Lorenzo Peña

**«EL DERECHO DE EXTRANJERÍA EN LOS
ORDENAMIENTOS CONSTITUCIONALES»**

publ. en *Isegoría*, nº 26
(Madrid, 2002), pp. 181-217
ISSN 1130-2097

EL DERECHO DE EXTRANJERÍA EN LOS ORDENAMIENTOS CONSTITUCIONALES

por Lorenzo Peña

Copyright © 2002 Lorenzo Peña

publ. en *Isegoría*, nº 26
(Madrid, 2002), pp. 181-217. ISSN 1130-2097

Índice

- 0.— Introducción
- 1.— ¿Están incluidos los extranjeros en el ámbito de aplicación de los derechos y deberes fundamentales?
- 2.— Progresos y retrocesos históricos en la conciencia jurídica de los derechos migratorios
 - 2.1.— De la antigüedad al siglo XVIII
 - 2.2.— La cuestión migratoria en el constitucionalismo contemporáneo
- 3.— Las cláusulas de libre circulación en los espacios longitudinales de integración
- 4.— ¿Por qué es injusta la orientación actual?
- 5.— ¿Tiene el estado el derecho de prohibir la inmigración?
- 6.— El delito de la inmigración no autorizada
- 7.— Una propuesta alternativa: reconocer el derecho universal humano de migración por todo el Planeta
- 8.— ¿Es lícita la discriminación a favor de los nacionales?
- 9.— Objeciones

§0.— INTRODUCCIÓN¹

¿Están comprendidos los extranjeros en el ámbito de aplicación de los derechos y deberes fundamentales estipulados por las constituciones modernas? Lamentablemente, no. Ha habido, a lo largo de la historia, progresos y retrocesos en la conciencia jurídica de los derechos migratorios. Hoy tienden a establecerse cláusulas de libre circulación en los espacios de integración económica, al paso que, de manera general (y a salvo de dispensas individuales), viene prohibida la inmigración del sur al norte. Esa orientación actual es injusta. Ni se atiene a un principio de justicia natural ni respeta la tradición jurídica (en lo que comporta de derechos históricamente adquiridos). Es dudoso que tengan los estados derecho a prohibir la inmigración foránea. Menos aún es admisible que se considere un delito el auxilio a la inmigración no autorizada. Frente a los criterios hoy imperantes, este artículo formula la propuesta de reconocer el derecho universal humano de migración por todo el Planeta.

§1.— ¿ESTÁN INCLUIDOS LOS EXTRANJEROS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES?

En la cultura político-jurídica moderna —desde finales del siglo XVIII— los ordenamientos constitucionales estipulan unos derechos y unos deberes de los individuos (y crecientemente también de las personas colectivas). Los derechos en cuestión estriban en la licitud de ciertos disfrutes (que pueden consistir en comportamientos o en posesiones u otras satisfacciones), así como, por vía de consecuencia, en la prohibición de las conductas

¹. Dedico este artículo a Alberto Cillán.

ajenas que impidan, contra la voluntad del titular, esos disfrutes (por el principio lógico-jurídico de no vulneración); tales prohibiciones de estorbar el disfrute de un derecho ajeno inicialmente se definían sólo en relación con las autoridades públicas, mas —en el derecho constitucional de la segunda posguerra— se ha venido recalando crecientemente que también pesan (moduladas de otro modo) sobre los particulares. Por otro lado, los deberes de los individuos y de las personas jurídicas definidos en los ordenamientos constitucionales son, ante todo, deberes básicos para con la colectividad y para con los demás miembros de ésta, estribando justamente en la prohibición de acciones u omisiones que impidan a los demás disfrutar de sus derechos respectivos.

Ahora bien, ¿cuál es el ámbito subjetivo que se pretende determinar así? ¿Quiénes son los afectados por esas obligaciones constitucionales básicas y los autorizados a disfrutar de esos derechos garantizados por la norma fundamental de cada país?

En las teorías procedimentalistas —sean las del contrato social, sean las del consenso racional— tales derechos se definen, más que por unos rasgos objetivos, por su aptitud para ser adoptados mediante el procedimiento idóneo, con lo cual en principio parecen amparar sólo a quienes podrían participar en ese procedimiento, o a lo sumo a sus allegados o representados. De ahí que tales teorías tiendan a identificar a los individuos con los ciudadanos, miembros de pleno derecho de la comunidad política.

Para las teorías jusnaturalistas de los derechos fundamentales, éstos están enraizados en la propia e inherente naturaleza humana y por lo tanto, de suyo, tienen una aplicabilidad consustancial con el hombre, no circunscribiéndose a la ciudadanía ni ciñéndose al ámbito protegido en virtud de los procedimientos de producción de las normas (del consenso racional, del pacto social o cualesquiera otros).

Sin duda hay una amplia gama de fundamentaciones de los derechos subjetivos básicos, sin que tenga por qué juzgarse exhaustiva esa alternativa entre fundamentaciones jusnaturalistas y procedimentalistas. Mas, en cualquier caso, el moderno sentir jurídico y filosófico-político se halla ante varias dificultades en lo tocante a los derechos de los extranjeros:

- 1^a.— ¿Cómo puede el promulgador de la norma fundamental imponer obligaciones a quienes no son miembros de la comunidad política? Y ¿en virtud de qué les atribuye derechos? ¿En virtud de qué puede tener competencia jurídica para hacerlo? Porque a ciencia cierta una asamblea constituyente de un país no representa a los seres humanos de otros países, ni cabe entender que ha recibido de éstos ningún tipo de mandato.
- 2^a.— ¿Cuáles obligaciones y cuáles derechos? ¿Qué línea de demarcación, qué criterio pueden usarse sin arbitrariedad para separar los deberes y derechos de los ciudadanos de los de los individuos humanos?
- 3^a.— ¿De qué individuos humanos se trata? ¿Puede una constitución imponer deberes a todos los humanos? ¿Puede, o debe, otorgar derechos a todos los seres humanos? ¿O sólo a los residentes extranjeros?

Suele —más o menos implícitamente— considerarse que los únicos extranjeros que vienen afectados por derechos y obligaciones según un código constitucional son los que se hallen ya radicados en el territorio del estado donde se promulgue, y ello por pertenecer

de hecho a esa comunidad cívico-política, sólo que en medida restringida, o en proceso de integración. Esa situación de semi-pertenencia o semi-integración en la comunidad, en la población del territorio, los privaría transitoriamente de derechos electorales (y por ende de representación en la asamblea constituyente) mas no de cualesquiera derechos (y deberes) que vengan definidos en la norma fundamental y que estipulen las condiciones del pacto básico que liga a los habitantes del territorio con sus gobernantes. Así, el cúmulo de deberes y correlativos derechos que afectan a los residentes extranjeros ya radicados sería un subcúmulo del de los derechos y deberes de los ciudadanos, mas el fundamento básico sería esencialmente el mismo: el código constitucional estipula las cláusulas de un pacto social que vincula a todos los habitantes del territorio, aunque principalmente a los que están más afincados, o lo están desde hace más generaciones, de manera más estable y duradera.

Esa fundamentación, sin embargo, deja sin resolver el problema de los derechos y deberes de terceros que no forman parte de la comunidad cívica o poblacional, mas que son susceptibles de entablar relaciones con ésta y eventualmente de integrarse en ella. Por otro lado, el mero título de habitante del territorio exento de representación ¿cómo es que faculta para el disfrute de unos derechos a definir en la asamblea constituyente y cómo es que entraña unas obligaciones que determinará tal asamblea aduciendo el mandato recibido de los electores? Sin duda podemos pensar que el mero hecho de entablar relaciones humanas de sociedad, del género que sean, implica unos compromisos, explícitos o implícitos. Mas ¿por qué en particular los compromisos que vayan a venir definidos en un texto constitucional en cuya elaboración no tenga uno arte ni parte, ni directa ni indirectamente?

Por otro lado, un enfoque así tiende a relegar a una cuestión de derecho internacional público todo lo referente a las relaciones entre un estado y sus ciudadanos, de una parte, y los extranjeros, de otra, al menos los no afincados en el territorio de ese estado. Lo que determinaría deberes del estado X frente a extranjeros que no vivan en su territorio (pero que un día sí pueden ir a vivir allí) sería un precepto de derecho internacional, p.ej. un tratado de emigración, o una resolución de un organismo internacional al que pertenezca ese estado.

Así tendríamos que un estado contrae compromisos hacia extranjeros no residentes sólo por el derecho positivo, aunque las legitimaciones contractualistas o procedimentalistas sean en ese campo mucho más difíciles (salvo imaginando tal vez la previa legitimidad democrática de cada estado por separado y una facultad otorgada a los poderes públicos de cada estado para entrar en esos compromisos internacionales). Así, sea como fuere, sería siempre muy secundaria y derivada la competencia de un estado en relación con los extranjeros no residentes, precarizándose sobremanera tanto la imposición de obligaciones (y la demanda de responsabilidades) cuanto el reconocimiento de derechos.

§2.— PROGRESOS Y RETROCESOS HISTÓRICOS EN LA CONCIENCIA JURÍDICA DE LOS DERECHOS MIGRATORIOS

Parece útil, para perfilar mejor nuestra reflexión, hacer un examen histórico de cómo se ha ido situando la conciencia jurídica de los pueblos en relación con los derechos y deberes de y hacia los extranjeros.

§2.1.— De la antigüedad al siglo XVIII

En la antigüedad clásica se constituyeron los estados-ciudadanos. En ellos la soberanía era inherente a la comunidad de habitantes estables de un territorio, o a una clase de miembros de tal comunidad, y se ejercía inicialmente sobre ese territorio mas con un derecho a su ulterior expansión sin necesidad de contar con la aquiescencia de los habitantes de los territorios conquistados.

Esa comunidad cívica no se entiende de manera estricta, de suerte que hay habitantes del territorio que no vienen admitidos como miembros de la comunidad, incluso a lo largo de generaciones (esclavos, metecos).² Defínese la comunidad según criterios en parte genéticos o vínculos de sangre (aunque sean ficticios), mas crecientemente territoriales o simplemente de mero estatuto jurídico-legal (ser ciudadano es tener reconocido —según las formalidades de la ley— la denominación de ‘ciudadano’, con las consecuencias jurídicas de tal denominación). Esa evolución, naturalmente, va haciendo porosa la pertenencia a la comunidad. Extranjeros los hubo siempre en aquellas ciudades-estados; unos, de paso; otros, residentes de corta duración; otros, radicados para toda la vida, y a lo largo de generaciones.

Las relaciones entre la ciudad-estado y los extranjeros se regulan por el derecho de gentes (a medio camino entre lo que se juzga una norma básica e impromulgada que liga a todos los hombres unos con otros y lo que se ha ido perfilando como precepto consuetudinario por la práctica de los contactos entre los pueblos).³ Mas, con la porosidad de la ciudadanía estatal, la relación con el extranjero se va inspirando más en la propia normativa nacional.

Ese panorama y esa trayectoria no se aplican igual en todas partes. Se aplican menos a pueblos como el cartaginés —colonizador de una tierra extraña y anidando en medio de una población autóctona refractaria, indiferente u hostil—. Se aplican más a pueblos como los griegos y, sobre todo, el romano. Los bienes del estado de Roma son *bona populi Romani*. Quien declara la guerra y hace la paz es el pueblo romano (*senatus populusque Romanus*). Mas ese pueblo romano no es una comunidad estanca o cerrada; hay varios grados de pertenencia al pueblo (ciudadanos romanos, latinos y libertos de diversas categorías, forasteros que gozan de hospitalidad, clientes).

En la evolución de la visión del extranjero que tiene Roma se da, evidentemente, una gran modificación. En la Roma arcaica la visión era genético-sanguínea o gentilicia y por ello sólo los patricios eran ciudadanos. Los plebeyos eran, entonces, extranjeros (aunque frecuentemente fueran de linajes latinos, o sea de la misma lengua y sin duda con un

². En la Atenas clásica los extranjeros (al menos los que fueran de lengua helénica) podían instalarse libremente como metecos, poseyendo derechos civiles (no políticos) con dos excepciones: no podían ser propietarios de inmuebles ni casarse con ciudadanas. Estaban fiscalmente algo discriminados, y no podían actuar en el foro (salvo en defensa propia), gracias a lo cual uno de los más ilustres metecos, Lisias, se hizo un logógrafo para vivir, o sea: un hombre que redactaba discursos forenses que otros pronunciarían; a esa circunstancia debemos uno de los más hermosos legados de la retórica de todos los tiempos.

³. ‘Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. Quod a naturali recedere facile intelligere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se communis est’. (Digesto 1,1,4; Ulpiano 1.)

parentesco estrecho con los patricios de pocas generaciones).⁴ Eso empezó a cambiar desde la retirada de la plebe al Monte Aventino en -503; y siguió cambiando. Al final de la República lo que persiste de esa mentalidad es sólo imaginal. La comunidad ciudadana es ya entonces, y desde hacía siglos, una comunidad jurídico-territorial, aunque los latinos (y luego los italos) tuvieran un estatuto de semi-ciudadanos. Fue eso lo que dio a Roma la enorme ventaja popular, demográfica, poblacional que le permitió derrotar a Cartago en la segunda guerra púnica.

En siglos posteriores se acentúa esa tendencia a la vinculación entre ciudadanía y población del territorio (exceptuando los esclavos, aunque un número creciente de éstos se fuera beneficiando de las manumisiones y accediendo a la condición de libertos).⁵ Ya se practicó consuetudinariamente una regla de hospitalidad durante la República.⁶ El apogeo se alcanza en el período del Principado.⁷

Ahora bien, junto con ese modelo de soberanía poblacional-territorial, o de estado-ciudadano, la antigüedad conoce otros dos modelos: el de las soberanías dinásticas y el de soberanías puramente gentilicias. Éste último es el principal modelo no-territorial —la stirpe o raza de un pueblo, al cual se pertenece sólo por un vínculo genético. Esos pueblos autoidentificados por tal vínculo de sangre agreden a otros y ocupan sus territorios; allí se tienen que mezclar con los pueblos vencidos y sojuzgados, entrando en crisis esa identidad genética. Es lo que sucede en España bajo el yugo de los godos, cuando la casta germánica dominante se enzarza en una inextricable contradicción normativa que nunca pudo resolver.

⁴ ¿Hubo en los orígenes de la antigua monarquía romana una clase de habitantes libres no-ciudadanos? O bien ¿procedían todos los plebeyos de inmigrantes que se habían ido radicando en Roma? Es difícil saberlo. En todo caso, cuando estallan los conflictos sociales entre la plebe y el patriciado, tras la caída de la realeza en 510 a.C., la mayoría por lo menos de los plebeyos eran oriundos de tierras no-romanas, aunque perfectamente romanizados. V. Teodoro Mommsen, *Historia de Roma* (trad. de A. García Moreno, ed. Aguilar, 1962, t. I), p. 127.

⁵ Dice Teodoro Mommsen en su ya mencionada *Historia de Roma* (t. I, p. 124), refiriéndose al período arcaico de la República Romana: 'mediante la [hospitalidad] podía el extranjero establecerse en Roma con su familia y adquirir quizá propiedades. En Roma se practicó siempre la hospitalidad bajo su aspecto más liberal. El derecho romano desconoce las ... prohibiciones que impiden la adquisición de propiedad inmueble ...'.

⁶ Desde muy pronto hubo muchos el número de inmigrantes extranjeros en Roma. Ninguna traba ni prohibición les impedía entrar en Roma e instalarse allí —si bien, al principio, quienes no fueran nacionales de pueblos que hubieran pactado con Roma eran meros *hostes* (no exactamente en su acepción ulterior de 'enemigos' [en el lenguaje arcaico a los enemigos no se los llamaba 'hostes', sino 'perduelles', de 'duellum, más tarde 'bellum'; cf. Digesto 50,16,24pr.]; pero sí de gentes ajenas, carentes de estatuto protector, lo que los llevaba a buscar la tutela de un patricio u hombre poderoso, haciéndose clientes del mismo). Como lo dice Mommsen (pp. 208-9), en ese período el extranjero que no se ha colocado bajo la protección de un *patronus* romano no puede reivindicar derecho alguno; salvo uno: el de radicarse en Roma (y luego buscar un patrono). El peregrino propiamente dicho no necesitaba colocarse en esa dependencia clientelar por gozar de algún estatuto en virtud de un pacto de su nación con Roma (aunque fuera dediticio o de mera sumisión al poder romano). Ya en el año 242 a.C. se constituye una magistratura protectriz de los inmigrantes, la del *praetor peregrinus*, encargado de velar por la aplicación del *ius gentium* en formación (V. M.C. Howatson (ed.), *The Oxford Companion to Classical Literature*, voz *Law 2.4.*)

⁷ La Constitución Antonina del emperador Caracalla (212 de nuestra era) extendió la ciudadanía romana a todos los hombres libres del *orbis romanus*. (V. Gaston May, *Éléments de droit romain*, París: Sirey, 1920, pp. 98-9.) Ciertamente que después de su promulgación siguió habiendo *peregrini* en el imperio romano, o sea: hombres libres sin ciudadanía; es que siguieron produciéndose manumisiones (y, por lo tanto, hubo nuevos libertos) y siguieron llegando inmigrantes, bárbaros, de fuera del *limes romanus*. Esos nuevos peregrinos adquirirían la ciudadanía romana paulatinamente hasta la extinción del imperio.

La edad media europea-occidental se inicia bajo los auspicios de esa visión étnico-gentilicia de la soberanía, impuesta por los conquistadores germánicos, con la excepción del estado hispano-árabe de Al Andalus, cuyo modelo político ecléctico es muy diverso. Mas la fuerza de las cosas, la naturaleza misma de los lazos de convivencia, van imponiendo progresivamente el abandono de un modelo tan difícil de practicar; va emergiendo así la noción de soberanía dinástica. Bajo esa pauta, se diluye en gran medida la noción de extranjero. Cada señor feudal tiene sus siervos y sus vasallos ligados con él por una obligación de sujeción personal hereditaria; por lo demás, y exceptuada la barrera de religión (los no cristianos y los herejes en principio tienen pocos derechos), casi carece de importancia que un hombre sea de la propia tierra o un extranjero. No hay estatuto jurídico de extranjero, de manera general.

Más tarde se irá produciendo, desde la baja edad media, un resurgimiento de las microciudadanías municipales; y, a partir de ahí, de los pequeños estados ciudadanos: Suiza, Ginebra, Estrasburgo, Venecia, Génova, Pisa, etc. Son comunidades básicamente territoriales donde la ciudadanía está ligada al enraizamiento en el lugar (aunque, desde luego, dividida en estamentos con situaciones jurídicas abismalmente diversas y transmisibles hereditariamente).

A lo largo de esa evolución política, toda la tradición jurídica de la edad media y de la moderna —especialmente la del derecho español— fue la libertad inmigratoria,⁸ con la condición de profesar la religión oficial.⁹

En la España cristiana medieval siempre había sido lícita la inmigración transpirenaica, porque siempre hubo —por la reconquista y las olas de expulsión de los mudéjares— un serio déficit de población, que siguió empeorando hasta después de la expulsión de los moriscos a comienzos del siglo XVII.¹⁰

⁸. Los Reyes Católicos promulgan el 28 de octubre de 1480 una pragmática que concede a toda persona que viviera en sus reinos libertad para pasar a vivir de ellos a otros lugares y partes con sus bienes y haciendas. Sin embargo, Felipe IV, a la vez que mantenía la secular libertad de inmigración a España (limitada, por la legislación en materia religiosa, a los católicos), promulga en 1623 una pragmática en la que prohíbe la emigración, salvo la concesión de una licencia regia individual, so pena de perder los bienes dejados. No obstante eso no impide al que desee emigrar portando los bienes que quiera y pueda, sino que sólo acarrea la confiscación de los que deje atrás, a menos que haya obtenido la dispensa real. (V. González Trevijano, *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Civitas, 1991, p. 153, n. 41.)

⁹. La indulgencia real para con los inmigrantes era tal que hasta se permitió en cierta medida la llegada de protestantes, para los que se habilitó un régimen de relativa tolerancia en Sevilla, Cádiz, Málaga y Puerto de Santa María.

¹⁰. La prosperidad de Cataluña fue posible por la inmigración foránea, principalmente francesa. Dice Pierre Vilar (en *Catalunya dins l'Espanya moderna*, trad. Eulalia Durán, Barcelona: Ediciones 62, 1966, t. 3, pp. 135ss) que el censo de 1787 señala un número elevado de extranjeros, unos debidamente inscritos en los barrios «siguiendo su comercio», otros muchos no inscritos, obreros en paro, marineros, vendedores, criados, gente sin fortuna. Son inmigrantes clandestinos, indocumentados, pero su presencia no está prohibida (simplemente no está oficialmente amparada). Pese a esos datos, Vilar indica que, en su conjunto, el siglo XVIII había sido un período de sensible decrecimiento inmigratorio, al paso que los siglos precedentes habían conocido una inmigración masiva. Se basa en datos de Moreu-Rei y otros estudiosos y llega a la conclusión de que esa enorme inmigración salvó a Cataluña de una terrible crisis de despoblación entre el siglo XV y el XVII. También Jaime Vicéns Vives, (*Manual de historia económica de España*, Barcelona: Ed. Vicéns Vives, 4ª ed., 1965, p. 383) señala la inmensa importancia de la inmigración extranjera para la economía española en el siglo de oro. Se ha hablado —tal vez con exageración— de la decadencia de España desde fines del siglo XVI, en gran parte por la debilidad demográfica y la sangría de población que constituyeron las expulsiones de moriscos, la colonización americana y las desesperadas guerras para mantener incólume la monarquía hispánica de la Casa de Austria. Lo seguro es que esa relativa decadencia la palió, y en parte evitó, la inmigración.

Las grandes monarquías de la edad moderna mantuvieron esa secular regla consuetudinaria de libertad inmigratoria.¹¹

Eso es señaladamente así en España, no sólo bajo la casa de Austria,¹² sino también bajo la de Borbón,¹³ hasta el momento de la Revolución francesa.¹⁴

Se ha dicho que, si, a lo largo de siglos, los gobiernos españoles aceptaron y aun propiciaron la libre inmigración extranjera, si al menos no la prohibieron ni obstaculizaron nunca (salvo por motivos de fe), fue por una política de conveniencia, no porque creyeran nuestros gobernantes que debían permitirla; no, en suma por el reconocimiento de un derecho.

Ese argumento se refuta con tres objeciones.

1ª) En primer lugar porque hasta el siglo XIX (con algunas anticipaciones), no se plantea la cuestión de los derechos en términos radicales. El pensamiento jurídico oscila entre la regla de permisión —lo no prohibido es lícito—, y la de prohibición —lo no

¹¹. Aunque en medio de un vacío legal que dejaba desamparados a los inmigrantes en casos de arbitrariedad regia o nobiliaria.

¹². Hubo, desde luego, en el siglo XVII pensadores que juzgaron perjudicial al país la irrestricta libertad inmigratoria concedida por la Casa de Austria (limitada, eso sí, a los católicos, y por ende beneficiosa principalmente para los franceses, y en parte para los italianos). Así, Francisco Martínez de Mata (uno de nuestros más destacados autores y precursor del colectivismo, como lo señalaría Joaquín Costa) denuncia el mal que causan al país tantos franceses que, coaligándose, copando todo género de oficios —altos, medios y bajos—, desplazando así a los españoles, se adueñan de todo, para, tras años de ahorro y austeridad, regresar a sus países con el botín. Sin embargo, lo que propone no es prohibir la inmigración, ni limitarla, sino prohibirles a los inmigrantes retornar a sus países llevándose sus ahorros. El que quiera vivir en España ha de gastar aquí la mayor parte de lo que gana. (V. *Memoriales y discursos de Francisco Martínez de Mata*, ed. por Gonzalo Anés, Madrid: Ed. Moneda y Crédito, 1971, pp. 158ss, p. 492 y las notas del conde de Campomanes al texto de Martínez de Mata, pp. 493ss.) Dice Gonzalo Anés, p. 65: 'Mata era partidario de la inmigración de extranjeros siempre que se les prohibiese la salida'. En rigor parece que lo que había que prohibir era sólo que se llevaran todos los ahorros, según la tesis de Martínez de Mata.

¹³. D. Pedro Rodríguez de Campomanes, conde de idem (1723-1803) —referido en la nota anterior— era un pobre hidalgo asturiano y fue el político mejor preparado de su época. Fue Presidente del Real Consejo de Castilla desde 1783, de las Cortes del Reino y la Academia de la Historia, así como autor —entre otras obras historiográficas— de una *Historia general de la marina española*. Hombre de gran erudición, fue el único intelectual del reinado de Carlos III; acaso sólo él merece en parte el exagerado relumbrón de aquel despotismo pseudoilustrado. (V. Laura Rodríguez Díaz, *Reforma e ilustración en la España del siglo XVIII: Pedro Rodríguez de Campomanes*, Madrid, 1973, y M. Bustos Rodríguez, *El pensamiento socio-económico de Campomanes*, Madrid, 1982; v. también John Lynch, *Bourbon Spain 1700-1808*, Oxford: Blackwell, 2989, pp. 258-9.) Campomanes no anduvo siempre acertado en sus medidas, pero anhelaba el progreso del país y era consciente de la necesidad social y económica del reconocimiento del libre derecho de inmigración extranjera. Es uno de los temas en que se distancia de Martínez de Mata, al que en general elogia mucho. Para Campomanes había que 'atraer y agasajar' a los extranjeros que quisieran radicarse en España; aprueba la legislación patria que 'expresamente concede a los extranjeros católicos la libertad de establecerse en España, libertad ampliada por la última real cédula de 1772 a las provincias marítimas del reino' (V. el comentario a Martínez de Mata, p. 543, n. 176.) Añade Campomanes que no basta tener buenas leyes, sino que hay que 'suministrar a los extranjeros que se establecen los socorros y la protección que les es tan precisa'. Desgraciadamente, las Indias quedaban excluidas del ámbito de libre inmigración foránea, siendo ésa una de las causas de la secesión hispanoamericana. Insiste Campomanes en que una larga tradición legislativa española consagra esa libertad de inmigración extranjera porque (ibid., p. 544, n. 181) a los extranjeros 'la legislación española jamás les ha excluido y favorece particularmente su admisión y protección para establecerse'.

¹⁴. Subsiste el respeto regio al derecho de libre inmigración extranjera hasta el estallido de la Revolución francesa, en que empiezan a exceptuarse casos individuales por motivos de seguridad política; pero Godoy, en 1797, autoriza de nuevo el establecimiento libre de extranjeros, aunque fueran protestantes (un edicto de tolerancia que era totalmente novedoso).

autorizado es ilícito—,¹⁵ con tendencia a la primera.¹⁶ Reconocer un derecho no requería una declaración formal en la que se expresara así ni menos en la que el poder real se obligara a respetarlo; esto sólo excepcionalmente lo hacían los soberanos; menos aún en el período del absolutismo regio, siglos XVI al XVIII.

2^a) El derecho es el entramado de obligaciones y autorizaciones que sirve a la vida colectiva. Si había, como la había, una profunda e inveterada convicción en lo saludable para el bien público que era la inmigración, eso bastaba para concluir que era imperativo permitirla, y que, por ende, era y debía seguir siendo lícita; tal vez en última instancia no por título reivindicable por el inmigrante, pero el resultado es el mismo, porque un derecho es la licitud de un acto, no un algo que se tenga en virtud de lo cual el acto sea lícito.

3^a) Cuando Fray Francisco de Vitoria —en su gran tratado sobre el derecho de los españoles a conquistar las Indias— refuta todos los fundamentos usuales para legitimar la conquista, formula, sin embargo, otro fundamento válido (sujeto a la verdad del supuesto de hecho, que él no afirma ni niega), a saber: todo hombre tiene un derecho natural a viajar por cualquier país o mar, a anclar sus naves en ajenos puertos, a vivir pacíficamente allí y hasta a naturalizar allí a sus hijos; el estado que lo estorbe o impida va contra el derecho de gentes y puede lícitamente ser atacado y sometido para que se respete ese *ius communicationis* (o más bien libertad migratoria).¹⁷ ¿Hubiera podido Vitoria enunciar ese principio, y más como un axioma filosófico-jurídico irrefragable e inconcuso, si no se hubiera admitido comúnmente ese derecho natural de todo ser humano de la libre migración?

§2.2.— *La cuestión migratoria en el constitucionalismo contemporáneo*

Si, por consiguiente, a lo largo de la baja edad media y de la edad moderna se tiende a reconocer y respetar la libertad migratoria (hacia adentro y hacia afuera), hay, sin embargo, una faceta significativa que, en las grandes monarquías absolutas de los siglos XV al XVIII, presagia la restricción ulterior. Entonces no es más que eso, un esbozo, un atisbo. La causa de ello es que, a lo largo de ese período trisecular, dichas monarquías van evolucionando hacia una nueva legitimidad, hacia una soberanía territorial, introduciendo así un distingo entre el nacional —el *regnícola*— y el extranjero.

Poco a poco la conciencia social pasa a ver al monarca como el que ejerce una soberanía no sólo ni tanto por títulos hereditarios meramente dinásticos (o por el derecho

¹⁵ El lector podrá pensar que no hay diferencia entre el principio de permisión (el de que todo lo no prohibido está permitido) y el inverso principio de prohibición (el de que lo no autorizado está prohibido). La diferencia surge, no cuando se formulan como principios propiamente dichos (son equivalentes en virtud de la regla de contraposición: si el que p implica que q, el que no-q implica que no-p), sino cuando se entienden como reglas de inferencia especiales. La regla de permisión sostiene que, a menos que se infiera la ilicitud de un hecho, éste es lícito; la regla de prohibición dice que, a menos que se infiera la licitud de un hecho, éste está prohibido. Son reglas de inferencia *sui generis*, que no deducen una conclusión de unas premisas sino de la ausencia de algo entre las premisas, tomadas como verdaderas, y de las conclusiones de ellas deducibles; reglas expansivas del sistema deductivo, porque lo ensanchan. Un sistema con reglas de inferencia así puede no ser recursivamente axiomatizable.

¹⁶ *Actio praesupponitur licita*, en palabras de Leibniz, que no innovaba en ese punto sino que seguía la tradición del *ius commune*.

¹⁷ V. Francisco Tomás y Valiente, *Manual de historia del derecho español*, Madrid: Tecnos, 1983, 4^a ed., p.336.

divino que invocan sus titulares) cuanto por un pacto con el pueblo de un territorio, pueblo identificado y delimitado de algún modo (por vago y oscilante que sea).

Entonces va adquiriendo relevancia esa identidad colectiva y, por lo tanto, la necesidad de demarcarla de las demás.¹⁸

Las revoluciones de finales del siglo XVIII coronan ese proceso e inauguran algo nuevo: pasa a ser central la noción de ciudadanía, quedando más devaluada y precarizada la condición del extranjero —al paso que en el viejo orden feudal era en sí escasamente trascendente que alguien fuera de aquí o de otra parte (el ser de aquí no otorgaba sin más privilegios ni derechos, salvo que hubiera mediado un pacto hereditariamente vinculante, que ligaba, no por la territorialidad, sino por la relación genética con quienes lo hubieron suscrito en su día).

Por otro lado —y, en parte, contradictoriamente— las revoluciones americana y francesa sufren la fuerte impronta del jusnaturalismo (todavía más acentuado en la segunda revolución francesa, la de 1848). Eso las hace tender al reconocimiento de unos derechos del hombre anteriores al pacto social que determina los del ciudadano. Derechos que, correlativamente, imponen unos deberes de respeto ajeno y en suma vinculan a todos los seres humanos entre sí.

Si, de un lado, se tiende a fijar una condición privilegiada para el nacional, en perjuicio del extranjero, por el otro eso se compensa con una tendencia inversa a extender la mayor parte de los derechos cívicos a los extranjeros, además de reconocerse ampliamente la libertad de emigrar e inmigrar, sujeta, eso sí, en casos individuales, al arbitrio de la autoridad, que puede denegar la entrada a un extranjero o expulsarlo sin tener que motivar su decisión.

Ese derecho de viajar y radicarse en otra parte, sin embargo, tardó en reconocerse oficialmente. En la primera mitad del siglo XIX fue en gran medida entronizado en los hechos y generalmente respetado (con salvedades y excepciones preponderantemente individuales) pero todavía en un vacío legal. No se sentía la necesidad de legislar lo que comúnmente se admitía sin problemas. Es más, en la visión antimaltusiana de la época la población era la mayor riqueza, de suerte que los países que tuvieran la dicha de acoger muchos inmigrantes serían países prósperos.

Son principalmente los países hispánicos de América —que ven en la inmigración europea una fuente de prosperidad— los que más perfilan ese derecho, entonces nuevo (nuevo en su reconocimiento de derecho fundamental, aunque enraizado en una tradición secular). Y es que justamente la América española había sido excluida por la Corona de la libre inmigración extranjera, autorizada en la Península durante siglos.¹⁹

¹⁸ Es de notar, p.ej., que el pasaporte nace en el siglo XVIII. En principio cualquiera puede obtenerlo y usarlo para cruzar una frontera, pero sin tener garantías de que así será. En cualquier momento está sujeto un villano a una alcaldada regia. El amparo del poder regio sólo se obtiene cuando interviene un pacto entre dos monarcas para la mutua protección de sus súbditos (como sucede en el siglo XVII por los tratados de paz entre Francia y España).

¹⁹ La Constitución gaditana de 1812 suprimió esa discriminación y cualquier otra, como lo he mostrado en un artículo anterior.

La Constitución de la República de México de 1857,²⁰ tras declarar en el art. 1º ‘El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales’ (las cuales no fundan, por lo tanto, los derechos humanos, sino al revés) estipula en el art. 11: ‘Todo hombre tiene derecho para entrar o salir de la República, viajar por el territorio y mudar de residencia sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otro requisito semejante’. No es un derecho de sólo los mexicanos, sino de todo hombre. Naturalmente la República mantiene su derecho a expulsar a extranjeros que hayan causado daño al país entregándose a actividades delictivas.²¹ El mismo texto se mantiene, en lo esencial, en la Constitución de Querétaro de 1917, pero sufre después una enmienda que le quita casi todo valor salvo el de un recuerdo histórico.

En España la constitución democrática de 1869 y luego la no promulgada de la I República (1873) y la de la restauración borbónica (1876) siguen la pauta de esas constituciones hispanoamericanas (en las que seguramente se inspiraron),²² reconociendo el pleno derecho de emigrar e inmigrar de todos los seres humanos.²³

El período que precedió la primera guerra mundial fue, en general, de gran libertad migratoria. Implícitamente los estados reconocen que tienen unos deberes respecto de todos los seres humanos, no sólo los habitantes de su propio territorio, sino todos (aunque el racismo de la época —unido a las condiciones materiales de vida— limitara en la práctica el alcance de ese cuantificador universal). Uno de esos deberes era el de no estorbar su derecho a radicarse en el propio territorio. En general, sin embargo, no gozó de un reconocimiento legal explícito, mas sí del amparo de una norma de derecho internacional consuetudinario.²⁴

²⁰ V. Feliciano Calzada Padrón, *Derecho Constitucional*, México: Harla, 1990, pp. 527ss.

²¹ El contexto indica claramente la diferencia entre los derechos de *todo hombre* y los de los ciudadanos de la República, a los que está reservado —art. 9— tomar parte en los asuntos políticos del país.

²² En los debates constitucionales de 1868-69 se esgrimió como argumento a favor de la libertad de cultos que la misma favorecía la inmigración —al paso que el elemento católico, adverso a esa libertad, argüía que lamentablemente ni por ésas nos beneficiaríamos de flujo migratorio alguno, sino que los emigrantes pasarían de largo, rumbo a tierras americanas.

²³ La Constitución democrática de 1869 estipula en el art. 25: ‘Todo extranjero podrá establecerse libremente en territorio español’. El art. 26 reconoce a los españoles el derecho de salir libremente del territorio español y el de trasladar su residencia y haberes a país extranjero. El proyecto constitucional republicano de 1873 dice lo mismo en sus arts. 27 y 28, respectivamente. La Constitución monárquica de 1876 establece en su art. 2: ‘Los extranjeros podrán establecerse libremente en territorio español’.

²⁴ En España los pasaportes para el extranjero fueron suprimidos por el Real Decreto del ministro Posada Herrera de 17-12-1862 restablecido en vigor por Real Orden de 1878. La doctrina jurídica predominante alega que no se trataba del reconocimiento de un derecho de los españoles a salir de España ni de los extranjeros a entrar en ella, sin trabas, si no de una necesidad pragmática; el preámbulo del citado Decreto alega: ‘los pasaportes son un trámite que, sin garantizar ningún género de intereses, opone verdaderos obstáculos al desenvolvimiento de las relaciones industriales y comerciales en que se cifra el porvenir de las naciones modernas’. (Cf. P.J. González-Trevijano, *op.cit.*, p. 135, n. 7.)

Sin embargo, hay que entender el espíritu de la época. Los llamamientos a la abolición de la esclavitud se hacen invocando los efectos antieconómicos de la institución más que su crueldad e inhumanidad. No sólo el partido moderado —que empuña el timón gubernamental en 1862— sino también sus continuadores de la Restauración en 1878 se dirigen a unas clases acaudaladas para las que aun los derechos han de justificarse en términos de eficacia económica. En el fondo, sin embargo, se trata de reconocer derechos. Y, en definitiva, lo que dicta e impone la vida —lo que responde a la naturaleza de las cosas— es lícito, es un derecho.

El desencadenamiento de la guerra de 1914 dio al traste con esa tradición humanitaria. El pasaporte se implanta de manera general. Se somete crecientemente la licitud de la residencia de los extranjeros a la previa obtención de una carta de residente, que va cobrando los perfiles de un permiso de residencia. Hasta entonces, y en virtud del principio de permisión, era lícito radicarse en un país, salvo prohibición expresa. Ahora es ilícito salvo autorización expresa. Miles y miles de residentes son internados en campos de concentración en los diversos países beligerantes por ser oriundos de estados enemigos.

A partir de la primera guerra mundial cesa de ser fácil e improblemático cruzar las fronteras. Ha empezado el período de los permisos de salida y de entrada, pasaportes y visados, de las *cartes de séjour*.²⁵

Sin embargo, en las negociaciones que condujeron —inmediatamente después de finalizada la guerra— al tratado de Versalles y a la erección de la sociedad de naciones en 1919, se coloca sobre la mesa una propuesta cuyo alcance revolucionario para la concepción de los derechos humanos todavía no se ha señalado lo suficiente: el embajador nipón propone que cada estado signatario del pacto de la sociedad de naciones se comprometa a reconocer a los ciudadanos de los demás estados miembros de tal sociedad los mismos derechos y las mismas libertades que a los suyos propios (exceptuando sólo los específicamente políticos). Eso hubiera implantado, entre otras cosas, una libertad de circulación entre todos los países independientes del mundo como la que hoy ni remotamente se da ni siquiera en el espacio de Schengen. Un poco por instinto, rehusaron su aquiescencia las potencias occidentales;²⁶ la idea quedó perdida en los debates.²⁷

Si, en tantas cosas, ha habido, desde la primera guerra mundial, una clara progresión del derecho internacional en el reconocimiento de los derechos de los individuos humanos (especialmente la inclusión de los derechos sociales), en lo tocante a la condición del extranjero la evolución ha sufrido una bifurcación. De una parte, se ha afianzado un cierto garantismo hacia el estatuto jurídico del extranjero autorizado, o sea de aquel que haya obtenido una expresa autorización de entrada y residencia. De otro lado, sin embargo, se ha desprotegido casi del todo al extranjero que no goce de esa autorización expresa. A

²⁵ En Francia la *carte d'identité* se impuso obligatoriamente a todos los trabajadores extranjeros sólo por Decreto del 21 de abril de 1917. (V. Loussouarn & Bourel, *Droit international privé*, París: Dalloz, 1996, p. 671). Era un precepto reglamentario extralegal (y constitucionalmente de dudosa conformidad a la Ley, que no autorizaba tal coerción administrativa), pero todavía no se formuló su imposición en términos de concesión discrecional, sino como un trámite. Se transforma en instrumento de selección de candidatos a la inmigración sólo en 1938 (ibid. p. 672), siendo reforzado ese régimen de admisión facultativa por los preceptos de 1945. De simple *carte d'identité*, medida de registro y control, se pasa al *permis de séjour*, que la administración puede denegar si le da la gana. Las leyes francesas posteriores, igual que las españolas, recalcan que los extranjeros no tienen un derecho de entrada en el territorio, sino que las autoridades estatales pueden libremente rehusar esa entrada según su criterio. (Ibid. p. 676.)

²⁶ Sin embargo no parecen haberse percatado del todo del alcance de la propuesta japonesa.

²⁷ De todos modos, no hubiera beneficiado entonces a los cientos de millones de habitantes de los imperios coloniales (la India, Palestina y Mesopotamia inglesas, las Filipinas norteamericanas, Siria y el Magreb franceses, Libia italiana etc), puesto que las potencias coloniales tenían derecho a no dejarlos salir.

éste sólo lo amparan algunas cláusulas humanitarias genéricas, salvo en casos en que pueda aducir con pruebas su condición de asilado político o refugiado.²⁸

Desde luego, el derecho vigente prohíbe que el extranjero sin permiso de residencia pueda ser torturado, sometido a esclavitud, matado o entregado a autoridades extranjeras que le sean políticamente hostiles (y aun esto último sólo en casos especiales). Por lo demás, no goza de derecho alguno, salvo el derecho condicional a, si llega a obtener permiso de residencia, entonces disfrutar de derechos concomitantes. El extranjero que no haya obtenido permiso de residencia es un paria. Su condición en la sociedad de hoy es mucho peor que la que tenía antes de 1914.

2.3.— *La cuestión migratoria en las constituciones españolas del siglo XX*

La Constitución republicana de 1931 se promulga en un ambiente internacional en el cual, desde 1914, se había abandonado la libertad de migración; el texto de 1931 se ajusta a las ideas imperantes, porque nuestros grandes constitucionalistas nunca han sido hombres capaces de un pensamiento genuinamente patrio y original. Por ello abandona el jusnaturalismo del proyecto constitucional republicano de 58 años antes, así como el reconocimiento en particular de la libertad migratoria de todo ser humano. Sin embargo, todavía conserva dos rasgos valiosos al respecto. El primero es que el art. 31 dice: 'El derecho a emigrar o inmigrar queda reconocido y no está sujeto a más limitaciones que las que la ley establezca'. Añade que una ley especial determinará las garantías para la expulsión de los extranjeros del territorio español. El tercer párrafo del mismo artículo proclama la inviolabilidad del domicilio de todo español o extranjero residente en España.

Clarísimamente se están reconociendo en ese artículo los derechos a emigrar y a inmigrar de todo hombre (y toda mujer, porque la Constitución de la II República proclama la igualdad de sexos)²⁹. Viene consagrada como una libertad fundamental que se reconoce (no que se otorgue); como un derecho del ser humano que la ley puede limitar pero no rehusar ni ignorar.

La limitación será una regulación del ejercicio, pero no generará un derecho adicional de entrada o de residencia en España, pues ése está incluido en la libertad migratoria del hombre. La ley puede sólo establecer unas condiciones —razonadas y basadas en intereses del país— para regular el ejercicio del derecho migratorio excluyéndolo o aplazándolo en casos de conflicto con el bien común de la República española. El que se vea así rehusado en su pretensión de venir a vivir a España no pierde el derecho de hacerlo en abstracto —que le reconoce la Magna Carta republicana—, pero sí la facultad de ejercer

²⁸. Pese al retroceso del derecho de libre migración desde 1914, todavía el primer proyecto de Constitución de la IV República Francesa del 19 de abril de 1946 declaraba: (art. 5): 'Tout homme a le droit de se fixer en tout lieu et de se déplacer librement' (sin que 'homme' se tomara forzosamente como varón, porque el art. 1º decía: 'La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme'). Está claro que ese texto reconoce un derecho natural, previo a cualquier concesión legal, a todo ser humano (adulto) de ir y venir y de radicarse donde desee, en cualquier territorio del planeta. No es un derecho de los franceses, ni una cláusula del pacto social francés, ni se limita al interior de la República o de la Unión francesa de entonces. Lamentablemente el proyecto fue rechazado en plebiscito, y el texto adoptado en el otoño de ese año 1946 abandonaba lo más progresista del texto inicial, incluyendo el humanismo jusnaturalista y, en particular, ese derecho humano de libre migración. Dos años después, la Asamblea General de las NN.UU. en su aguada y desvaída Declaración Universal, omitió ese derecho de libre migración.

²⁹. V. los arts. 25, 36, 40, 43, 53.

—en ese momento y en esas condiciones— el derecho migratorio; mantiene su facultad de ejercerlo después o de otro modo o bajo condiciones diversas. Ni reduce eso el reconocimiento a una mera fórmula hueca. El aspirante descartado tiene derecho a saber por qué lo ha sido y formular —tal vez más tarde o en otras condiciones— una nueva solicitud, ya que la negativa nunca podrá pretender que el aspirante carece del derecho a venir a vivir a España, sino sólo que todavía no cumple ciertas condiciones a las cuales está condicionado el disfrute de ese derecho.

Por otro lado, esas limitaciones al ejercicio del derecho universal de inmigración a España sólo las puede imponer la ley. Nada parecido al sistema actual en el que lo que se da es una prohibición general (salvo para los súbditos de estados miembros del espacio europeo) con exenciones individuales de tal prohibición acordadas discrecionalmente por la administración, sin sujeción forzosa a un criterio legal. Evidentemente la ley no puede individualizar; no puede decidir si se cumplen o no las condiciones en tal caso particular; es menester acudir al criterio de la administración y, eventualmente, al del juez contencioso-administrativo; pero —según el espíritu de la Constitución republicana de 1931— la administración no tiene otra potestad que la de apreciar si en un caso se da o no el supuesto de hecho (el cumplimiento de condiciones marcadas por la ley) que acarree, en virtud de una norma con rango de ley, la facultad de ejercer el derecho a inmigrar a España.

El segundo rasgo importante de la regulación inmigratoria de la Constitución republicana de 1931 es la estipulación del art. 24.2 de que ‘se concederá ciudadanía a los naturales de Portugal y países hispánicos de América, comprendido el Brasil, cuando así lo soliciten y residan en territorio español’. Aunque tal cláusula no promete el derecho a residir en territorio español a todos los iberoamericanos, la conexión de este artículo con el 31 sí impone al legislativo la obligación de promulgar una ley sobre el ejercicio del derecho migratorio que facilite la residencia de los iberoamericanos, excluyéndola sólo en casos excepcionales y por motivos graves, ya que potencialmente todo iberoamericano es un español. Es más, el tenor de ese art. 24.2 ni siquiera condiciona la obtención de nacionalidad española a una residencia autorizada o legal en territorio español, sino al mero hecho de la residencia; lo cual se explica porque, en virtud del art. 31, en principio esa residencia es libre, pudiendo estar limitada sólo por mandamiento legislativo y según criterios objetivos, legalmente tasados.

Vale la pena comparar ese par de artículos de la Constitución republicana de 1931 con lo dispuesto al respecto en la vigente constitución de 1978, en sus artículos 11.3 y 19§2. Ese último es el que regula la libertad de entrada y salida. Está limitada a los españoles; mas no les reconoce ningún derecho de emigrar; ni, menos aún, reconoce derecho alguno de los extranjeros a inmigrar. El único derecho que, en este punto, se concede a los españoles es el de escoger su residencia dentro del territorio español (art. 19§1) y el de cruzar la frontera en sentido de salida y entrada; de lo cual no se sigue ni el derecho a fijar su residencia fuera de España ni el de cruzar la frontera hacia afuera sin volver a cruzarla para entrar. (En efecto: por un principio de lógica jurídica, el derecho de A-y-B no implica un derecho de A ni un derecho de B, porque puede que el derecho de B sea condicional respecto al cumplimiento de la condición A.)

Que la vigente constitución no reconoce a los españoles el derecho a emigrar lo confirma la previsión del art. 42, que encomienda al Estado velar por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientar su

política hacia su retorno. No se dice que el retorno haya de ser voluntario. La presencia de trabajadores españoles en el extranjero (no la de otros emigrantes españoles no insertos en relación laboral) viene así tomada como una situación de hecho preexistente, que hay que regular y tratar de eliminar. Está clara la idea del constituyente: el sitio de esos trabajadores está en España, no fuera. A fortiori, pues, está claro que el sitio de los extranjeros está en el extranjero. Un estado que ni siquiera reconoce a sus nacionales la libertad de emigrar menos va a reconocer a los extranjeros la de inmigrar.

Verdad es que el art. 149.1.2 reconoce competencia exclusiva al estado en materia de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo. Puede ello hacer pensar que la constitución no excluye radicalmente la licitud de actos de emigración o inmigración. Eso es verdad, pero claramente son actos que se eximen de la prohibición general. El tenor del precepto es claro: mientras que el asilo es un derecho, la emigración, la inmigración y la extranjería no lo son. Son situaciones de hecho consentidas o, a lo sumo, situaciones excepcionalmente lícitas por la concesión de un permiso administrativo individual.

Pasemos al otro problema, el de los derechos de los iberoamericanos. A diferencia de lo estipulado en 1931, en la vigente constitución (art. 11.3) sólo se autoriza al estado a ‘concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España’. ¿Qué es especial vinculación? ¿Cuán especial? Si el constituyente quiere decir algo que podemos adivinar, no parece atreverse a decirlo y el tenor del resultado nos ahorra comentarios. Pero lo que está claro es que a los latinoamericanos no se les está otorgando ahí derecho alguno, porque ni siquiera está el Estado español obligado constitucionalmente a concertar esos tratados.

§3.— LAS CLÁUSULAS DE LIBRE CIRCULACIÓN EN LOS ESPACIOS LONGITUDINALES DE INTEGRACIÓN

En el derecho internacional convencional, se ha perfilado una tendencia en los últimos lustros a imponer a los estados un deber de acogida de ciertos extranjeros; concretamente eso sucede por el derecho integracional regional, que es un híbrido —a medio camino entre un derecho federal o confederal y un puro derecho internacional. Los acuerdos regionales de integración incorporan cláusulas de libre circulación (inicialmente sólo de mercancías y a lo sumo de trabajadores) que imponen a los estados la obligación de no rechazar a los extranjeros, siempre que se trate de nacionales de los países signatarios del acuerdo en cuestión.

En el espacio europeo eso ha sucedido en virtud de un creciente número de convenios, llegando a su máximo con los tratados de Maastricht y Amsterdam y el convenio de Schengen. Sin embargo, hay una serie de limitaciones que merece la pena señalar.

- En primer lugar, son derechos de los ciudadanos de los estados firmantes; en ciertos casos son extensibles a otros residentes legales de tales estados, aunque no sean nacionales, mas eso está ya sujeto a significativas restricciones.
- En segundo lugar, no se ha obtenido el derecho a ir a vivir y seguir viviendo en cualquier territorio del espacio europeo así delimitado, sino sólo el derecho a ir a desempeñar actividades económicas catalogadas, aunque, eso sí, con un criterio y un abanico

amplios. Han surgido problemas respecto a si el estado receptor tiene el derecho de rehusar la entrada a quien acude a él en busca de oportunidades para ejercer una de tales actividades, sin haber asegurado previamente medios que le den la garantía de poder realizarla. (Así, ¿tiene un obrero italiano derecho a ir a Francia en busca de una oportunidad laboral, sin tener previamente ofertas ni expectativas determinadas de oferta de empleo?) Cualquiera que sea la solución que se encuentre a tales interrogantes (sujeta a la jurisprudencia y a actitudes políticas), la pregunta surge porque no se ha reconocido en absoluto un puro y simple derecho a ir a vivir al otro país (como el que existe de ir a vivir a cualquier parte del propio territorio nacional).

- En tercer lugar, y por si no bastara lo anterior, se ha sujetado expresamente el ejercicio del derecho de (relativa) libre circulación europea a que no constituya carga para el estado receptor; o sea, a que no entrañe el disfrute de ningún derecho social o positivo. Mas no sólo eso; no sólo se excluye el eventual disfrute de esos otros derechos, sino que, para que ni siquiera se llegue a plantear el problema, a quienes estuvieran en situación de tener que acudir a algún género de asistencia pública se los excluye por las buenas del derecho de desplazarse al otro país.
- En cuarto y último lugar se han reconocido amplísimas prerrogativas estatales de proscripción individual, sin establecerse muchas garantías contra la arbitrariedad. A un español no se le puede prohibir residir en Andalucía salvo por virtud de condena penal. A un nacional de un estado de la unión europea otro estado puede impedirle vivir allí casi discrecionalmente (aunque no le esté permitido al estado dictar normas restrictivas arbitrarias de carácter general, sino que haya de tomar las decisiones individualmente, y aunque se concedan al afectado algunos recursos; mas no el recurso de aducir un derecho inviolable a residir allí, porque eso no lo tiene).³⁰

Mas, si es ése el panorama aun en el marco del espacio europeo, la situación es mucho peor en lo que atañe a las relaciones entre diversos espacios de integración —así como a las muchas naciones que están fuera de tales espacios—, sin que atenúe nada el rigor de las prohibiciones la existencia de vínculos históricos, lingüísticos, culturales y de parentesco.

De hecho los espacios de integración que se han ido levantando o que están en proyecto actualmente suelen ser longitudinales, al paso que las zonas de vinculación por lazos naturales son, generalmente, latitudinales. ¡Expliquemos esa terminología!

³⁰. Las restricciones aquí formuladas al derecho a residir en España de los súbditos de estados miembros del «espacio económico europeo» se regulan en el R.D. 766/1992 y 737/1995. El art. 10 especifica como condición para obtener la expedición de la tarjeta de residencia (sin tener la cual es ilegal la permanencia en España más allá de 3 meses) la presentación del contrato laboral o de certificado de actividad económica, salvo si se pretende residir como estudiante (para lo que hay que presentar certificado de matrícula y acreditación de recursos económicos) o como jubilado (para lo que bastará acreditar el disfrute de una pensión de jubilación igual o superior a la establecida por la Seguridad social española, lo cual es tautológico en este caso; hay también otros supuestos, como el de familiar o el de trabajador fronterizo. El cap. III del citado RD de 1992 prevé las facultades de la administración para rehusar la expedición o renovación de la tarjeta de residencia y para impedir la entrada en España aunque los interesados presenten toda la documentación requerida, por una multitud de razones no tipificadas (y en definitiva de apreciación arbitraria) como (art. 15.1) la seguridad pública, la salud pública o el orden público. De todo ello se sigue que ni siquiera los nacionales de esos países privilegiados tienen la libertad de vivir en España.

Al hablar de lazos naturales entre los pueblos me refiero a los lazos que se han entablado entre ellos por hechos de cultura, claro, y no a vínculos de naturaleza extracultural. Ahora bien, la cultura tiene su propia naturaleza. Lo natural en la vida cultural de una especie social se opone a lo artificial, aunque desde luego la diferencia es de grado.

La naturaleza en la vida cultural es lo que se va formando paulatinamente a lo largo de siglos, por el efecto conjugado de miles o millones de voluntades individuales y de grupo que van configurando voluntades colectivas; es lo que aparece como espontáneo, como brotando del quehacer no sólo de amplias masas populares sino también, claro, de sus dirigentes. Éstos sin duda juegan a menudo un papel decisivo, mas —para que quepa hablar de lo natural de la cultura— sus decisiones están sometidas a una condición suspensiva de ulterior aceptación masiva. Las decisiones de los líderes, de los gobernantes, de las élites, nunca hacen surgir directamente algo natural en la vida cultural; mas muchas veces sí lo hacen surgir indirectamente, cuando vienen secundadas por amplias masas que, poco a poco, a lo largo de decenios o siglos van plasmando ese rasgo natural de la cultura en su vida colectiva.

Desde luego esta descripción no pretende ser absolutamente exacta, y encierra algunas locuciones cuya delimitación es problemática; además habría que proporcionar criterios de algún rigor. Sin embargo, vale como una aproximación razonable. Todos sabemos distinguir una lengua natural, como el chino, el malgache, el toscano, de una artificial como el volapük. Mas hay múltiples casos intermedios, como el de lenguas naturales a las que se sobrepone una codificación o normalización en cierto modo artificial. En general, un hecho de cultura de sociedades humanas es tanto más artificial (o menos natural) cuanto más súbito es, cuanto más surge directamente por decisión de uno o de pocos, cuanto menos influencia causal en su formación tienen amplias masas y un número de generaciones consecutivas, cuanto menos aparece como una decantación o un precipitado de una larga y lenta evolución histórica.

Pues bien, aclarado lo que entendemos por lo natural y lo artificial en la cultura, falta aún por definir los vínculos latitudinales y longitudinales. Los primeros los entiendo como los que unen a países frecuentemente no contiguos geográficamente, separados entre sí por el mar, y no pocas veces situados en latitudes diversas. Las relaciones longitudinales se dan principalmente entre países que forman, directa o indirectamente, masas continentales (o que, siendo insulares, están contiguos a masas continentales) y corren frecuentemente más en la dirección de este a oeste que en la de norte a sur.

Esa denominación no tiene pretensión de exactitud y de hecho ha de ser tan matizada que el matiz será una fuerte corrección. Mas nos sirve como aproximación.

Hay en el planeta una serie de espacios discontinuos en los que vemos la presencia simultánea de:

- 1º) fuertes vínculos naturales (de la naturaleza cultural o de la cultura natural, en el sentido apuntado); y
- 2º) una relación latitudinal —un eje norte-sur y una separación marítima.

A la vez hay muchos espacios longitudinales en los que no se aprecian apenas esos lazos de la naturaleza cultural. Ciertamente que hay un vínculo natural entre ellos, mas es la mera proximidad geográfica o el mero hecho de formar una masa territorial. Es un hecho de

naturaleza, mas no de naturaleza cultural. Es un hecho más de geografía física que de geografía humana.

Digamos que los primeros espacios o bloques de países son bloques históricos y los segundos son bloques geográficos. Entre los bloques históricos tenemos:

- 1) El espacio francófono, formado por los territorios que hasta fecha muy reciente estuvieron bajo la soberanía de la República francesa y en los cuales el francés (y el derecho francés, y la historia y la literatura francesas) son el aglutinante de la cultura; así: Senegal, Malí, el Congo-Brazzaville; añadiéndose países preponderantemente francófonos contiguos (el Congo-Kinshasa) y en cierta medida otros donde también el francés es lengua oficial;
- 2) El espacio ibérico de los países de lengua portuguesa o española, que han estado históricamente (hasta fechas históricamente recientes y en general durante siglos) bajo la soberanía de una u otra de las dos naciones ibéricas y han mantenido con ellas y entre sí miles de lazos culturales (migracionales, de parentesco, de mutua influencia jurídica, educativa, institucional, editorial);
- 3) El espacio de la *Commonwealth* británica, que es una peculiar obra institucional inglesa, en parte artificial, mas cuyo arraigo y cuyas bases de profunda vinculación cultural van desafiando la prueba del tiempo.

Un espacio que está unido por un vínculo de naturaleza cultural (o de cultura natural) —lingüístico, histórico, de mentalidad, de tradición, de conciencia social— es el mundo árabe, aunque éste forma una unidad geográfica longitudinal. Si la historia hubiera sido de otro modo, se hubiera formado en el océano índico un espacio cultural malayo o hubiera sido pertinente hablar de un espacio chino en el Asia oriental. Tal como se han desarrollado las cosas en estos últimos siglos, lo uno o lo otro sería exagerado. Mas la lista que he presentado no es exclusiva, ni el grado en que se da la unidad histórico-cultural es igual en esos tres casos enumerados.

Por otro lado, los espacios de integración suelen ser meros bloques geográficos: Europa, América del Norte, África (esto último hasta ahora sobre el papel y con perspectivas muy dudosas de cuajar); algunos piensan en un bloque del extremo oriente, o del Asia meridional, mas todo eso son meras conjeturas que obedecen a un prurito de simetría, de cuadriculación y de trazado de esferas de influencia desde los gabinetes de los arregladores del mundo.

Sin duda los diversos pueblos de esas amplias zonas geográficas no han vivido tan separados que no haya habido entre ellos nexos históricos y culturales: han recibido influencia unos de otros, han desarrollado a menudo técnicas afines, han convergido a veces hacia instituciones parecidas. Mas es difícil apuntar ni un solo rasgo cultural (o poblacional, etnográfico, genético o cualquier otro de la vida colectiva) que una a todos los países de uno de esos bloques longitudinales más que a algunos de esos países con otros países de fuera del bloque. Lo único común a los llamados ‘europeos’ es ser de la especie humana y hablar

una lengua humana —aparte, claro, del estar encerrados por una línea geográfica imaginaria que divide la superficie del planeta Tierra en Europa y no-Europa.³¹

Eso nos hace ver la distancia entre las zonas naturales de vinculación o comunicación humana y las líneas actualmente admitidas de integración —aquellas que marcan los itinerarios a lo largo de los cuales se tiende a permitir la migración, aunque (según lo hemos visto) no sin significativas cortapisas—. La migración está prohibida (salvo excepciones) entre unos países y otros de una misma zona natural (espacio histórico-cultural de dimensión latitudinal), al paso que se permite (salvo excepciones) entre unos países y otros de una misma zona culturalmente heteróclita de integración longitudinal.³²

Las zonas longitudinales de integración —que tienden a configurarse en espacios de libre migración interna— son, paradójicamente, zonas culturalmente tan heterogéneas y tan poco unidas por una tradición cultural que la migración tiende a ser puramente marginal. Además de eso, hay otro factor: se tiende a formar esas uniones meramente geográficas sobre la base de una similitud económica, no de una complementaridad. Países del norte y del sur pueden ser fuertemente complementarios entre sí; mas los del norte entre sí, o los del sur entre sí, tienden a ser económicamente redundantes o repetitivos, más que complementarios.³³

¿Qué importancia tiene que todo esté sucediendo así? El resultado es que se prohíbe la migración a lo largo de los itinerarios migratorios en que más falta hace, en que más posibilitada está por lazos lingüísticos e históricos, en que más responde a un anhelo ampliamente sentido, en que más problemas sociales podría aliviar, y en que podría beneficiar a mayor número de personas y de grupos. Se tolera, en cambio, a lo largo de itinerarios migratorios que, pese a la autorización, apenas cobran realidad. Un profesor de química español difícilmente emigra a Suecia para enseñar en sueco; un agente comercial danés es improbable que emigre a Italia para desarrollar su labor profesional (sea en danés sea en italiano); no es fácil aprender el griego, finlandés, gaélico, neerlandés, portugués y pronto lenguas eslavas. Por otro lado, la necesidad de emigrar se hace sentir sólo marginal y casi puntualmente en esos países, y cuando se da no va dirigida forzosamente a otros países de ese espacio.³⁴

Las cosas están, pues, así: donde y adonde más falta hace emigrar y más corre o correría el flujo migratorio por una vía natural (de naturaleza cultural), la migración está prohibida. Donde menos falta hace y donde es más difícil —por barreras y distancias de

³¹. Línea que ni siquiera tiene la base de geografía física que tienen África o el continente norteamericano; Europa ni siquiera es una península.

³². En rigor esto hoy sólo se aplica a la unión europea, y más que nada a la zona Schengen; dentro del espacio norteamericano, se excluye a México en ese importante aspecto; y en otras zonas, como la eventual y soñada unión africana, una libertad migratoria interna ni es ampliamente anhelada ni resolvería muchos problemas ni está en el orden del día.

³³. De nuevo eso es cuestión de grado; y hay un efecto-frontera que repercute sobre el mercado, y éste sobre la actividad económica, dando lugar, a largo plazo, a ciertas complementaridades nuevas; así se prevé que —por el camino actual de integración— dentro de unos lustros Francia dejará de ser un país industrial, desplazándose toda la manufactura al este del Rin.

³⁴. Todavía hoy un profesor español tiene más probabilidades de obtener empleo en Argentina o en Costa Rica; uno francés, en el Malí o en Madagascar; uno inglés, en Australia o en Jamaica.

historia, lengua, tradición, costumbres, rasgos de la conciencia colectiva—, allí es lícito (y aun eso no de manera absoluta).

§4.— ¿POR QUÉ ES INJUSTA LA ORIENTACIÓN ACTUAL?

¿Es justa la disparidad que acabamos de señalar? Creo que es injusta. Por dos razones.

PRIMERA RAZÓN: el derecho de emigrar (de cualquier lugar a cualquier lugar) es un derecho natural de la persona humana; derecho que podrá limitarse en su ejercicio por causas —debidamente razonadas y motivadas— de salvaguardia de salud o seguridad públicas, por la defensa del medio ambiente en casos de congestión; serían excepciones argumentadas, caso por caso, y siempre planteadas como exclusiones provisionales del ejercicio del derecho.

Aunque no es ése el tema del presente artículo,³⁵ creo que se puede argumentar a favor de ese derecho natural de la persona humana sobre la base de que la ley no puede prohibir lo que forma parte de la vida natural de los hombres como especie social; podrá, excepcionalmente, limitar el ejercicio de facultades o actividades naturales, mas no prohibirlo. Así, es un derecho humano el de vivir, comer, vestirse, asociarse unos con otros, formar parejas y tener una relación sexual, engendrar, hablar, comunicarse, aprender y enseñar, cuidar su salud, guarecerse, y también viajar, emigrar. Son actividades naturales que los hombres han ejercido durante cientos de miles de años sin pedir permiso a nadie. Aunque no fueran derechos jusnaturales, serían derechos consuetudinariamente adquiridos.

SEGUNDA RAZÓN: es un principio básico de justicia natural el de que el derecho sirve al hombre y no el hombre al derecho. Las normas están hechas para la vida; no la vida para que se cumplan las normas. Por eso el derecho ha de ajustarse a la naturaleza de las cosas, según lo puso de relieve acertadamente la escuela de pensamiento jurídico alemana que ostenta esa denominación.³⁶

Eso de ajustarse a la naturaleza de las cosas tiene varias facetas, no excluyentes entre sí, que han sido recalçadas por unos u otros autores, y que determinan cinco pautas o principios:

³⁵ V. mi artículo «El derecho del individuo a la circular libremente y a escoger su residencia», *La balsa de la medusa* Nº 21 (Madrid, 1992), págs 3-17.

³⁶ La expresión 'naturaleza de las cosas' nos viene del alemán '*Natur der Sache*', que en italiano se suele decir 'natura del fatto' y que, en cierto modo, podría traducirse más bien como 'naturaleza del asunto'. Tal doctrina fue inaugurada por varios juristas y jusfilósofos del siglo XIX, como Runde y François Géný, siendo retomada después por Gustavo Radbruch, Helmut Coing y una pléyade de autores, que han introducido múltiples variantes y hecho proliferar las ramas de la doctrina. V.E. García Máynez, *Filosofía del Derecho*, México: Porrúa, 1974, pp. 321ss y, del mismo autor, *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, 1995, pp. 345ss. La utilización hecha aquí de ese principio jusfilosófico responde a una visión ecléctica, que recoge diversas facetas, desarrolladas con exclusivismo por los adeptos de una u otra tendencia. V. también Guido Fassó, *Historia de la filosofía del Derecho*, trad. esp., Madrid: Eudema, 1970, t. 3, pp. 271ss. V. también al respecto, J.M. Rodríguez Paniagua, *Historia del pensamiento jurídico*, t. II, Universidad Complutense de Madrid, 1997 (8ª ed.), pp. 627ss sobre las ideas de Radbruch acerca de la naturaleza de la cosa. En páginas sucesivas aborda ese historiador de las ideas los enfoques de Helmut Coing y Hans Welzel.

- 1.— La normativa ha de tender a favorecer la realización de la actividad que regula, no a impedirla, salvo cuando la actividad es considerada como socialmente nociva y moralmente indefendible y entonces hay que tratar de que desaparezca; la normativa del robo o de los malos tratos es prohibitiva, mas la que regula actividades a las que la sociedad no atribuye desvalor ha de ser permisiva, ha de encauzar y ordenar, no impedir.
- 2.— La normativa ha de tener en cuenta los elementos objetivos de la actividad regulada y no forzar a esa actividad a ser otra cosa. La regulación del matrimonio o del concubinato no ha de forzar a éste a ser una asociación amistosa ni un consorcio profesional o un pacto de co-inquilinato ni nada similar.
- 3.— La normativa ha de atender también a los hábitos, que forman una segunda naturaleza; no ha de querer forzarlos artificialmente a alterarse, haciendo violencia a la vida cultural espontánea de las masas populares.
- 4.— La normativa ha de atender también a la naturaleza jurídica, o legal, al cúmulo de normas previamente sedimentadas por generaciones consecutivas, a la tradición regulativa; en la medida de lo posible, ha de alterar para bien esa tradición sin forzarla, sin imponer una coacción que se sienta como un yugo violento.
- 5.— La normativa ha de ser convincente y persuasiva, ha de poder ganar la aquiescencia de amplias masas, incluso de la mayoría de los por ella afectados.

Las prohibiciones de emigrar que empezaron a imponerse en Europa en 1914 y que golpean duramente a los habitantes de los países del sur no respetan ninguna de esas cinco pautas; no son conformes con la naturaleza de las cosas.

No respetan la primera pauta porque básicamente consisten en prohibir el flujo migratorio, el ejercicio de la actividad natural humana de viajar a otro país e instalarse en él, si bien ciertamente se prevén excepciones. Mas, en vez de acudirse al principio de permisión, se acude al de prohibición, con una veda general del flujo migratorio sur-norte, o sea aquel que tiene más sentido vital, humano, cultural, más justificación y motivación socio-económica, más efecto positivo para el ulterior disfrute —aunque sea parcial— de algunos de los derechos humanos positivos reconocidos internacionalmente (el derecho a tener una vivienda, a trabajar para el bien común, a vestirse, a beber agua potable, a comer, a recibir cuidados médicos, etc).

Tampoco respetan la segunda pauta, porque fuerzan a la emigración marginal y excepcional que no proscriben a convertirse en una reubicación acordada según contingencias y planes oficiales, decididos por arriba en función de intereses de grupos empresariales o presiones de diversas entidades o corrientes de opinión.

Ni respetan la tercera pauta, toda vez que conculcan el hábito de emigrar que han tenido los individuos y las familias de nuestra especie a lo largo de milenios, un hábito que se ha plasmado en migraciones de diversa intensidad según los períodos y las posibilidades técnicas del momento, pero que jamás cesó. La idea regulativa actual es parar ese flujo salvo en los contados casos en que se otorgue un permiso excepcional (y salvo en la dirección longitudinal).

Ni se respeta la cuarta pauta, toda vez que, al estallar la guerra del 14, era una regla secularmente consagrada de derecho internacional consuetudinario la de la libertad

migratoria (con restricciones, eso sí).³⁷ Además, dentro de cada uno de los espacios latitudinales naturales, ha prevalecido durante siglos o decenios una normativa que permitía o hasta fomentaba los flujos migratorios norte-sur; ahora se prohíben los flujos a lo largo de la misma línea mas en sentido inverso. Las normativas prohibicionistas actuales hacen violencia y son sentidas como imposición violenta por las masas de los países a los que se impuso la colonización, que siempre acarreó un flujo migratorio norte-sur, menor o mayor según los casos. Esos pueblos han vivido bajo ordenamientos jurídicos que propiciaban o toleraban tales migraciones, han ajustado a ellos su vida y ahora, al querer beneficiarse de esa laxitud, se ven reprimidos y frustrados en sus anhelos.

Por último, no se respeta tampoco la quinta pauta: las normas que prohíben las migraciones del sur al norte son sentidas por los pueblos del sur como un oprobio, una violencia injusta e inaudita, una condena a seguir hundidos en la miseria y a no poder compartir ni siquiera las migajas de la prosperidad.

§5.— ¿TIENE EL ESTADO EL DERECHO DE PROHIBIR LA INMIGRACIÓN?

Esas reflexiones nos llevan a plantearnos si un estado, o un grupo de estados aliados entre sí, tienen derecho a prohibir a los habitantes de otros países emigrar a ese estado o a esos estados. Tal prohibición impone a esos habitantes una obligación, la de no emigrar allá.

¿De dónde extraen los estados la legitimidad para dictar esa obligación a otros seres humanos? Éstos no han elegido a los diputados constituyentes de esos estados, ni siquiera cabe decir que haya un pacto implícito o un entendimiento tácito, con ventajas mutuas, en virtud del cual unos prohíben a los otros emigrar a cambio de algo (como no se quiera decir que ese algo es la ayuda humanitaria, la cual en cualquier caso apenas cubriría una fracción exigua de la deuda histórica del norte hacia el sur).

¿Quiere eso decir que un estado no tiene derecho a imponer obligaciones a terceros, a personas, grupos o incluso estados extranjeros? En el ejercicio de su legítima soberanía, un estado tiene derecho a imponer obligaciones a personas individuales y colectivas ajenas al estado sobre la base de varios principios de derecho internacional público.

En primer lugar, el estado tiene una responsabilidad en la defensa de su territorio y de su población, y no sólo puede sino que tiene que imponer a los extranjeros la obligación de no poner en peligro la tranquilidad y seguridad de su población y de su territorio: no realizar acciones insalubres, nocivas o peligrosas (pesca agresiva en el mar territorial, vertidos contaminantes, abuso ruidoso y peligroso de los pasillos de navegación

³⁷. Se ha señalado a menudo que en siglos pasados la libertad de inmigración no era ilimitada. Eso es, desde luego, verdad, porque además ninguna libertad puede serlo. Pero algunos de los límites que se aducen pueden cuestionarse. Alégase, p.ej., que no podían inmigrar quienes no profesaran la fe oficial del estado, lo cual es verdad, pero no discriminaba al inmigrante: éste tiene los deberes del nacional, y por tanto, cuando existe la obligación jurídica de profesar una religión, eso se aplica a todos, regnícolas o forasteros. Dícese también que los *aubains* no regnícolas sufrían en el reino de Francia discriminaciones en el derecho sucesorio (el *droit d'aubaine*: v. Yvon Loussouarn & Pierre Bourel, *op.cit.*, p. 662). Si embargo, el derecho de inmigración no comporta un derecho de no discriminación, igual que el derecho de emigración no acarrea la ausencia de consecuencias jurídicas no deseadas por el emigrante (como puede ser la total o parcial pérdida de bienes abandonados). Fue la revolución francesa la que abolió todas esas discriminaciones, incluido el *droit d'aubaine*, por ley del 28 de vendimiario del año VI de la República Francesa.

aérea, *dumping*; o actos de hostilidad armada, delitos, actos violentos). Ahí estamos ante el principio de que el derecho de cada uno termina donde empiezan los derechos de los demás, y esos demás, siendo los moradores del territorio del estado, tienen una reclamación privilegiada a la actuación protectriz de ese estado frente a actos hostiles o nocivos de forasteros.

En segundo lugar, un estado, o un bloque de estados coaligados, está constreñido por reglas de *ius cogens* internacional que determinan derechos y deberes y que repercuten en derechos y deberes de los gobernados, tanto entre sí cuanto en sus relaciones con los poderes políticos, propios o foráneos. Hoy se reconoce el deber de un estado de no estorbar la salida de sus habitantes que tengan ganas y posibilidades de ir afuera; así hay al menos una obligación de no estorbar la salida, lo cual —en virtud de un principio de lógica jurídica ya mencionado más arriba (el de que es ilícito estorbar el disfrute de un derecho)— entraña la obligación de los extranjeros de no imposibilitar el que un habitante de un país se marche de éste. (Sería como una servidumbre legal de paso por motivo de enclavamiento.)

En tercer lugar, para atender a la defensa de un bien común amenazado desde fuera, los estados coaligados pueden imponer obligaciones transitorias a extranjeros exteriores a la coalición; en período de guerra, establecimiento de zonas de circulación o radicación reservadas. Estamos ante un derecho mutuo y que es igualmente razonable (en teoría al menos) pensar que lo van a ejercer unos países contra otros y viceversa.

Y tal vez hay una cuarta base, más laxa, consistente en algo que vio, mejor que nadie, el gran jurista galo Georges Scelle:³⁸ las relaciones entre los estados —así como las relaciones entre los estados y las personas no estatales, sean individuales o colectivas— se dan en el seno de una sociedad humana planetaria, la cual siempre ha existido.³⁹ Hay en la base de la cultura de nuestra especie un fenómeno de difusión fundamental, un origen común, por lo cual nuestra gran comunidad humana comparte miles de rasgos de índole natural (pero de lo natural de la cultura).

Al fin y al cabo todos procedemos de un tronco común del cual nos hemos ido desgajando recientemente, heredando, sin lugar a dudas, de ese tronco común un complejo legado de tradiciones, creencias, instituciones, hábitos, reglas lingüísticas (de ahí que las lenguas humanas tengan entre sí muchos más rasgos comunes de los que se explican por mera convergencia funcional).

De existir esa comunidad humana terráquea, en ella están integrados los individuos humanos pero también las colectividades, del tipo que sean (difusas o no), y entre esas colectividades los propios estados. Todos los integrantes de esa gran comunidad tienen, en virtud de esa pertenencia, derechos y correlativamente obligaciones. Esa mutua vinculación sería, pues, un título suficiente para que un estado imponga deberes a extranjeros, a personas que no viven en su territorio. Sin embargo, es evidente que, si se admite este cuarto

³⁸. Georges Scelle, *Précis de droit des gens (principes et systématiques)*, París: Sirey, 1932-34, 2 vols. (Reed. 1984, CNRS.) V. también su *Manuel de droit international public*, Domat-Montchrétien, 1948. Sobre la formación del internacionalismo de Georges Scelle a partir del solidarismo sociológico de León Duguit, v. Nguyen Quoc Dinh, *Droit international public* (ed. Patrick Daillier & Alain Pellet), París: LGDJ (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence), 1994 (5ª ed.), pp. 105-6.

³⁹. Con interrupciones —como la pérdida de contacto entre los pueblos amerindios y los del resto del mundo—; interrupciones que parecen larguísimas, pero que, con la distancia y la perspectiva del tiempo, empequeñecen cada vez más.

fundamento, habrá que examinar si ese estado no está ligado por deberes hacia esos mismos extranjeros que justamente determinan unos límites a las obligaciones que el estado les puede imponer. En cambio, si no se admite esa vinculanza o ligazón deóntica, el estado queda desligado de deberes para con los extranjeros (al menos los extranjeros no residentes), pero también queda exento de derechos respecto a ellos, perdiendo así este posible título para imponerles determinadas obligaciones.

Dejando de lado el cuarto fundamento (aunque yo creo que es perfectamente válido), está claro que hay razones válidas para que un estado imponga ciertos deberes a extranjeros no residentes, razones derivadas del deber del estado de garantizar el bien común del pueblo de ese estado, dentro del respeto a las reglas jurídico-internacionales que posibilitan una ordenada y pacífica convivencia de los diversos estados.

Ahora bien, siendo ello así, está claro que la competencia del estado para imponer obligaciones a extranjeros no residentes empieza y termina en la promulgación de sólo aquellas obligaciones que —siendo compatibles con la pacífica armonía y las reglas consuetudinarias (y eventualmente convencionales) de convivencia internacional— sean menester para salvaguardar el bien común de la población del estado. No puede imponer el estado a los extranjeros obligación o prohibición alguna que no venga perentoriamente exigida por ese bien común. Ni puede extralimitarse imponiendo obligaciones que entren en conflicto con reglas de derecho internacional.⁴⁰

Pero justamente el que un estado tenga competencia y atribuciones jurídicas para imponer obligaciones a extranjeros no residentes indica a las claras que hay un nexo social entre el estado en cuestión y esos extranjeros. Y todo nexo social implica la vigencia de una norma, promulgada o no, natural o artificial, de origen consuetudinario o legislativo o convencional o meramente que emane de la naturaleza misma de las cosas y de la necesidad de la relación. Si no se da esa norma, todo es lícito; mas, si todo es lícito, nada lo es. Sólo cabe que haya una competencia y unas atribuciones de X frente a Z si existe una relación entre X y Z que determina unas ciertas obligaciones y unos ciertos derechos.

Sea o no verdadera la tesis de Georges Scelle de la existencia de la comunidad humana (la república universal de Francisco de Vitoria), lo seguro, en todo caso, es que la mera posibilidad de que un estado asigne obligaciones a individuos que no son súbditos suyos supone un lazo social que tiene que estar regulado de algún modo, que tiene que ajustarse a una cierta norma, explícita o implícita, expresa o tácita.

Y así tenemos que reconocer que la impondibilidad de obligaciones (y de prohibiciones) por un estado a personas que no son súbditos suyos implica necesariamente una relación social (no forzosamente previa en el tiempo) entre el estado y dichas personas, relación regida por alguna norma.

¿Qué fundamentos puede tener esa norma? Los fundamentos pueden ser de tres tipos.

⁴⁰. Esta formulación es demasiado tajante. En rigor sí es legalmente posible que la legislación de un estado imponga obligaciones contrarias a preceptos vigentes de derecho internacional. Esa contradicción es un conflicto jurídico, que no anula ni abroga el precepto de derecho internacional como tampoco el del ordenamiento jurídico interno. Lo que sucede es que ese conflicto ha de tender a resolverse de algún modo según reglas jurídicas, o metajurídicas; una de ellas, aceptada hoy como una regla de civilización, es la prevalencia del derecho internacional —al menos mientras no entre en juego un interés vital de un pueblo.

- (1) Pueden ser, en primer lugar, normas consuetudinarias, derecho de gentes, pautas de comportamiento civilizado que se han ido recibiendo de la tradición histórica, depurada paulatinamente de atávicas costumbres bárbaras e inhumanas por una creciente conciencia de respeto al valor del hombre. Según lo entendió la gran tradición de la *philosophia perennis*, ese derecho de gentes —aunque basado en un núcleo jusnaturalista básico— es esencialmente consuetudinario, por cuanto estriba en un hábito de conducta persistente, duradero y arraigado, que se va sustentando cada vez más en una *opinio iuris seu necessitatis* —o sea, en la convicción de que ha de cumplirse en aras de la salvaguardia de bienes comunes—. Sin embargo no es estrictamente de derecho internacional o interestatal, ya que no liga tanto a los estados entre sí cuanto a los pueblos con los individuos de otros pueblos.
- (2) Puede tratarse, en segundo lugar, de normas derivadas de pactos o tratados entre los estados que determinen derechos para terceros. Estaríamos aquí en el derecho internacional convencional. Sin embargo, estas obligaciones no son exigibles sino a los estados que hayan firmado y ratificado, en buena y debida forma, los tratados de que se trate.
- (3) Puede tratarse, en tercer lugar, de normas que broten de la propia necesidad de la regulación, de la naturaleza misma del asunto por regular, sin requerirse promulgación previa. Estaríamos aquí ante una norma de índole jusnaturalista.

Es dudoso que pueda haber un cuarto fundamento. En efecto, la competencia o atribución normativa del estado para con los extranjeros (no residentes) no parece poder emanar (sólo) del propio estado o de su soberanía, la cual tiene un ámbito de competencia circunscrito al territorio y a su población. Tampoco parece que pueda venir de una concesión unilateral de los extranjeros así afectados, ya que en general eso no se da (y, de darse, sería un título muy dudoso).

Ni parece que esa competencia pueda emanar de un tercero en discordia, cual sería una autoridad imparcial supranacional (salvo que sea la conciencia colectiva de la humanidad), como no se quiera asignar hoy esa función de gobierno mundial, con autoridad supraestatal, a una organización política planetaria, como la sociedad de naciones o la organización de las naciones unidas.

Sin embargo, esas organizaciones —que contribuyen a la formación del derecho internacional— han tenido o tienen escasos títulos de legitimidad (lo cual es particularmente relevante en el caso de la actual organización, la ONU, en la que rige el principio del despotado de las cinco grandes potencias).

Agotada así la gama de fundamentos (el derecho de gentes, el derecho interestatal convencional y el derecho natural, o la exigencia normativa de la naturaleza misma de los asuntos), hay que plantearse si alguno de tales fundamentos puede conceder a un estado el derecho de prohibir a los extranjeros viajar pacíficamente al territorio propio y radicarse en él para realizar actividades lícitas y no dañinas de la vida humana, como: trabajar; vender mercancías útiles para la población —y cuyo comercio sea legal—; ofrecer servicios a una clientela voluntaria y cuya prestación no entrañe dolor, degradación ni merma vital (servicios de peluquería, jardinería, guía, acompañamiento, cuidado hogareño o cualesquiera otros similares). Hemos de notar al respecto dos rasgos importantes de las actividades en cuestión.

1º.— Se trata, en primer lugar, de actividades naturales de la especie humana (de naturaleza cultural más que de naturaleza puramente natural, aunque siempre con una raíz última en lo natural estricto, en lo biológico). En segundo lugar, son actividades bien valoradas socialmente. Hay, es verdad, márgenes de desacuerdo en torno a determinadas profesiones, a determinadas mercancías o servicios. ¿Es valorable positivamente la venta de bebidas embriagadoras por el placer que procuran y las amistosas relaciones que propician y la continuación de una refinada tradición degustativa? ¿Es desvalorable por los efectos nocivos del frecuente abuso? ¿Es positiva o negativamente valorable el servicio de juegos y apuestas?⁴¹

Tales divergencias no afectan, sin embargo, a lo principal y más frecuente de las actividades consideradas, como puede ser ofrecer sus servicios de mozo de cuerda, programador, albañil, dentista, camarero, barrendero, enfermero, empleado de hogar, ingeniero de canales, taxista, deshollinador, profesor de matemáticas, mensajero, etc; o vender rosquillas, pasta de dientes, adornos de bisutería, bolígrafos, pañuelos o linternas; o cuidar niños, arreglar televisores, instalar cortinas, limpiar alfombras. Todas éstas son actividades de suyo lícitas y útiles para la vida y el bienestar humanos.

2º.— Esas actividades no sólo son naturales —e.d. no sólo forman parte de la vida humana normal y corriente— sino que, en general, son provechosas para los demás y, por ello, revisten un valor positivo, que es socialmente reconocido. Quien reparte fruta a domicilio lo hará por egoísmo, para ganarse así la vida, mas sus clientes reciben de ese modo un servicio que les es beneficioso, y de la multiplicación de labores y servicios así resulta un mayor bienestar general.

Así pues, la prohibición de inmigración foránea para realizar tales actividades no puede motivarse por la índole de éstas; es más: siendo las actividades beneficiosas y bien valoradas, nada se opone a que se ofrezcan voluntariamente y a que más personas y otras personas las ofrezcan, en tanto en cuanto esa oferta adicional asegura mejor que tales actividades se lleven a cabo; o, si algo se opone, será por una razón ajena a la actividad misma y relativa exclusivamente a la persona.

¿Cuál puede ser esa razón? Podemos concebir al menos dos.

— La una es que, aunque las actividades sean lícitas y valiosas, es ilícito y antivalioso que las realicen ciertas personas, a saber: quienes no sean naturales del país (salvo autorización excepcional).

Sin embargo, eso es arbitrario. Si a Ud le beneficia que le vendan entradas para la zarzuela, que le corten el pelo, que le curen una llaga, que le traigan una pizza a su casa, es indiferente quién lo haga; lo útil es la labor, no el que ésta sea llevada a cabo por tal o cual persona (salvo casos enteramente aparte de relaciones individuales). Juzgar que una actividad buena, útil, valiosa pierde su carácter por un rasgo de la persona que la efectúa sería caer en una visión muy difícil de justificar. Y, además, es peregrino porque la sociedad es un nexo entre seres humanos para el bien común que de suyo prescinde de la personalidad de cada uno (a diferencia de una pareja o un club de amigos o un clan).

⁴¹. Bolsa, loterías, bingos, tómbolas, garitos, tragaperras, corros de jugar a los naipes o los dados en la calle.

— La otra razón —mucho más plausible (y de hecho hoy mucho más frecuentemente formulada)— es que hay más oferentes para esas actividades que quienes pueden efectuarlas, y que, si es valioso que la actividad se lleve a cabo, también lo es llevarla a cabo para quienes lo hacen, por ser el medio de ganarse la vida; y, no habiendo trabajo para todos, ha de darse prioridad a los nacionales. La razón de excluir a los extranjeros no será, entonces, que éstos sean malos, indeseables, o incapaces de esas actividades, sino que estribará en el mayor derecho de los nacionales a llevarlas a cabo como modo de vida.

Aquí nos topamos con el problema siguiente. En principio se considera valioso, y por ende lícito, que los extranjeros vengan a ofrecer su capacidad de contribuir a nuestro bien común (que sería entonces también el suyo), mas con la condición de que lo hagan sólo en el margen sobrante, en el margen de las actividades de esa índole que queden sin realizar cuando los nacionales estén ocupados (o cuando, por la razón que sea, dejen sin cubrir algunas de tales actividades). De ser así, y sólo por ese motivo, los estados no podrían prohibir a los extranjeros inmigrar y venir a realizar actividades lícitas; sólo podrían limitar el ejercicio de ese derecho en virtud del gozo preferente de otro derecho mayor, el de los nacionales a que se les adjudique con prioridad el desempeño de esas actividades.⁴²

§6.— EL DELITO DE LA INMIGRACIÓN NO AUTORIZADA

Supongamos que los estados tengan el derecho de prohibir la inmigración de extranjeros (salvo autorizaciones individuales o excepciones según ciertos criterios). Aun en ese caso no se sigue que puedan considerarse delitos ni la inmigración ni la ayuda a esa inmigración ni la contratación laboral del inmigrante indocumentado (o sea del que no ha sido eximido de la prohibición de inmigrar), ni el transporte de pasajeros aspirantes a esa inmigración, ni el anuncio de esos pasajes o la facilitación contractual de ese negocio jurídico.

Trátase en todos los casos de actividades de suyo valiosas que forman parte del tráfico jurídico normal de la vida humana; actividades naturales, como viajar, mudarse, ir a buscar trabajo a otra tierra, facilitar el pasaje, notificar esa facilidad, emplear mano de obra para actividades socialmente útiles. Siendo todas esas actividades de suyo útiles, socialmente buenas, sólo pueden ser delictivas cuando concurra un rasgo que contrarreste absolutamente ese valor. Tal rasgo no puede estribar en la mera prohibición legal.

El derecho penal dejaría de ser la *ultima ratio*, reservada para los casos gravísimos de violaciones particularmente serias de la convivencia. El estado no tiene derecho a abusar de su *ius puniendi*. Y abusivo es penalizar conductas que —avaladas o no por los permisos y los papeles otorgados por la administración— son de suyo conductas naturales de la vida social humana e incluso conductas socialmente útiles y valiosas.

O sea, aun cuando fuera admisible que las autoridades estatales prohibieran la inmigración, eso no justificaría en modo alguno que además apliquen el código penal para castigar actos de inmigración no permitida o de facilitación de la misma o de transporte migratorio de pasajeros indocumentados o de contratación laboral de indocumentados.

⁴². Considero esta cuestión más abajo, en el §8.

A este respecto, sin embargo, cabe plantearse si es pertinente el distingo jurídico entre el acto de inmigrar sin visado (acto ilícito pero no penalmente sancionado) y el auxilio a la inmigración no-autorizada, o a la permanencia en el territorio del inmigrante ilegal.

En efecto, al paso que no se conceptúa como delictiva la conducta migratoria del extranjero que ha ingresado en el territorio estatal sin autorización administrativa, en cambio los códigos penales vigentes sí castigan los comportamientos favorecedores de tal inmigración. Varía, con tendencia a agravarse, el rigor expiatorio, previéndose a menudo penas cada vez más draconianas por acciones muchas veces humanitarias (dar cobijo a inmigrantes indocumentados; ayudarlos a franquear un brazo de mar o una zona fronteriza; proporcionarles ayuda o una remuneración a cambio de una prestación laboral —sin incurrir en abuso alguno).

Veámoslo con el caso del Código Penal español de 1995. El art. 312 del CP reprime en su art. 312, n. 1, al que trafique de manera ilegal con mano de obra, con prisión de 6 meses a 3 años más multa de 6 a 12 meses; y n. 2 inflige la misma pena a quien emplee a un súbdito extranjero sin permiso de trabajo en condiciones que restrinjan o perjudiquen algún derecho que tuviera reconocido legal o contractualmente. Es difícil ver qué derechos tiene legal o contractualmente reconocido alguien que carece de permiso de trabajo; por ello puede preguntarse uno si la norma, rigurosamente tomada, no es vacía; por el principio exegético del efecto útil, la norma ha de leerse, entonces, como prohibiendo la contratación de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo.

En cuanto al tráfico de mano de obra, es una figura de enorme vaguedad e indeterminación que puede aplicarse a quien usa sus buenos oficios para ayudar a los inmigrantes indocumentados a obtener una colocación; la cláusula ‘de manera ilegal’ indica que se trata de una norma penal en blanco, una de esas figuras criminales que sólo vienen determinadas por disposiciones administrativas.

El art. 313 castiga con la misma pena al que promueva o favorezca por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores extranjeros a España.⁴³ Parece que el delito puede cometerse por imprudencia y, desde luego, sin malevolencia alguna ni ánimo de lucro, incluso sin intención de cometerlo.⁴⁴

Es más: el auxilio a la inmigración clandestina así reprimido puede consistir en facilitar la emigración de tránsito por nuestra Patria y rumbo a terceros países, por aplicación conjunta de los números 1 y 2 del art. 313 (el emigrante en tránsito por España inmigra provisionalmente y luego emigra; sin embargo el n. 2 del art. 313 restringe algo el tipo del delito requiriendo engaño).⁴⁵

⁴³. Eso ha sido jurisprudencialmente interpretado como inclusivo de un servicio de pasaje dentro de España sin exigir la presentación de documentación.

⁴⁴. P. ej. por mero dolo eventual, cuando el que lo cometa transporte a personas sospechando que puedan ser extranjeros indocumentados. Puede uno hasta sospechar que la publicación de este artículo promueva o favorezca «por algún medio» la inmigración clandestina (p.ej. contribuyendo a la formación de una opinión pública hospitalaria).

⁴⁵. Una de las dificultades que asedian a los argumentos que se oponen a la libertad migratoria es que tienen que justificar no sólo que no se deje entrar en España a los extranjeros que lo deseen sino que no se les deje tampoco transitar por España. Pueden alegar que sólo así se garantiza que no se quedarán; o que estamos obligados a ello por acuerdos con «países de nuestro entorno». Sea como fuere, es patente que se está frustrando la vida de millones de seres humanos que, con respecto

Notemos que, como lo apunta el Prof. Alfonso Serrano,⁴⁶ el citado art. 312.2 no requiere que el empleador cometa un abuso de necesidad ni que imponga el contrato mediante engaño. Es más, la ley de extranjería de 1985 prohibió, más en general, toda contratación de inmigrantes indocumentados sin permiso de trabajo, o con uno caducado. Tal prohibición en sí no es penal; pero —por el motivo alegado— parece que hay una automática remisión del precepto penal a la ley de extranjería.⁴⁷

Mucho más duramente castiga nuestro código una acción humanitaria de auxilio al inmigrante indocumentado que una serie de conductas cuya perversidad está a la altura del sufrimiento humano que causan.⁴⁸

Está claro, pues, que nuestro CP, aunque no somete a prohibición penal la inmigración clandestina, sí castiga duramente el auxilio a la misma. A favor de esa dualidad de trato penal pueden alegarse cinco razones. Ninguna es válida.

1ª razón.— El inmigrante es un no-súbdito del estado que establece la punición, y por lo tanto, a la vez que se le rehúsan derechos, también se le imponen pocos deberes, y los que se le imponen es al título más genérico de mera prohibición, no específicamente del de prohibición penal, una prohibición más fuerte que se reserva para quienes están incluidos en el pacto social.

El fundamento no es válido porque también a los extranjeros no residentes se les imponen obligaciones penales. Cualquier código penal autoriza el enjuiciamiento criminal de extranjeros residentes en el extranjero en determinados casos.

al territorio español, lo único que desean es poder pasar por él; y eso tiene un coste humanitario espeluznante. Naturalmente una solución sería que todos admitieran la libertad migratoria, pero, como eso hoy es pedir peras al olmo, hay que ir por partes.

⁴⁶ *Derecho Penal. Parte especial*, Madrid: Dykinson, 1998, 3ª ed.

⁴⁷ La dureza de nuestro Código Penal en lo tocante a castigar acciones de ayuda al inmigrante indocumentado no es, sin embargo, excepcional, sino que la misma tendencia se echa de ver en las legislaciones de los «países de nuestro entorno». Así en la vecina Francia, el Código del Trabajo incluye disposiciones penales (no incluidas en el Código criminal), como p.ej. el efecto conjugado del Art. L. 341-6 y L. 364-3 que castiga la contratación laboral de un indocumentado con tres años de cárcel; pero otros actos aquí considerados o no están tipificados en esa norma, o están sancionados menos implacablemente.

⁴⁸ Vale la pena comparar esa pena draconiana —para acciones que pueden ser dictadas, total o parcialmente, por compasión, por caridad humanitaria— con otras penas previstas en el mismo Código Penal de 1995. Los golpes, por dolorosos y reiterados que sean, nunca constituyen delito, si no producen lesión; tampoco es delito la violencia habitual no doméstica (contra un compañero de habitación, de celda o de escaño, contra un discípulo etc.). Se castigan con penas cuyo mínimo oscila entre 6 y 12 meses y cuyo máximo oscila entre 3 y 4 años de encarcelamiento los siguientes delitos: homicidio imprudente (art. 142); destrucción de un órgano no principal (arrancarle a alguien, p.ej., un diente o un dedo de cuajo); lesión grave (art. 147.1); violencia habitual doméstica (art. 153); riña tumultuaria (art. 154) (máximo 1 año de prisión); tortura cometida por un particular (formulada en el Código con el eufemismo de «menoscabo de integridad moral» —art. 173—; máximo 2 años de prisión; el art. 222-1 del Código penal francés vigente en 2002 castiga esas conductas, *actes de barbarie*, con 15 años de reclusión criminal); agresión sexual (art. 178); facilitar la prostitución de un menor (art. 187.1); hurto agravado (art. 235); robo (art. 240) (salvo el robo agravado [arts. 241 y 242] que recibe entre 1 y 5 años de prisión); delito ecológico (art. 325); prender fuego a montes (art. 354; máximo 1 año si es doloso); violencia o intimidación contra un testigo en juicio (art. 464.1); falso testimonio; venta irregular de alimentos alterados (art. 363); no impedir, pudiéndolo, un delito contra la vida (art. 450.1); delito fiscal (art. 305.1).

La indulgencia y mansedumbre de nuestro vigente Código Penal ha suprimido el delito preterintencional, de suerte que herir gravemente a alguien, sin intención, sólo intentando robarle y luego despreocuparse, no impidiendo su muerte, recibe en el Código Penal un castigo que puede ser de dos años de cárcel si no hay circunstancias agravantes (por el efecto conjugado de los arts. 16, 66, 70, 77, 142, 242 y 147).

Lo que distingue la ilicitud penal de la mera ilicitud administrativa es la mayor gravedad de las conductas prohibidas, su mayor peligrosidad social. Por eso el derecho penal se reserva como *ultima ratio* que ha de intervenir lo más excepcionalmente posible. Ahora bien, si la inmigración ilegal fuera un mal social de tal magnitud que mereciera el duro trato punitivo que infligen los códigos penales modernos a quienes, aunque sea por razones humanitarias, ayudan al inmigrante ilegal, entonces la conducta tipificada sería en sí tan socialmente dañosa que no se vería por qué su comisión ha de ser penalmente irrelevante al paso que la complicidad en su comisión acarrea graves puniciones.

2ª razón.— Sería muy duro exigirle penalmente al aspirante a la inmigración ilegal que no cumpla su aspiración, o sea: su conducta, aunque socialmente dañosa y de alta peligrosidad social, es disculpable, al paso que sí les es penalmente exigible otra conducta a quienes lo favorecen sin verse llevados por una necesidad personal.

Este segundo fundamento también es equivocado porque la inexigibilidad de otra conducta no excluye un acto, o serie de criterios, del ámbito jurídico-penal, sino que sólo excluye la pena. La inexigibilidad de una conducta alternativa puede determinar un atenuante o, a lo sumo, ser un factor de inimputabilidad (más rigurosamente una excusa absoluta, como la que provoca que la justicia se inhiba de castigar ciertas conductas delictivas —acciones típicas, antijurídicas y culpables— por lo duro que, en el caso dado, sería exigir al perpetrador el cumplimiento de la ley: casos de encubrimiento de familiares, p.ej.). O sea: se entendería que el inmigrante ilegal se beneficiara de un trato penalmente indulgente, mas no que su acción fuera juzgada no delictiva si el ayudarla es un delito.

3ª razón.— Podría atribuirse un valor eximente al estado de necesidad en que se hallaba el inmigrante ilegal (lo cual es mucho más fuerte que meramente considerar humanamente inexigible otra conducta).

Sin embargo, no por ello tendría que dejar de conceptuarse en sí su acto como delictivo (penalmente prohibido), aunque se previera la inimputabilidad por el mismo en caso de estado de necesidad (lo cual en rigor ni siquiera requeriría una previsión especial).

4ª razón.— Podría decirse que el inmigrante ilegal, al colocarse al margen de la ley, abandona voluntariamente un bien disponible, el de la protección legal, al paso que quienes lo ayudan están coadyuvando a que, como resultado de lo que ellos hacen, esa persona quede o esté al margen de la ley y de la protección legal. Podría compararse con el suicidio: el suicidio, lícito o ilícito, no está (hoy) penalmente prohibido, mas sí la ayuda al suicidio.

No hay paralelismo alguno. El bien que principalmente destruye el suicida es su propia vida, que es socialmente considerada un valor; el bien que su auxiliar ayuda a destruir es ese bien, penalmente disponible para su titular, mas digno de respeto para los demás. En cambio, el mal (si lo hay) que causa el inmigrante ilegal no es a sí mismo; lo de colocarse al margen de la protección legal (suponiendo que gozara de ella antes) es una consecuencia jurídica impuesta por el estado que lo condena al ostracismo, no una

consecuencia natural de lo que hace. Por ende el (presunto) mal que hace (el daño social) sería tan indisponible para él como para sus colaboradores, auxiliares e inductores.⁴⁹

5ª razón.— Puede decirse que el inmigrante no actúa dolosamente, no tiene mala intención, al paso que sí hay dolo en sus auxiliares e incitadores.

Mas eso no es verdad. El dolo penalmente relevante es la voluntad de realizar la conducta penalmente sancionada. La malicia, o malevolencia, la perversidad de los motivos no es un elemento del dolo, ni siquiera subjetivo; podrá ser un elemento de la culpabilidad dolosa, que estriba básicamente en actuar intencional y responsablemente a sabiendas de que se está transgrediendo la ley.

En rigor la dogmática jurídico-penal tiende hoy —incluso cayendo en el exceso— a descartar por completo ese factor de la malicia o mala intención. Eso me parece exagerado. Pero, en cualquier caso, aunque incluyéramos la malicia entre los elementos de la culpabilidad, ello no eliminaría la inmigración ilegal del tipo jurídico-penal del delito, sino que sólo determinaría una impunidad del culpable por falta de malicia. Ahora bien, por las mismas habría que conceder impunidad a quienes realizan actos de auxilio al inmigrante ilegal que están tipificados como delito, salvo que efectivamente medie malicia.

La dogmática jurídico-penal siempre se topa con una dificultad al tratar de habérselas con circunstancias de índole particular —ya afecten a un elemento subjetivo de las conductas delictivas, ya a un elemento objetivo— que aconsejan la clemencia sin dejarse clasificar bien ni como causas de inculpabilidad ni como eximentes de ilicitud penal ni como meros atenuantes. Se ha tendido a idear para ese tipo de circunstancias inclasificables —excepcionales en la estructura conceptual de los códigos— la denominación de ‘excusas absolutorias’, o ‘condiciones objetivas de punibilidad’ porque ni eliminan la ilicitud penal ni la culpabilidad o reprochabilidad, pero sí determinan una decisión legislativa de impunidad.⁵⁰

En la dogmática jurídico-penal alemana, algunos autores han perfilado una noción intermedia, distinguiendo las causas de exculpación, fundadas en la inexigibilidad de un comportamiento ajustado a la norma (circunstancias que aminoran el grado del injusto penal y también de la culpabilidad), de las causas de no-punibilidad, que se dan cuando el merecimiento de la pena del hecho queda excluido de antemano o anulado después.⁵¹ Según eso, si en el sacrificio de una vida ajena para salvar la propia se da una causa de exculpación —que disminuye o anula lo injusto y la culpabilidad del acto—, por lo contrario en el encubrimiento de un pariente se daría una excusa absolutoria que no elimina ni lo uno ni la otra, sino sólo el merecimiento de la pena.

El distingo parece forzado, pero no nos importa mucho aquí. Sea como fuere, si es un delito ayudar al inmigrante indocumentado, la propia inmigración ilegal habría de ser

⁴⁹. Dicho de otro modo: el bien jurídico protegido por las disposiciones del CP al respecto no es, en absoluto, el bien o el interés del inmigrante indocumentado, sino el de la sociedad española supuestamente perjudicada por él y por quienes lo auxilian.

⁵⁰. (V. J. Cerezo Mir, *Derecho Penal — Parte general (Lecciones 26-40)*, Madrid: UNED, 1998, pp. 89, pp.178ss.

⁵¹. Cf. H.H. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. por D. José Luis Manzanera Samaniego, Granada: Comares, 1993, pp. 430ss, pp. 500ss.

también un delito, aunque en general el inmigrante quedara penalmente exonerado, ya fuera por un atenuante cualificado, o por una causa de exculpación o —más verosímelmente— por una mera excusa absolutoria.

§7.— UNA PROPUESTA ALTERNATIVA: RECONOCER EL DERECHO UNIVERSAL HUMANO DE MIGRACIÓN POR TODO EL PLANETA

Las consideraciones precedentes nos llevan a la conclusión de que hay algo fundamentalmente erróneo y jurídicamente inaceptable en los ordenamientos legales bajo los que vivimos desde 1914. Hay un error subyacente a esos ordenamientos. En un comienzo se promulgaron tales regulaciones más bien como leyes de excepción por la situación bélica y más tarde como medidas de emergencia por coyunturas de crisis económica. De ahí se ha pasado a entender que el estado tiene derecho a prohibir el ingreso de extranjeros, y se ha impuesto de manera general esa prohibición, con las excepciones de los permisos individualmente concedidos de entrada o de residencia y de ciertos derechos de circulación de nacionales a algunos países extranjeros con los que estén en vigor tratados especiales (como sucede en lo que hemos llamado ‘áreas longitudinales’).

Esa equivocada visión se ha plasmado incluso en que los redactores de la declaración universal de los derechos humanos hayan omitido el derecho de inmigrar, también silenciado en los pactos de 1966. Frente a ese craso error jurídico, hay que volver por los fueros de principios jurídico-constitucionales como los que inspiraron varias constituciones mexicanas del siglo XIX y los textos constitucionales españoles de 1869 y 1873: reconocer que todos tienen el derecho natural humano de ir y venir, de salir y de entrar, de radicarse donde les parezca, sujetándose a las leyes del lugar y dedicándose a actividades que allí sean lícitas.

El fundamento para esta propuesta es quíntuple.

1^{ER} FUNDAMENTO.— En primer lugar, se basa en el derecho natural humano de consociación, más básico que el de asociación. El derecho humano fundamental es el de vivir, el de tener una vida social humana en el entorno humano, participando equitativamente en el bien común y contribuyendo al mismo. De ese derecho a vivir equitativamente en sociedad se derivan todos, incluyendo el derecho de consociación, que tiene una serie de casos particulares: *ius conubii*, *ius amicitiae*, *ius sodalitatís*. Uno de ellos es el de escoger a sus coterráneos, pasar de una sociedad territorialmente demarcada a otra. Una actividad perfectamente natural y milenaria del ser humano que sólo excepcionalmente puede limitarse por razones de fuerza mayor o por circunstancias transitorias o singulares condiciones locales (medioambientales u otras) que justifiquen suficientemente la limitación.

Por otro lado es obvio que de ese derecho de consociación se puede abusar (como de cualquier otro). Dados los conflictos entre unos derechos y otros, es normal que la legislación ponga coto a los abusos. Así, hay un derecho de contraer matrimonio, mas evidentemente hay limitaciones legales para evitar casamientos en fraude de ley, situaciones de poligamia, abusos de confianza, irresponsabilidades maritales, etc. También se puede abusar del derecho a emigrar; un viajero incontinente que vaya como mariposa de flor en flor puede ser una fuente de inestabilidad; alguien que no tenga capacidad para adaptar su conducta externa a las costumbres del país, perturbando así gravemente la normal convivencia puede sufrir una medida excepcional de alejamiento si no se corrige. Ésas u

otras medidas así podrían estar justificadas como disposiciones encaminadas a prevenir el abuso del derecho de consociación. Nunca una prohibición general de inmigración.

2º FUNDAMENTO.— El segundo fundamento es el derecho a la prosperidad de los pueblos (y de los seres humanos que los integran). La prosperidad es una faceta de la vida; conque se trata de un corolario más del derecho a vivir, a tener una vida social humana en un entorno humano adecuado. Siendo lícito obtener y alcanzar prosperidad es, *a fortiori*, lícito buscar esa prosperidad. Los revolucionarios norteamericanos del siglo XVIII sólo reconocieron el derecho a la busca de la felicidad, no el derecho a la felicidad (o al bienestar, o a la prosperidad). Se equivocaban. Si es lícito buscar la felicidad es porque la felicidad es lícita. Todos tenemos derecho a ser felices. Todos tienen derecho a vivir bien (vivir mal es menos vivir que vivir bien); todos tienen derecho al placer, a la alegría, a la buena salud, a las comodidades de la vida. Ese derecho no les da garantía de su satisfacción, mas sí impone a los demás (por el principio lógico-jurídico de no vulneración) el deber de no estorbar ni impedir esa satisfacción, ni por acción ni por omisión (aunque eso no significa que tan ilícito sea impedir por omisión como por acción).

Puesto que frecuentemente emigrar es un modo de procurarse uno a sí mismo y a los suyos un mínimo grado de prosperidad (y hasta a veces es el único modo disponible de hacerlo), prohibir esos viajes, esos cambios de residencia, ese ingreso de inmigrantes es impedirles el ejercicio de su legítimo derecho a ser felices y a trabajar honradamente por su felicidad.

Mas el derecho a la prosperidad no es sólo un derecho individual o de las personas físicas. También es un derecho de las personas colectivas, de los pueblos. Y uno de los modos (frecuentemente hoy por hoy —pese a los planes miríficos sobre el papel— el único disponible) es la emigración. Contrariamente a un prejuicio extendido, la emigración favorece a los pueblos de donde procede, aportándoles mayor prosperidad; por varias razones: remesas de los emigrantes (es, con mucho, la principal); retorno eventual de algunos de ellos provistos de nuevas capacitaciones y nuevos recursos; alivio de la desocupación (cuando la escasez de capital impide crear suficientes puestos de trabajo). Lo confirma la experiencia de países que fueron en el pasado fuentes de enorme emigración, como Italia, Alemania y España, cuya condición económica es hoy incomparablemente mejor de lo que habría sido sin esos flujos migratorios masivos de tiempo atrás.

3º FUNDAMENTO.— El tercer fundamento es el derecho de la humanidad. No sólo hay derechos humanos de los individuos humanos. Hay también derechos humanos de las parejas humanas y de las familias; derechos de los pueblos; y hay derechos de la humanidad, de la comunidad humana. La humanidad tiene derecho a la mayor y mejor convivencia de sus miembros; tiene derecho a la paz, a la prosperidad y a que se asegure lo mejor posible el futuro (hasta donde le es posible al hombre). Tiene derecho al planeta Tierra, que es su casa. Y es un derecho de propiedad colectiva sobre la superficie del globo terráqueo y sobre lo que está debajo.⁵² Derecho colectivo que limita los derechos individuales y particulares. Ningún derecho de propiedad, ni individual ni colectiva, puede

⁵². Ya es más problemático el derecho al espacio circundante. Está vigente al respecto el Tratado del 27 de enero de 1967 sobre la utilización del espacio extraatmosférico, incluyendo la Luna y los otros cuerpos celestes. No se ha consultado a los posibles extraterráneos.

ser tan fuerte que prepondere por sobre el derecho del género humano a la conjunta propiedad del planeta.

Prohibir la inmigración significa conculcar ese derecho de la humanidad al planeta Tierra; significa, en la práctica, someterlo por completo a un irrestricto derecho de propiedad colectiva de un territorio por el pueblo que lo ocupa, en lugar de que tal propiedad colectiva sea un mero derecho preferente y no exclusivo de uso colectivo de esa porción de la superficie terrestre.

4º FUNDAMENTO.— El cuarto fundamento es la noción misma de espacio público. Hay terrenos de propiedad privada y hay terrenos de propiedad pública. Mas terreno público no es cualquier terreno de propiedad pública. Es público o domanial el terreno que tiene un uso público, un uso abierto a todos: los caminos, las playas, los cauces de los ríos, el mar, las calles. Abierto a todos, o sea susceptible de su uso público (no abusivo, no exclusivo y respetuoso de las regulaciones necesarias para asegurar su utilización razonable y duradera). ¿Quiénes son todos? ¿Los nacionales? Si así fuera, los extranjeros sólo vendrían admitidos al uso de caminos, calles, playas, veredas, riberas etc por autorización especial. Va en contra de esa concepción la noción misma de espacio público, profundamente arraigada en nuestra tradición jurídica romana (y seguramente en todas las demás). El espacio público, el terreno público, está abierto a todos. En Roma lo estaba aun a los esclavos, y desde luego a los peregrinos, a los forasteros, a los viajeros, de dondequiera que vinieran. La noción misma de terreno público, especialmente la de vía pública, acarrea la no exclusión de nadie salvo una razón especial (el bandolero, el forajido, el fugitivo de la justicia).⁵³

Todos los estados tienen vía pública. Es más, puede definirse un estado como una porción de la superficie terráquea con una administración independiente que gestiona y regula, como mínimo, una zona vial pública. Mas, si la vía pública está reservada a los nacionales y a los extranjeros debidamente autorizados, deja de ser vía pública para convertirse en un camino privado del cual serían copropietarios todos los nacionales.

Eso determina que, salvo por razones especiales, debidamente motivadas y justificadas en cada caso, no cabe prohibir a los extranjeros el transitar por la vía pública; ni por ende ingresar a ella desde el territorio extranjero a través de la vía pública que una ambos territorios (vía que no existiría si el camino público fuera camino privado de propiedad colectiva de los nacionales y nada más; no habría nada que fuera entonces la carretera de Ancara a Damasco, o la de Varsovia a Moscú). El derecho de inmigración es un mero corolario del derecho de tránsito por la vía pública; y éste es un corolario del deber del estado de establecer y asegurar una vía pública (un corolario del principio del bien común).

5º FUNDAMENTO.— La prohibición general de inmigración es ineficaz y está cayendo en desuso. Cuando las autoridades no consiguen que se aplique una ley, cuando ésta no cobra eficacia —salvo de manera aleatoria y esporádica, al albur de intervenciones arbitrarias de la policía— ello es porque el cuerpo social la rechaza. Hay campañas de los medios de comunicación para vincular inmigración indocumentada e inseguridad ciudadana, mas el hecho es que, si no fuera por el respaldo o la neutralidad de un amplio sector de la población, no podría producirse el flujo de inmigración indocumentada. Decía Joaquín Costa

⁵³. 'Via publica nemo recte prohibetur' dice el Código justiniano, 3,34,11. Nadie es nadie.

que el legislador promulga la ley *ad referendum*, siendo el pueblo quien la refrenda al aplicarla y así le da plena vigencia (siendo la vigencia de una ley inseparable de su eficacia; va perdiendo vigencia, por desuso, una ley masivamente desacatada cuando los encargados del orden no son capaces de hacerla cumplir).

Por otro lado, aunque fuera cumplible la ley prohibitiva de la inmigración no documentada (hoy clandestina), habría que pagar un tremendo precio económico, social y humano. El contribuyente ha de reflexionar en que, para que se cumpla esa ley, han de erigirse barreras horrorosas en los puntos fronterizos, y en las zonas marítimas, con un costo gigantesco de construcción y de mantenimiento; han de dedicarse miles de hombres armados a patrullar esas zonas; han de darse órdenes de una crueldad inconfesable; ha de ser sometida toda la población a controles internos en sus desplazamientos por el territorio. Para evitar el supuesto mal del aluvión inmigratorio, habrá que dedicar ingentes recursos que hubieran podido consagrarse, p.ej., a la creación de puestos de trabajo, a la construcción masiva de viviendas de alquiler, al tendido de líneas ferroviarias de alta velocidad, a la solución de la escasez de energía, o a la desalación de agua del mar y su distribución por una red moderna de acueductos.

De esos cinco fundamentos extraigo la conclusión de que hay que reconocer el derecho universal humano de migración por todo el Planeta.

§8.— ¿ES LÍCITA LA DISCRIMINACIÓN A FAVOR DE LOS NACIONALES?

Establecida la ilegitimidad de una prohibición general de inmigración salvo casos especialmente autorizados, hay que preguntarse qué cabe hacer en caso de colisión entre la libertad migratoria y el derecho preferente de un nacional.

De darse tal colisión, sería natural sospechar que puede establecerse una especie de derecho de retracto laboral (o a lo sumo de tanteo): cuando se contrate a un trabajador extranjero, un nacional podrá —ofreciéndose en condiciones iguales— invalidar el contrato en favor propio.

Pero, por otro lado, ¿qué es lo que prueba que sea mayor el derecho del nacional? ¿En qué puede basarse esa prerrogativa (cuya plasmación legal podría consistir en ese derecho de retracto laboral)?

Tal vez la base sea que en cada estado tienen más derecho los nacionales de ese estado. Pero ¿por qué? ¿Por el pacto social? El pacto social (idealizado e hipotético) es un compromiso mutuo entre quienes lo contraigan, mas automáticamente quedan ligados por él (para cargas y beneficios, para lo bueno y para lo malo) quienes se incorporen a la comunidad nacional en el instante en que lo hagan, ya sea voluntariamente (por migración) o involuntariamente (por nacimiento o por adopción de menor sin consentimiento).

Eso no impide, desde luego, que haya ciertos derechos especiales, los derechos políticos, reservados a los nacionales (derechos de asociación política, de participación en los debates políticos, de crítica a las autoridades, de voto, de candidatura), porque el pacto social puede reservar tales derechos a una clase de personas cuya vinculación con el territorio sea más duradera, más permanente, más arraigada. Eso es una cosa y otra excluir de la participación en la comunidad a todos los efectos. Y, si no cabe excluir de la comunidad a todos los efectos, no se ve por qué han de tener más derecho (aunque sí tengan

más derechos) los nacionales que los extranjeros inmigrantes. No se ve por qué a aquello a que tengan derecho unos y otros van a tener más derecho los nacionales, sólo porque a ellos les estén reservados otros derechos. Tal vez sea así, pero hay que probarlo.

Otra razón, parecida a ésta, es que la administración pública tiene un deber particular hacia los nacionales. Eso, sin embargo, en un sentido es claro y en otro dudoso; en el sentido en que es claro no parece avalar la inferencia.

Es claro que en un sistema nominalmente democrático —o que quiere serlo— los gobernantes tienen una responsabilidad ante los gobernados, o sea: hay una masa de éstos con un cierto poder electoral sancionador de la política de los gobernantes. Pero lamentablemente el elegido no se ha comprometido absolutamente a nada ni ha firmado pacto alguno con el elector; éste no tiene —en ese asunto— otra competencia que la de elegir, no la de votar por una opción política u otra. Conque en el fondo aquí sólo se trata de que el elegido tiene más o menos probabilidades de ser reelegido según lo que haga o proponga (*ceteris paribus*). En ese sentido tan endeble difícilmente podemos fundamentar una prerrogativa del nacional (supuestamente elector) en aquellos campos en los que ambos tienen derecho (de suyo): el nacional y el extranjero.

No habiendo resultado convincentes esas dos razones, cuesta esfuerzo hallar un fundamento razonable para adscribir una prioridad de derecho al nacional sobre el extranjero de manera general en lo tocante al ejercicio de actividades lícitas y valiosas.

Por otra parte, la disyuntiva así planteada (que obtenga un puesto de trabajo el nacional o lo obtenga el extranjero) supone una cantidad predeterminada de actividad por realizar en una sociedad, con un número de candidatos entre los que hay que adjudicar o repartir. Esa imagen de la tarta no corresponde en absoluto a la realidad de la vida social humana. Pasa por alto el efecto multiplicador de las incorporaciones. Un recién llegado es también un consumidor más (cuya propensión marginal a consumir es especialmente fuerte, con el efecto beneficioso para la dinámica mercantil), pero también, si se le adjudica un puesto de trabajo, un generador de ulteriores necesidades y, por ende, un factor multiplicador de la actividad económica. El nacional que se ve postergado no injustamente (por su menor capacidad laboral, por su menor aptitud específica para ese puesto, por su menor empeño, por sus mayores exigencias retributivas) puede sentirse perjudicado, mas también él se beneficiará de que las actividades se lleven a cabo de la manera más eficiente y más amplia, porque eso multiplicará las oportunidades también para él.

Una consideración similar se aplica a los nacimientos. Supongamos que en su 22º año de vida Leocadio y Anacleto se presentan a un concurso que gana el primero. Por supuesto Anacleto puede lamentarse de que 23 años antes los padres de Leocadio hayan decidido tener un hijo. ¿Cabe deducir que es mejor que se engendren menos hijos para que los que vengan al mundo tengan más oportunidades? Eso es absurdo, porque, de nacer menos, habría menos necesidades sociales (menos necesidad de alcantarillado, cableado de internet, venta de patatas, colegios, guarderías infantiles, agencias de viajes, etc); lo cual redundaría en que quienes nacieran no por ello verían mejorada su suerte respecto a la que hubieran tenido en caso de compartir la vida con más compañeros de especie.

§9.— OBJECIONES.—

1ª objeción.— *Es prácticamente imposible atender a esa demanda de un derecho universal de migración. Es imposible por inviable, porque los obstáculos prácticos son insuperables. Ahora bien, nadie está obligado a lo imposible. Ergo.*

RESPUESTA.— Si fuera imposible, también lo sería mejorar la vida humana. Si fuera imposible o inviable, sería porque no habría modo de conseguir que puedan emigrar los seres humanos que ansíen hacerlo. Ahora bien eso requiere que siga habiendo seres humanos que, anhelando emigrar, no puedan hacerlo. Si eso es inevitable, es inevitable que siga su anhelo. Si es inevitable que siga su anhelo, es inevitable que sigan las causas de ese anhelo, o sea la pobreza y la desgracia. Si no siguen la pobreza ni la desgracia, no hay razón para que sea inviable la libertad irrestricta de migración: unos querrán ir de Calcuta a Berlín y otros de Berlín a Calcuta. Luego lo que nos está diciendo el objetor es que son irremediables la miseria y la desesperación de amplias masas humanas. Si son inevitables, entonces los individuos que las integran no tienen derecho (contrariamente a la declaración universal de derechos humanos) ni a vivienda ni a remuneración decente ni al cuidado sanitario ni a la educación ni al trabajo ni a una vida familiar armónica. Si es verdadera la declaración universal de derechos humanos, existen esos derechos. Si existen, es posible satisfacerlos. Si es posible satisfacerlos, no es inviable la libertad migratoria.

2ª objeción.— *La libertad migratoria es incompatible con el estado del bienestar. Se entiende que algunas constituciones del siglo XIX inscribieran esa libertad; mas entonces los inmigrantes no tenían más que derechos negativos, igual que los habitantes del territorio: no ser matados, no ser arbitrariamente arrestados, no ser maltratados, no ser despojados de los bienes que tuvieran (si los tenían), no ser molestados en su hogar (salvo casos excepcionales previstos por la ley). No había derechos positivos (a trabajar, a percibir una retribución equitativa, a la jubilación, a morar en una casa, a percibir un subsidio en caso de desocupación, a la asistencia médica, a la enseñanza). Hoy los residentes legales del territorio disfrutaban (al menos en teoría) de esos derechos. No hay recursos para reconocérselos a quienquiera que venga de afuera. Y, entonces, una de dos: o bien a los inmigrantes no expresamente autorizados no se les extienden esos derechos (lo cual plantea muchos problemas, unos legales y otros sociales); o bien se produce un desmoronamiento financiero.*

RESPUESTA.— Nada de lo aquí argumentado abona a favor de que a los inmigrantes se les concedan automáticamente los derechos positivos consagrados en las constituciones modernas. Cada uno de esos derechos consta de dos estratos: uno, como derecho humano básico, o más bien como regla humanitaria; otro, como un derecho de mayor envergadura especialmente reconocido en el código constitucional. Este derecho positivo pleno está reservado a los que ya se hayan integrado en la comunidad nacional de manera estable y con arraigo —duradera si no permanentemente. La regla estrictamente humanitaria, que consiste en un contenido mínimo, ha de beneficiar a todos mientras alcancen los recursos: socorro alimenticio, cobijo bajo techo, auxilio médico de carácter urgente. Muchos países tienen recursos para atender sobradamente todas esas necesidades

mínimas. La admisión ulterior a beneficios sociales de mayor alcance podría ser progresiva y paulatina, a medida que se fueran integrando.⁵⁴

Ni hay que temer un estallido social a causa de la presencia de personas así: acostumbradas frecuentemente a la pobreza, si no a la miseria, y habiendo atravesado grandes penalidades, es probable que soporten estoicamente precarias condiciones de vida.⁵⁵

Mas, sea todo ello como fuere, son dificultades prácticas que habrán de afrontarse sobre la marcha y que no tienen que verse con mirada catastrofista ni han de obstaculizar el reconocimiento del derecho migratorio.

Por último, hay que tener siempre presente el efecto económico multiplicador del aporte de esa mano de obra inmigrante, como lo confirma la experiencia. Gracias al flujo inmigratorio se crean nuevos recursos económicos.

3ª objeción.— *Los flujos migratorios perjudican a los países de donde proceden, porque les sustraen la mano de obra más joven y dinámica, o la mejor preparada, que se incorporan a zonas menos pobres del planeta, lo cual agrava el desfase entre el norte y el sur.*

RESPUESTA.— Es posible que haya casos así; pero esos casos, que se darán, se dan justamente en la situación de prohibición de la inmigración, porque se acaba exceptuando de esa prohibición general a aquellos profesionales que se quiere contratar: técnicos electrónicos e informáticos de la India, personal médico de diversos países africanos. Justamente esos problemas no contribuye nada a resolverlos la prohibición general de inmigración. En cambio, los flujos masivos de mano de obra migrante difícilmente responden a esa caracterización. Y no es verdad que su salida agrave los problemas económicos de sus países. ¡Todo lo contrario! Sus remesas constituyen uno de los principales sostenes de la economía de esos países, un enderezador de la balanza de pagos y una fuente de riqueza, de empleo, de oportunidades.

El problema particular de los cuadros y de las profesiones mejor remuneradas es, en sí, difícil de resolver. Sin duda hay que tener una motivación para ser profesor de Universidad en Kinshasa con una fracción exigua del salario de un profesor de Universidad en París, si uno tiene la posibilidad de ocupar una cátedra en la Sorbona. Sin embargo, pocos profesores de Kinshasa la tienen; y no muchos más la tendrían aunque hubiera

⁵⁴. O asimilando, aunque esta palabra sea hoy políticamente incorrecta. No debiera serlo. Hoy uno de los mayores obstáculos al derecho de libre inmigración extranjera es la pretensión multiculturalista de preservar las identidades de origen, unas veces por deseo de los inmigrantes y otras en contra de ellos. En general, sin embargo, los habitantes de un territorio están sujetos a las leyes y costumbres del territorio, incluidos los deberes de aprendizaje lingüístico: *donde fuerdes, haced lo que vierdes* (o sea *When in Rome, do as the Romans*); tienen derecho (no deber) de preservar su identidad cultural sólo en tanto en cuanto no entre en conflicto con el respeto a la ley y a la costumbre del lugar —cuya aplicación, eso sí, ha de hacerse con tiento y flexibilidad, para ir poco a poco asimilando a los inmigrantes suave y voluntariamente.

⁵⁵. Sea o no correcta esta tesis de que cada uno de los derechos positivos tiene un estrato bajo, regla humanitaria —extensible a todos los que una colectividad pueda socorrer—, y un estrato alto, reservado a quienes ya están integrados en la colectividad, lo que me parece claro es que resulta preferible reconocer pocos derechos para muchos antes que muchos derechos para pocos. Lo injusto es someter el ejercicio del derecho de inmigración a autorización selectiva para, a cambio, extender un cúmulo más abultado de derechos a los pocos escogidos. En un mundo perfecto se daría todo a todos; tal mundo está muy alejado del nuestro.

libertad migratoria (en algunos países europeos justamente la hay para profesiones de alto rango social e intelectual). Tal vez habría que promover más la migración del norte al sur por motivos no económicos, en esas profesiones, porque el ser humano no sólo se mueve por dinero o por el afán de comodidad. Conque la solución (parcial, como lo es siempre la solución a un grave problema humano) está en más emigración, no en menos.

4ª objeción.— *En vez de pensar en una utópica libertad migratoria, hay que buscar alternativas. La inmigración será en sí buena o mala, pero genera problemas, suscita la xenofobia y propicia los programas de expulsión de inmigrantes ilegales. Para que no prosperen tales ideas, para que no cunda la xenofobia, hay que atajar la inmigración y ayudar a los del sur a resolver sus problemas de otro modo; p.ej. con inversiones adecuadas.*

RESPUESTA.— La objeción nos dice que para que no cunda la xenofobia hay que practicarla; para que no avancen los planes de expulsión de los inmigrantes indocumentados, hay que expulsarlos. En general la objeción parte de que la inmigración es mala; la ve como un mal acaso menor si no hay alternativas de desarrollo, y un mal mayor si las hay. Pero eso es totalmente erróneo. La inmigración es un bien. La inmigración es valiosa. No es mala ni neutral. Es buena. Es bueno que las gentes se mezclen, que el blanco se case con el negro, que el vietnamita sea amigo del bretón, que nos enriquezcamos con otros aportes, otras culturas, otras historias, otras ideas religiosas, otras concepciones filosóficas; es bueno que haya muchas personas que tengan parientes en Bombay, Vladivostok, Hamburgo, Buenos Aires y Lagos; es bueno que haya trasiego, ir y venir, fusión de idiosincrasias. Cuanto más ha habido de eso en la historia, y donde más lo ha habido, mejor nos ha ido. Y en sí es bueno, es valioso. Son algo malo (negativo, frustrante, humanamente empobrecedor, achicador, paralizante) el aislamiento, el espíritu de campanario, parroquial, lugareño, casero, apegado a lo de aquí y nada más que a lo de aquí, el desconocimiento (o conocimiento puramente libresco) de lo de otras partes. Y la solución no es el mero turismo: una visita relámpago al Taj Mahal, un par de noches en un hotel de Hong Kong, un viaje por California, etc. Todo eso es bueno, sin duda, pero muy superficial, escasamente enriquecedor.

Frente a los peligros, reales o imaginarios, que entraña esa supuesta hinchazón migratoria, lo que hay que hacer es todo lo contrario: hay que combatir los antivalores de la estrechez, de la xenofobia, hay que defender los valores de la xenofilia. Por los demás y, sobre todo, por uno mismo; por un razonable egoísmo ético; porque, si es buena esa mezcla de poblaciones, si eso es enriquecedor, es ya enriquecedor para uno mismo el abrazar esa opción, siendo embrutecedor, empobrecedor, degradante el optar por la xenofobia y la estrechez.

En particular hay que denunciar lo que el objetor sin duda está admitiendo de la argumentación de los xenófobos, a saber: que la inmigración agrava los problemas de orden público. Al revés, lo que agrava esos problemas es la prohibición de la inmigración y el arrojarla a la marginación, a la clandestinidad, a la ilegalidad, privando a los inmigrantes del derecho a encontrar puestos de trabajo. Pero, sea como fuere, en todos los países ha habido serios problemas de seguridad mucho antes de que empezaran los flujos migratorios contemporáneos.

Y, además, aun concediendo contrafácticamente que la inmigración agravara problemas de orden público, ese efecto (que no se ha demostrado, porque los problemas

vienen de la ilegalización de la inmigración, no de la inmigración en sí) está compensado con creces por los efectos valiosos y positivos.

5ª objeción.— *No hay derechos del hombre sino derechos del ciudadano. O los derechos del hombre son una abstracción, que sólo se plasman y se concretan en un pacto social determinado, como derechos del ciudadano, del habitante de un territorio determinado políticamente organizado.*

RESPUESTA.—

- 1) Hay una comunidad humana planetaria, que también tiene una organización política (descoyuntada, asimétrica, irregular, desbalanceada, parcheada, precaria, claudicante; pero no del todo inexistente). Hay una anterioridad de naturaleza de esa comunidad respecto de las movedizas e históricamente cambiantes comunidades políticas que son los estados. Luego la primera plasmación de los derechos del hombre es como derechos del ciudadano del Planeta Tierra.
- 2) Además de los derechos de los hombres están los derechos humanos de los grupos, principalmente de los grupos de mayor relevancia por la naturaleza humana: la pareja, la familia, los pueblos (incluidas las familias de pueblos con lengua común) y, desde luego, la humanidad. Los derechos de la humanidad no están sujetos a un contingente pacto social de ciudadanía en Estonia o en Bután. Antes y después de que se estampen las firmas de los plenipotenciarios para suscribir este o aquel código constitucional aquí o allá, existen los derechos del individuo humano, los de las parejas humanas y los de la especie humana.

6ª objeción.— *El supuesto derecho universal a emigrar entra en conflicto con el derecho a la preservación de la identidad nacional de un pueblo establemente radicado en un territorio.*

RESPUESTA.—

- 1) ¡Admitámoslo! El que dos derechos entren en conflicto no suprime ninguno de los dos. Nada garantiza la no-contradicción del mundo normativo. Nada asegura que, si A es lícito, no exista en absoluto un derecho B aunque B impida A. Hay miles de conflictos normativos (de contradicciones jurídicas) por diversas causas.⁵⁶
- 2) Suponiendo que exista el conflicto, hay que ver cuál derecho es prioritario. El derecho a la preservación de la identidad nacional es de valor mucho menor; es un derecho a una satisfacción afectiva, a la querencia ancestral, a lo añejo, a lo rancio, a lo heredado de los abuelos. Ese derecho, si existe, ha de compatibilizarse con otros más fuertes y preeminentes, que satisfacen necesidades básicas de la vida de millones de seres humanos.⁵⁷

⁵⁶. Las causas de existencia de conflictos normativos pueden ser: pluralidad de fuentes jurídicas en un mismo ordenamiento; entrecruzamiento de diversos ordenamientos jurídicos; colisión entre reglas de jerarquía normativa; indeterminación o gradualidad de nociones involucradas por preceptos vigentes, ninguno de los cuales tiene capacidad para abrogar o anular al otro.

⁵⁷. ¡Permitaseme formular un argumento *ad hominem* frente a quienes se oponen a la inmigración desde el Sur por mor de preservar de esa identidad nacional! Si vamos a eso, tal identidad es más desafiada por la inmigración desde el norte —por poco numerosa que sea—, ya que se trata de una inmigración acomodada —a menudo adinerada—, acompañada por tres rasgos que acarrearán una situación de poder: 1º) adquisición de propiedad inmobiliaria; 2º) derechos de sufragio (activo y pasivo) en

- 3) No está demostrado que no pueda hallarse un modo de compatibilizar lo uno y lo otro. P.ej. cada país potencialmente receptor de inmigración puede, en la medida de lo posible, dar prioridad inmigratoria a quienes pertenezcan a su propia comunidad histórico-lingüística, cuya acogida y asimilación es más fácil y más armonizable con el ideal de preservación de la identidad nacional.

7ª objeción.— *Se produce un porcentaje mayor de actos delictivos entre los inmigrantes que entre los naturales del país. En aras de la seguridad pública, hay que prohibir la inmigración.*⁵⁸

RESPUESTA.— Es ése un problema sociológico muy complejo cuyo estudio desborda los límites del presente artículo. He aquí unos apuntes para responder a esa objeción:

- 1) Lo que empuja a un número de inmigrantes a actos delictivos es la ilegalización de su presencia en el territorio de no-acogida, lo cual los fuerza a la marginalidad.
- 2) Si es verdad que hay más delincuentes entre los nacionales hijos de inmigrantes que entre otros grupos de la población,⁵⁹ ello se debe a la discriminación que padecen y a la injusticia social.
- 3) Es injusto prohibir venir a unos porque otros de su misma región de origen (o sus hijos) hayan caído en un mal-vivir, empujados o no por un entorno adverso. Similarmente, si el porcentaje de delincuentes es, entre los de la mitad occidental del país, mayor que entre los de la oriental; o, entre los de la mitad meridional, mayor que entre los de la septentrional; o, entre los de menos de 35 años, mayor que entre los de más de 35 años; nada de eso justifica que se prohíba venir a la capital del estado a los de la mitad en la que más abunde la delincuencia. Sería un castigo colectivo e indiscriminado. Idem para los inmigrantes.

elecciones municipales; 3º) copo de cargos directivos en empresas dominadas por la inversión extranjera. El resultado de esos factores puede verse en diversos lugares de la costa mediterránea española, donde la lengua de Cervantes está siendo arrinconada. En cambio no sólo nada de todo eso se aplica, en general, a la inmigración que viene del sur, sino que, en concreto, y a buen seguro, los inmigrantes latinoamericanos y guineos hacen que aumente el porcentaje de habitantes de España que usan nuestro idioma.

⁵⁸. En Francia se ha sostenido que muchos transgresores de la ley penal son franceses hijos de inmigrantes (pero justamente no inmigrantes).

⁵⁹. Se ha dicho que eso sucede en Francia, donde esos franceses —que son hijos de inmigrantes y a veces se sienten, por la discriminación que sufren, inmigrantes de segunda generación— viven mayoritariamente en aquellas *banlieues* donde se concentran la pobreza, el desempleo y la desatención de los servicios públicos. Notemos que, de ser correcta la propuesta de endurecer aún más la prohibición de inmigración, por el motivo de esa deriva delictiva de un número de hijos de inmigrantes, se trataría de, por esa vía, mejorar las expectativas securitarias para dentro de 15 a 20 años como mínimo. De aquí a entonces mucha agua habrá corrido bajo los puentes.