácilmente; en otros, después, o más difícilmente, según cuál sea el bien jurídico protegido por la norma inicialmente transgredida.

Estamos ante un principio general del derecho. Es cierto que el sistema de fuentes del derecho español proclama, en el art. 1 del Código Civil, que los principios del derecho tienen una vigencia subordinada a la de las leyes y a la de la costumbre, y sólo operan supletoriamente, en defecto de ley y de costumbre. Sin embargo, ese precepto legislativo difícilmente puede transmutar la jerarquía normativa de fuentes si la propia ley de la que forma parte no es ley suprema. O sea: si esa misma ley (en este caso el Código Civil) estuviera, en el ordenamiento jurídico, subordinada a ciertos valores y principios jurídicos más vinculantes y también, bajo determinadas condiciones, a la costumbre (por el principio de Joaquín Costa ya mencionado), entonces tal ley no tendría autoridad jurídica suficiente para alterar esa prelación de fuentes y poner por encima al texto promulgado por el legislador.

Ahora bien, cuál sea en definitiva la jerarquía de normas es un asunto controvertido y desde luego en evolución, porque los ordenamientos jurídicos son mutables y evolutivos. Es la misma praxis jurídica la que va configurando esa jerarquía. En el estado actual de cosas, los rangos diseñados en el Código Civil están en tela de juicio; podemos conjeturar que, diga ese Código lo que dijere, ciertos principios jurídicos pasan por delante de la ley escrita. Y uno de ellos es el de prescripción o caducidad, a saber: el conflicto entre la verdad o situación *de facto* y la situación *de iure* acaba revirtiendo en una juridificación de la situación *de facto*, siempre que haya transcurrido un tiempo suficiente.

Entendidos así, los procesos de regularización son fenómenos jurídicos banales. Eso sí, sería mucho más racional sustituirlos por un proceso permanente de integración legal de inmigrantes indocumentados, que evitaría las zozobras, las carreras, los atascos administrativos, los agravios comparativos de ventanilla recién cerrada, los abusos de la picaresca. No vale objetar que la certeza de un proceso permanente de regularización o prescripción adquisitiva de residencia por transcurso del tiempo redundaría en un incentivo a la transgresión ulterior de la ley. Tal argumento no vale nada, porque, de valer, por las mismas habría de eliminarse la

prescripción del derecho civil, del administrativo, del procesal, del penal, del laboral, y la vida sería invivable; y la seguridad jurídica, nula.

4.5.— *Insuficiencias del actual proceso regularizatorio*

Para cerrar este apartado he de mencionar someramente algunos aspectos criticables del actual proceso de regularización:

- 1º) Que se haya obligado a los empresarios a iniciar el procedimiento; eso va contra un principio jurídico procedimental, a saber que es cada persona la que ha de tramitar los asuntos que la conciernen, principio que tiene fuertes razones de ser, la principal de las cuales es que el destino de una persona no ha de depender de la diligencia o negligencia de otras, cuyo desvelo por el bien ajeno no puede presumirse.
- 2º) La exigencia de un certificado de carencia de antecedentes penales; exigencia desmesurada, desproporcionada y en buena medida absurda; se presume que en sus países de origen reinaba un orden jurídico justo, que no forzó a la comisión de actos delictivos y que, de producirse éstos, los trató con justicia; imaginemos un guatemalteco que, acosado al hambre por el militarismo latifundista, hurtó unos bollos, y fue sentenciado por ello a 2 años de cárcel, cuando tenía 12 años de edad; 18 años después quiere emigrar a España, y viene rechazado por esos antecedentes.
- 3º) La exigencia de certificado de empadronamiento desde el 7 de agosto de 2004 (sin que valga nada haberse empadronado el 8 de agosto, lo cual constituye una violación flagrante del principio de gradualidad o proporcionalidad). Ahora bien, hay que recordar que la Ley de noviembre de 2003 hizo permanentemente transparente el padrón municipal a la policía, a la vez que calificaba a cualquier estancia no autorizada como infracción grave —sancionable con el internamiento forzoso y la expulsión. Ello ha impedido empadronarse a la mayoría de los inmigrantes indocumentados.
- 4º) La exigencia de una condición previa, a saber: que el empresario esté al corriente de pago de tributos y cuotas de seguridad social, en lo cual el trabajador inmigrante no tiene arte ni parte; se lo sanciona así con el castigo de no poder regularizarse por falta de otro, su empleador.

§5.— **Los derechos de los sin-papeles**

5.1.— *¿Qué derechos son prioritarios para los inmigrantes sin-papeles?*

Una gran polémica se suscitó por la promulgación de la L.O. 8/2000 que restringía los derechos reconocidos a los inmigrantes indocumentados, principalmente derechos políticos. Adújose que son derechos del hombre universalmente reconocidos. Asimismo se debatieron mucho ciertas restricciones a los derechos políticos de los propios inmigrantes legalmente autorizados.

Mi presente análisis prescinde de tales debates —p.ej. de la controversia sobre el derecho de huelga o el de asociación, y todavía más de la discusión sobre derechos de participación electoral. Y es que esos derechos son de interés secundario para la abrumadora mayoría de los inmigrantes, principalmente de los indocumentados, cuyo anhelo es ver que se tolere su residencia de hecho, poder encontrar un trabajo, ganarse la vida, enviar unas remesas a los suyos que quedaron atrás y labrar un futuro mejor para su familia.

Ésos son los derechos a cuya titularidad aspiran. En otra fase de su vida pueden llegar a desear más derechos, obtener ayudas sociales, hacer huelga, sindicarse, alcanzar una promoción profesional y una participación política; y muchísimos de ellos, si logran quedarse, querrán (y habrán merecido) ser españoles; de momento, sus aspiraciones son muy modestas,

centrándose principalmente en que no se les prohíba estar aquí y trabajar; prácticamente nada más.

La batalla legal sobre los derechos de los inmigrantes indocumentados hubiera debido centrarse en esos derechos. Lo que no sea eso es un despotismo ilustrado, que le dice a la gente qué derechos son prioritarios para ella (por el rango que ostentan en una escala conocida por los expertos), sin tener en cuenta las prioridades sentidas por la propia masa de los afectados.

5.2.— *¿Viola la ley el inmigrante indocumentado por el solo hecho de serlo?*

De todas las aspiraciones de los inmigrantes indocumentados, la principal se cifra, sin embargo, en que no se los tenga por transgresores de la ley.

¿Es verdad que el extranjero indocumentado, por el solo hecho de serlo, infringe la ley? ¿Qué prohibición legal está violando?

Para prohibir una conducta, la ley puede servirse de diversas fórmulas. No hace falta que se use una locución verbal explícita, como ‘queda prohibido’. Hay un montón de expresiones que, en los contextos normativos, dan claramente a entender que la conducta en cuestión se reputa ilícita o antijurídica. Basta incluso que el derecho sancionador o punitivo la castigue para que, *eo ipso*, tenga que ser juzgada ilegal, ya que sólo se sanciona lo ilícito.

Sin embargo, para que una conducta venga calificada de ilícita únicamente por la estipulación de una sanción legal es menester que esa estipulación sea admisible según nuestro ordenamiento jurídico-constitucional; que, si no, o cuando sea dudosa su admisibilidad jurídica, es muy difícil aceptar que, así y todo —y meramente por esa amenaza de una sanción jurídicamente cuestionable—, pase a estar prohibida la conducta referida.

Pues bien, la **LE** en varios lugares relata deberes de los extranjeros que quieran venir a España, de los que entren en España y sigan en nuestro país; de ese conjunto de preceptos puede uno colegir que el legislador no deseaba que fuera una conducta legalmente autorizada la estancia de un extranjero no precedida por un permiso oficial o que se prolongue más de lo inicialmente permitido.

Sin embargo, colegir la intención es una cosa; inferir la norma prohibitiva es otra. Para que una conducta esté prohibida por la ley no basta, en absoluto, la presumibilidad de la intención del legislador de que esa conducta no venga estimada lícita. De no adoptarse un extremo voluntarismo jusfilosófico —incompatible con un Estado de derecho—, la mera intención del legislador no transforma a lo lícito en ilícito; y la regla de presunción de libertad (o principio de permisión) determina que, mientras no se pueda demostrar la ilicitud de una conducta, ésta es lícita.

Hasta donde lo ha averiguado el autor de este artículo hay una única manifestación tajante, clara, contundente de la ilegalidad de cualquier estancia de un extranjero en España que no se haya iniciado según las vías previstas en la **LE** o que se haya prolongado más de lo previsto en ella y en su reglamento de ejecución. Esa única manifestación la contiene el art. 53.a), al afirmar que es una infracción grave ‘encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada [...] la mencionada autorización’. Los artículos 56 y 57 prevén la imposición de sanciones para las infracciones; para la de encontrarse irregularmente en territorio español, la multa de hasta 6.000 euros o la expulsión. Esa normativa sancionadora merece un comentario detallado, que voy a desarrollar en los epígrafes restantes de este apartado.

5.3.— ¿Es justa la sanción con la que se amenaza al inmigrante?

Apareciendo la conducta de «encontrarse irregularmente en España» calificada de infracción grave y sancionada con una multa millonaria o la expulsión, dado que sólo de esa previsión punitiva se sigue la ilicitud de la conducta en cuestión, hemos de preguntarnos si tal sanción es admisible en nuestro sistema jurídico-constitucional.

No lo es, porque es injusta. La propia LE menciona (art. 55.3) los principios del derecho sancionador: proporcionalidad, grado de culpabilidad, riesgo, daño producido por la infracción y su transcendencia. Es pobre esa gama de criterios, desde luego. Faltan por completo las causas de justificación o eximentes, el grado de conocimiento de la prohibición legal y de los hechos relevantes para la calificación de la conducta, las circunstancias atenuantes o agravantes y las causas de exculpación; reglas válidas para el derecho penal y que —aunque sea de manera laxa, menos estricta, menos bien pergeñada— han de estar presentes también para el derecho administrativo sancionador.

Mas basta incluso con los principios del art. 55.3. Es evidente que la ley se excede, abusa del *ius puniendi*, al calificar como infracción grave, sancionada con multa millonaria o la expulsión, la mera estancia pacífica en España de un extranjero sólo porque no ha obtenido, ni tal vez solicitado, autorización oficial, aunque esa mera estancia sea inocua, no cause mal a nadie, ni acarree riesgo alguno de ningún tipo, ni se haga con malicia (por lo cual su grado de culpabilidad será nulo o muy bajo, pues a lo sumo consistirá en la voluntad de no cumplir la ley). Si, además, se tuvieran en cuenta las eximentes razonablemente aducibles, habría que reputar lícita la conducta (aunque esté tipificada como infracción) si concurre un estado de necesidad.

La severidad y hasta crueldad de la sanción hace que esa disposición conculque flagrantemente el principio de justicia, que es un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico-constitucional. Por lo cual hay que aseverar que esa calificación y esa sanción son contrarias a nuestro ordenamiento e inadmisibles en él. Si no hay otro precepto claro de donde (por reglas válidas de inferencia lógico-jurídica) se deduzca la prohibición de la estancia no autorizada de un extranjero, entonces no hay base legal para sostener que se da tal prohibición.

Aunque el derecho sancionador administrativo no tiene que ajustarse a pautas tan estrictas como el derecho penal (pues, aun siendo ambos derecho punitivo, lo son en grado diferente), así y todo siempre habrá que exigir algún grado de conformidad con los principios más básicos del derecho penal, o por lo menos con los que, por su propia índole, son inmediatamente extensibles a todo el derecho sancionador. Así, tal vez no haya de exigirse que se respete el principio de la *ultima ratio* —en virtud del cual el derecho penal se autoexcluye de regular la vida pública y privada mientras ésta pueda regularse por otras vías jurídicas; mas tendrá que haber al menos un *analogon* de ese principio. A tenor de ese *analogon* —o principio atenuado de intervención mínima—, no se someterán al derecho sancionador aquellas conductas ilícitas que sean susceptibles de remediarse, más suavemente, por las vías del derecho administrativo (no-sancionador), civil, laboral etc.

Y no parece que algo en sí tan anodino e intrascendente como una mera estancia en territorio español sin previa autorización oficial sea una conducta que no se pudiera remediar por vías más simples (como sería la obligación de indemnizar por el daño causado, si lo hubiera, o por el peligro que se hubiera hecho correr; y, de no existir ningún daño ni peligro, la verdad es que no se ve por qué va a ser una conducta prohibida).

5.4.— *¿Cuál es el bien jurídico protegido por la prohibición de estar en España?*

Otro principio del derecho penal que ha de aplicarse también a cualquier otra rama del derecho punitivo o sancionador es que no puede haber una conducta castigada sin que pueda deducirse de la normativa vigente un bien jurídico protegido por esa prohibición penal. En nuestro caso, ¿cuál sería el bien jurídico protegido por el castigo a quienes no hagan sino *encontrarse en España sin haber obtenido autorización*? Mientras no se conteste a tal pregunta, cabe presumir que la prohibición es contraria a un principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, y por ende nula.

5.5.— *Privación de libertad como consecuencia de un mero estar*

No para aquí la desmesura punitiva de la ley por un hecho tan inocuo como la simple presencia de un extranjero que no se haya provisto de autorización oficial. La ley es tan draconiana que el art. 62.1 habilita a las autoridades a imponer al incurso en procedimiento de expulsión, por ese motivo de estancia no autorizada, una privación de libertad, consistente en que quede apresado en un centro de internamiento, por más que el art. 60.2 sostenga que los lugares de internamiento de extranjeros no tendrán carácter penitenciario (lo cual puede ser malo, porque así se los despoja del tratamiento garantista que, en nuestro ordenamiento de hoy, caracteriza a los centros penitenciarios, al menos sobre el papel).

Está claro que un ser humano que no ha hecho nada malo, que ha llegado a España para ganarse la vida honradamente, viene, sólo por eso, tratado por nuestras autoridades con extrema dureza, encerrado en un centro de internamiento (o sea, sometido a lo que en nuestro sistema jurídico juzgamos el tratamiento más severo: la privación de libertad) para, a la postre, ser expulsado.

Llegados a este punto, la verdad es que hay que lamentar la hinchazón en España del derecho sancionatorio administrativo, porque el derecho penal protege mucho más. Los presos en las cárceles que así se llaman disfrutan de más garantías que los inmigrantes encerrados en centros de internamiento. Y es que la única justificación del derecho sancionatorio administrativo era que, por lo menos, en él no se amenazaba nunca con pena de privación de libertad ni con detención preventiva (aunque a menudo las multas administrativas sean muchísimo más elevadas que las penales).

5.6.— *¿Qué figura conductual se está castigando?*

Ahora hay que indagar qué género de conducta es la que se está aquí reputando infracción grave y castigando con tantísima dureza. De nuevo hay que mencionar un principio básico del derecho sancionador, que es el de tipicidad. Una figura infractora ha de tener un contorno preciso que la deslinde de las demás, y por ende ha de ser un comportamiento tal que se pueda perfilar en el tiempo y en el espacio su comisión (por acción o por omisión).

Eso no significa que tal comisión haya de ser instantánea; puede ser una secuencia de actos (o de omisiones). Sin embargo, encontrarse en territorio español y no haber obtenido para ello una autorización no es ninguna figura claramente tipificable. En rigor no es una conducta, sino una situación que se da, aquella en la que uno resulta estar o encontrarse; aquí se está castigando el ser encontrado.

De ser una conducta, hay que preguntarse si es de comisión momentánea o de tracto sucesivo. No lo primero, porque eso sería la entrada en España, no el quedarse en ella después de esa entrada. Mas no está claro que sea una conducta de tracto sucesivo que se siga cometiendo. Pensemos en una transgresión penal de tracto sucesivo como la violencia habitual o la estafa continuada. Son conductas que empiezan a cometerse y luego siguen cometiéndose

a lo largo de un período; en diversos sublapsos de ese período se perpetran partes del delito, que sumadas lo constituyen.

En cambio, el encontrarse en España no se sigue cometiendo; no hay secuencia alguna de actos que, sumados, sean ese encontrarse. Al revés, el encontrarse, o ser encontrado, es puntual u ocasional: tal extranjero viene encontrado, en un control de documentación en la Gran Vía madrileña, el 1 de marzo del año 2005 a las 7 de la noche, p.ej.; no se computa la serie o suma de actos de estancia no autorizada (la víspera, la antevíspera etc, salvo cuando lo pertinente sea el momento de caducación de su permiso).

Por otro lado, la mera entrada no autorizada en España no constituye una infracción; así se desprende del hecho de que la entrada no autorizada no figura en el elenco de infracciones y, además, el art. 58.2.b prevé la «devolución» —que no la expulsión— para supuestos de entrada en España sin autorización (entrada fallida, claro; que, si no, ya tendríamos una situación duradera, que sería un encontrarse irregularmente en España); supuestos a los que el contexto permite concebir como no constitutivos de infracción; la devolución no se articula como sanción.

No hay analogía alguna entre esa dizque infracción de encontrarse en España un extranjero —sin haber obtenido para ello autorización oficial— y las transgresiones penales o penitenciarias de estancia en lugar prohibido; p.ej. la que perpetra el maltratador a quien el juez ha impuesto la obligación jurídica de no acercarse al domicilio de la víctima, en 1 Km a la redonda. Si éste se encuentra en ese perímetro, la infracción la habrá cometido en el momento de cruzar la raya o línea imaginaria; es un acto de perfil definido, una figura de comportamiento perfectamente delimitable en el espacio y en el tiempo.

No está, pues, nada claro qué es lo que hace, ni en qué momento, ni dónde, aquel extranjero al que se reprocha «encontrarse irregularmente en España» para que, con ese hacer (o ese no-hacer), esté así infringiendo la norma. Estamos ante una no-conducta de perfiles oscurísimos y de entidad real sumamente problemática.

§6.— Otras conductas sancionadas por la Ley

Si la **LE** castiga con dureza y escaso sentido de fraternidad humana una no-conducta perfectamente inocua, apila otra serie de comportamientos en el campo de lo punible.

Castiga la ley las acciones que faciliten o favorezcan la inmigración indocumentada, la acogida a esos inmigrantes, la ayuda que se les preste para realizar su viaje a España, en particular el transporte (incluso, en ciertos casos, el transporte de pasajeros dentro del territorio español cuando uno de los viajeros sea un inmigrante irregular), así como el puesto de trabajo que se les ofrezca, que viene calificado como acto de competencia desleal.

El art. 54.1.b de la **LE** califica como infracción muy grave (sancionable, según el art. 55.1.c, con multa de medio millón de euros) cualquier acto que consista en ‘inducir, promover, favorecer o facilitar, con ánimo de lucro, [...] la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo’.

El art. 54.1.d califica del mismo modo la contratación laboral de inmigrantes indocumentados, aunque no se haga con ánimo de lucro (puede que en esa contratación el empleador salga perdiendo con respecto a lo que ganaría no efectuándola o contratando a un español), si bien en este caso la sanción será menos draconiana.

Notemos que el art. 54.1.b está castigando un amplísimo abanico de conductas, entre las cuales figuran:

- 1^a) La formación de una red de solidaridad y auxilio al inmigrante (incluso a inmigrantes argelinos con destino a Francia donde las leyes de reagrupación familiar son restrictivas), siempre que sufragen parte de su actividad con los donativos de esos mismos inmigrantes.
- 2^a) La difusión en internet de un llamamiento a la acogida hospitalaria a inmigrantes indocumentados cuando se haga con un afán de prestigio moral que pueda indirectamente repercutir en algún tipo de beneficio para el difusor (toda vez que la jurisprudencia —al menos en derecho penal— suele tener un concepto amplísimo de ‘ánimo de lucro’, que se extiende al deseo de obtención de cualquier género de ventaja).
- 3^a) El alojamiento de inmigrantes indocumentados, salvo tal vez cuando se haga de manera totalmente gratuita.
- 4^a) Una atención sanitaria privada, a cambio de remuneración (por modesta que sea), a un inmigrante indocumentado, al menos cuando se sospeche que lo es.
- 5^a) La venta a inmigrantes indocumentados (por lo menos cuando se sospeche que lo son) de mapas, planos, vituallas, prendas, cantimploras, gafas de sol, botas, brújulas, teléfonos móviles, y otros objetos que puedan usarse para proseguir rumbo a un destino laboral en España o en el extranjero.

Si eso se aplicara, viviríamos en un Estado policiaco que superaría con creces al régimen franquista, perjudicando, entre otros, a los españoles que —por tener una tez más oscura u otros rasgos anatómicos, por la fisonomía, el atuendo o cualquier otro accidente— somos más propensos a aparecer como oriundos de países meridionales, y que seríamos acosados al alojarnos en un hotel, al adquirir un boleto de transporte o al efectuar compras de una vasta gama de mercancías.

Otra infracción muy grave, según el art. 54.2.b, es el transporte a España de viajeros ‘sin haber comprobado la validez y vigencia, tanto de los pasaportes [...] como, en su caso, del correspondiente visado’. Así los empleados de compañías privadas de transporte terrestre, aéreo y marítimo vienen coercitivamente convertidos en agentes de la autoridad con poder de imperio y con una misión de vigilancia que excede absolutamente su tarea comercial; lo cual redundará en un servicio molesto, ofensivo y execrable que haga odiosos los viajes. Además, se está así exigiendo a las compañías privadas de transporte de viajeros un enorme conocimiento jurídico y un gran dominio de técnicas de documentación, propiciándose de ese modo la ruina de las más modestas en beneficio de un círculo oligopólico.

Todo eso revela la desmesura punitiva de la ley —si bien hay que reconocer que casi todo eso es emanación de las directivas euro-comunitarias.

Estamos en las antípodas de una visión restrictiva del *ius puniendi*, que limite la entrada en escena del derecho sancionador a casos en los que el daño causado no pueda repararse fácilmente por los mecanismos del simple derecho administrativo (no-sancionador) o del derecho laboral, o del civil, o del mercantil.

Claro, es que, si bien se mira, todas esas conductas son inocuas. No hacen mal a nadie; conque no hay cómo resarcir el daño causado.

§7.— Otras consideraciones *de lege ferenda*

A la vez que se incumplen los compromisos internacionales de ayuda al desarrollo de los países pobres (ese miserable 0,7% que hubiera debido alcanzarse tiempo atrás, y que ahora se perfila como un *desideratum*), se olvida que las remesas de los inmigrantes constituyen uno de los principales sostenes de la economía de los países menos favorecidos. (Así, p.ej., las

remesas enviadas a sus familias por trabajadores colombianos en el exterior han alcanzado el pasado año la suma de 3.240 millones de euros, que iguala la suma total bruta de las exportaciones agropecuarias de Colombia y que sólo está un poco por debajo de la exportación de petróleo.) Además, habría de tenerse en cuenta que esta modalidad de ayuda al desarrollo (permitir la inmigración laboral) es: (1º) la que fluye más directamente a quienes más la necesitan; (2º) la que implica menos sacrificios para la población de los países donantes (en realidad les trae un beneficio, como se echa de ver en la recuperación de la economía española gracias a la mano de obra inmigrante); (3º) la única exenta de riesgo de desviación en provecho de los ricos o de fines militares, represivos o megalománicos; (4º) la más democrática, por ser la que involucra una más activa participación de amplias masas populares de los propios países beneficiarios de la ayuda —y, por lo tanto, la más distanciada del despotismo ilustrado; y (5º) la única que tiene un éxito asegurado a corto plazo.

Las élites europeas parecen ciegas y sordas ante esas consideraciones. Quienes esperaban un efecto humanizador y civilizatorio del proceso de integración paneuropea han recibido un jarro de agua fría. La normativa emanada de Bruselas (en particular todo lo conectado con el acervo Schengen) ha endurecido considerablemente la ley española, imponiendo la exigencia de visado para muchos hispanos del otro lado del Atlántico, obligando al estado español a atenerse a listas de exclusión, y en general cerrando España a cal y canto para millones de mujeres y hombres ligados a nuestra Patria por vínculos históricos, culturales, lingüísticos y de sangre.

Tal vez peor que eso es que la nueva Ley incorpora la normativa comunitaria (Directiva 2001/40/CE) según la cual se efectuará un reconocimiento automático, inmediatamente ejecutable, de las decisiones de expulsión de nacionales de terceros países dictadas por otros estados miembros.

Así, supongamos un chileno, Juan González, que en 1975 se exilió en la Unión Soviética y se radicó en Estonia; al separarse ésta de Rusia, las nuevas autoridades toman medidas desrusificantes; en ese paquete, pueden haber rehusado regularizar a extranjeros que hubieran adoptado la lengua y cultura rusas cuando no constara su adhesión a la causa independentista estoniana; Juan no se marchó. Interpelado en un control de documentación en Talín, lo expulsan del país. Según la nueva ley, esa expulsión es ejecutiva en España, país al que viaja Juan.

Consciente del rechazo social que ha producido toda la legislación persecutoria de los inmigrantes indocumentados y de quienes los auxilian, el Estado español debería emprender la elaboración de una nueva ley con un título básico en el que se sentaran los valores y principios jurídicos a que habrían de ajustarse la propia ley, las normas de desarrollo, la jurisprudencia y, en lo que dependa de España, la regulación europea.

Habría de ser una ley orgánica con apoyo de la mayoría de los españoles y acompañada de un compromiso de estabilidad legislativa, ya que vivimos una quiebra de los principios de confianza legítima y de seguridad jurídica como resultado de la incontinencia legislativa (y reglamentaria). El legislador también tiene una obligación frente a los legislados.

Los valores que habrían de reconocerse como inspiradores de esa ley serían los de la hermandad humana, de los vínculos históricos, de la misericordia, de la hospitalidad, de la libertad, de la amistad y el amor (o, si se quiere, el afecto), del cruce de culturas, de la convergencia y la mezcla de los pueblos. Y los principios de una globalización con rostro humano, y de gratitud, arraigabilidad e interés nacional.

Una ley así constituirá también un motivo para que muchos extranjeros amaran a España, particularmente aquellos que tienen un vínculo histórico con la madre Patria, pero

también muchos otros que verían en nuestra nación un baluarte de valores y principios jurídicos dignos de elogio.

Con esa postura axiológica, España también estaría en condiciones de plantear ante las autoridades de la Unión Europea un cambio de política migratoria; hay que ser realistas: la población euro-comunitaria dista de compartir los sentimientos mayoritarios de hospitalidad del pueblo español; pero lo primero que hace falta para emprender una lucha por el bien es adherirse a ese bien y profesarlo; lo cual es, por añadidura, una ventaja incluso en el áspero mundo del mercado (como acertadamente lo han señalado los especialistas de la ética empresarial). Y, sea así o no, todos sabemos que no sólo de pan vive el hombre.

En último extremo, y si fuera necesario, esos valores y principios podrían incorporarse a una enmienda de nuestra Constitución (ahora que eso ha dejado de ser tabú); con lo cual, además de salvaguardarse la seguridad jurídica, se conseguiría que ninguna normativa emanada de Bruselas pudiera estorbar su exequibilidad.

* El trabajo de investigación que ha dado como resultado la redacción de este artículo forma parte del Proyecto: «Un estudio lógico-gradualístico de los conflictos normativos» [BJU2001-1042] del Ministerio de Ciencia y Tecnología.