

LA GESTIÓN JURÍDICA DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR: UNA ZONA ENTRE MEDIAS DE LA LEGALIDAD Y LA ILEGALIDAD*

J. Alberto del REAL ALCALÁ

SUMARIO: I. ¿Hay un “margen” entre la legalidad y la ilegalidad en el tema de la inmigración? II. Una “zona entre medias” de la legalidad y la ilegalidad. Consideración crítica de la regla de la “bivalencia jurídica”. III. La regla de que “todo lo que no es claramente legal es (manifiestamente) ilegal”. IV. Conclusión.

I. ¿HAY UN “MARGEN” ENTRE LA LEGALIDAD Y LA ILEGALIDAD EN EL TEMA DE LA INMIGRACIÓN?

El status de la ciudadanía nacional no representa actualmente, como sí lo fue en su origen, la idea de *igualdad* en el sentido de “derechos para todos” los miembros de una comunidad institucionalizada como Estado de Derecho *sin* exclusión de los nuevos habitantes o grupos o minorías. Con el fenómeno de la inmigración, la ciudadanía nacional como categoría jurídica y política se ha *reducido* a una “reserva de derechos” de los nacionales de un país y a un “círculo de exclusión” para el *resto* de los habitantes de nuestras Democracias¹. Los “beneficios” plenos *en forma de derechos* que asigna a los sujetos el Estado de Derecho y que lo caracterizan², están limitados a un sector (mayoritario) de la población³. La cuestión es que en nuestro tiempo el “resto de habitantes” del Estado de Derecho se acerca con frecuencia al 10

* Este texto se inserta en el ámbito del Programa de Investigación Consolider-Ingenio 2010 “El Tiempo de los derechos”, del Ministerio de Ciencia e Innovación de España, y en la actividad del Grupo de Investigación “Derecho Penal, Criminología, Democracia y derechos fundamentales” (SEJ-428) del Plan Andaluz de investigación de la Junta de Andalucía (España).

¹ Véase DE LUCAS, J.: “El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo”, en ID. y otros, *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 11-27; asimismo, Cfr. KYMLICKA, W.: *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

² Véase PÉREZ-LUÑO, A.E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2003.

³ Véase ASÍS ROIG, R. de: “Problemas filosófico-jurídicos en torno a los derechos fundamentales de los extranjeros”, en MARIÑO, F. y otros: *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1996, pp. 19-41.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

o incluso al 15 por ciento del total del país, lo cual puede traducirse en cientos de miles o en millones de personas. Se trata de una gran minoría de individuos que a menudo viven en los *márgenes* de la legalidad de un modelo de Estado como el Estado de Derecho⁴, caracterizado *paradójicamente* por la garantía de los derechos y libertades fundamentales *en igualdad* de todos ante la ley⁵.

Esta *paradoja* se ha instalado contemporáneamente en nuestras Democracias Constitucionales⁶ y parece que a ella nos hemos acostumbrado los juristas. Su origen se encuentra en el hecho de que social e institucionalmente seguimos organizándonos como Estados de Derecho⁷ que conservamos todavía propiedades clásicas de “Estado-nación de Derecho”⁸ y, como es conocido, éste se ha apoyado tradicionalmente de manera primordial en la “categoría de ciudadanía nacional” a la hora de asignar los derechos y libertades fundamentales a los seres humanos que se encuentran bajo el ámbito de su competencia. Pero, por otro lado, el hecho de la presencia numerosa de inmigrantes en nuestras sociedades muestra el *desgaste* empírico⁹ que sufre en el presente esta *categoría* atrapada en parámetros antiguos¹⁰. Por lo que, sin más remedio, la *ciudadanía* (nacional) como criterio distribuidor de la titularidad de los “beneficios” en *derechos* que genera el Estado de Derecho ha devenido en un mecanismo ciertamente *restrictivo*¹¹.

El *problema* hoy en día es que la ciudadanía nacional es un mecanismo demasiado *simple* con el que gestionar una realidad mucho más *tramada* en virtud de *todos* los seres humanos que integran la “población estable” de un Estado de

⁴ Véase ASÍS ROIG, R. de: *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Editorial Dykinson y Universidad de Jaén, Madrid, 1999.

⁵ Véase PECES-BARBA, G.: *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. de Asís, C. L. Fernández Liesa, A. Llamas, Universidad Carlos III de Madrid-B.O.E., Madrid, 2001.

⁶ Véase FERRAJOLI, L.: “De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona”, en ID., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, pról. de Perfecto Andrés Ibáñez, trad. esp. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999, pp. 97-123.

⁷ Cfr. ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales”, en *Sistema*, núm. 158, 2000, pp. 93-114.

⁸ Sobre las características del Estado-nación véase, en relación a las doctrinas nacionales que lo sustentan, véase DEL REAL ALCALÁ, J.A.: *Nacionalismo e identidades colectivas: la disputa de los intelectuales (1762-1936)*, Dykinson, Madrid, 2007.

⁹ Cfr. GUIBERNAU, M.: “Globalization and Nation-state”, en GUIBERNAU, Montserrat y HUTCHINSON, John, *Understanding Nationalism*, Polity Press, Cambridge, 2001, pp. 242-268.

¹⁰ Cfr. FERNÁNDEZ, E.: *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Universidad Carlos III de Madrid, nº 21, Dykinson, Madrid, 2001; asimismo, LLANO ALONSO, F.: *El humanismo cosmopolita de Inmanuel Kant*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, nº 25, Dykinson, Madrid, 2002.

¹¹ Cfr. DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “Del Estado-nación de Derecho al Estado de Derecho postnacional”, en LÓPEZ OLVERA, M.A. y RODRÍGUEZ LOZANO, L.G. (coords.): *Tendencias actuales del Derecho Público en Iberoamérica*, Editorial Porrúa, México D.F., 2006, pp. 153-171.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Derecho¹². La división *terminante* entre “ciudadanos” nacionales y “población extranjera” que tal categoría establece desde el punto de vista doctrinal y normativo tiene su traducción en los “beneficios” *en derechos* asignados por el Estado de Derecho a cada una de estas porciones de habitantes. Y dentro de la última, la sub-distinción más utilizada es sencilla y tajantemente entre extranjeros “legales” e “ilegales”.

Sin embargo, social y jurídicamente es un asunto infinitamente más *complejo* de lo que en principio pudiera parecer. De hecho, la *casuística empírica* sobre la inmigración es absolutamente diversa, presentando variados *tipos* o *grados* de posiciones y situaciones respecto a los derechos relacionados con la condición de la ciudadanía¹³. Por supuesto, a este respecto, no es nada problemático el poder *identificar* la “situación jurídica” del sector *mayoritario* de población que son los *ciudadanos nacionales*; y asimismo, del sector de población *extranjera* y en situación *legal* desde el punto de vista estricto, por cumplir todos y cada uno de los requisitos que exige la legislación. Se trata, pues, de dos contextos jurídicos bien claros y distinguibles. Y, por eso, ellos no son objeto de mi atención.

Las dificultades surgen cuando nos planteamos la siguiente cuestión: ¿dónde ubicar a los miles (o millones) de seres humanos que habitan establemente un país sin ser nacionales del mismo y *no* se encuentran del todo en situación *legal* pero tampoco están instalados en la plena *ilegalidad*? A esta cuestión dedico el núcleo de mi análisis.

Veamos un caso real que ha tenido lugar en España en Enero de 2010, y en el que se pueden apreciar en todas sus dimensiones el problema jurídico que aquí examino. El caso está relacionado con la exigencia legal¹⁴ que tienen los municipios

¹² Véase AÑÓN, M^a.J.: “Nueva ciudadanía y derechos sociales y políticos de los inmigrantes”, en *Revista Gaceta Sindical. Reflexión y debate*, n.º 3, Madrid, 2003, 109-136.

¹³ En relación a esta cuestión, véase DE LUCAS, J., SOLANES, A. y otros: *La participación de los inmigrantes en el ámbito local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; asimismo, ASÍS ROIG, R. de: “La participación política de los inmigrantes. Hacia una nueva generalización de los derechos”, en ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., LÓPEZ GARCÍA, J.A., DEL REAL ALCALÁ, J.A. y RUIZ RUIZ, R. (eds.), *Derechos fundamentales y valores en un mundo multicultural*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 199-217.

¹⁴ La *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local* establece en su “Artículo 15. Toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente. Quien viva en varios municipios deberá inscribirse únicamente en el que habite durante más tiempo al año. El conjunto de personas inscritas en el Padrón municipal constituye la población del municipio. Los inscritos en el Padrón municipal son los vecinos del municipio. La condición de vecino se adquiere en el mismo momento de su inscripción en el Padrón.” Asimismo, La *Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social*, en su redacción dada por las *Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre; 11/2003, de 29 de septiembre; 14/2003, de 20 de noviembre; y 2/2009, de 11 de diciembre*), en su “Artículo 6. Participación pública” (redactado conforme a la *Ley Orgánica 2/2009*), establece en su apartado “3. Los Ayuntamientos

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

españoles de inscribir en el padrón municipal¹⁵ (la inscripción en el padrón municipal supone entrar a formar parte de la *lista legal de vecinos* de una localidad) a cualquier extranjero (así como la obligación de éstos de anotarse allí) que presente pasaporte y un documento que acredite que vive en una casa de la localidad (por ejemplo, una factura de luz o de gas a su nombre puede ser suficiente), *independientemente* del medio (legal o ilegal) de entrada en España¹⁶ o de que posea o no *documentación* de permanencia legal en el país¹⁷. Es decir, sin tener en cuenta de si se trata de inmigrantes legales o no legales en ese sentido. La inscripción en el padrón municipal de los inmigrantes sólo con el pasaporte pero que se encuentran *indocumentados* en los demás aspectos, también denominados “los sin papeles”,

incorporarán al padrón a los extranjeros que tengan su domicilio habitual en el municipio y mantendrán actualizada la información relativa a los mismos.”

¹⁵ Según la *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local*: “Artículo 16.1. El Padrón municipal es el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio. Sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo. Las certificaciones que de dichos datos se expidan tendrán carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos.” Y sigue diciendo: “La inscripción en el Padrón Municipal sólo surtirá efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de esta Ley por el tiempo que subsista el hecho que la motivó y, en todo caso, deberá ser objeto de renovación periódica cada dos años cuando se trate de la inscripción de extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente.”

¹⁶ La *Ley de Extranjería* en su “Artículo 25.1” sobre “Requisitos para la entrada en territorio español” (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000), establece que “El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios”. Según el “Artículo 25 bis. Tipos de visados. (Redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009) “1. Los extranjeros que se propongan entrar en territorio español deberán estar provistos de visado, válidamente expedido y en vigor, extendido en su pasaporte o documento de viaje o, en su caso, en documento aparte, salvo lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 25 de esta Ley.” y “2. Los visados a que se refiere el apartado anterior serán de una de las clases siguientes: a) Visado de tránsito... b) Visado de estancia... c) Visado de residencia, que habilita para residir sin ejercer actividad laboral o profesional... d) Visado de residencia y trabajo... e) Visado de residencia y trabajo de temporada... f) Visado de estudios... g) Visado de investigación...”.

¹⁷ La *Ley de Extranjería* en su “Artículo 29. Enumeración de las situaciones” (redactado conforme a la Ley Orgánica 14/2003), establece que “1. Los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia.” y “2. Las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda” (redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009).

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

genera para ellos ciertos *beneficios* del Estado de Derecho¹⁸: sea el caso del acceso gratuito a los *servicios públicos municipales* (comedores sociales, alojamiento, albergues, becas, guarderías infantiles, ayudas diversas, etc.) según proporcione cada Ayuntamiento, el *derecho a la sanidad pública*¹⁹ (el acceso a las prestaciones sanitarias públicas de forma totalmente gratuita) o el *derecho a la educación pública*²⁰ (a las matrículas gratuitas en los colegios públicos).

Ocurre, sin embargo, que la exigencia por *ley* de proporcionar empadronamiento *legal* a los inmigrantes en situación no-legal viene a poner de manifiesto la existencia de “contradicciones” en el sistema jurídico acerca de cómo está regulada la cuestión de la inmigración. Porque, por una lado, La *Ley de Extranjería* –el instrumento principal que fija los criterios generales de la política de inmigración– en su “Artículo 2 bis. La política inmigratoria” (introducido por la Ley Orgánica 2/2009), punto “2.g”, establece que “Todas las Administraciones Públicas basarán el ejercicio de sus competencias vinculadas con la inmigración en el respeto a los siguientes principios: la lucha contra la inmigración irregular”. Y determina

¹⁸ La *Ley de Extranjería* en su “Artículo 14.3” Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales” (redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009) establece que “Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen DERECHO A LOS SERVICIOS Y PRESTACIONES SOCIALES BÁSICAS.” Y asimismo, en su “Artículo 6. Participación pública” (redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009), establece en su apartado “2. Los extranjeros residentes, empadronados en un municipio, tienen todos los derechos establecidos por tal concepto en la legislación de bases de régimen local, pudiendo ser oídos en los asuntos que les afecten de acuerdo con lo que disponga la normativa de aplicación.”

¹⁹ La *Ley de Extranjería* en su “Artículo 12.1. DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA” (Redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009), determina que “Los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.”

²⁰ La *Ley de Extranjería* en su “Artículo 9. DERECHO A LA EDUCACIÓN” (redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009)” establece que “1. Los extranjeros menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza posobligatoria. Este derecho incluye la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles. En caso de alcanzar la edad de dieciocho años en el transcurso del curso escolar, conservarán ese derecho hasta su finalización.”; “2. Los extranjeros mayores de dieciocho años que se hallen en España tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa. En todo caso, los extranjeros residentes mayores de dieciocho años tienen el derecho a acceder a las demás etapas educativas posobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles.”; “3. Los poderes públicos promoverán que los extranjeros puedan recibir enseñanzas para su mejor integración social.”; y “4. Los extranjeros residentes que tengan en España menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria, deberán acreditar dicha escolarización, mediante informe emitido por las autoridades autonómicas competentes, en las solicitudes de renovación de su autorización o en su solicitud de residencia de larga duración.”

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

que el inmigrante en situación *irregular*²¹ puede ser “expulsado”²² del territorio nacional, para lo cual prevé medidas tales como la “detención cautelar”²³ y su ingreso *preventivo* en “Centros de Internamiento de Extranjeros” (CIE) mientras se realiza la tramitación del expediente sancionador²⁴, lo que significa llegar a considerar a estas personas como “ilegales” en toda la extensión de la palabra.

Pero, por otro lado, tanto la misma *Ley de Extranjería* como la *Ley Reguladora*

²¹ La *Ley de Extranjería* en su “Artículo 53. INFRACCIONES GRAVES” (redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009), establece que “1. Son infracciones graves: a) ENCONTRARSE IRREGULARMENTE EN TERRITORIO ESPAÑOL, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.” Asimismo, “Artículo 53.2. También son infracciones graves” “c) Promover la permanencia irregular en España de un extranjero, cuando su entrada legal haya contado con una invitación expresa del infractor y continúe a su cargo una vez transcurrido el período de tiempo permitido por su visado o autorización. Para graduar la sanción se tendrán en cuenta las circunstancias personales y familiares concurrentes.” y “d) Consentir la inscripción de un extranjero en el Padrón Municipal por parte del titular de una vivienda habilitado para tal fin, cuando dicha vivienda no constituya el domicilio real del extranjero. Se incurrirá en una infracción por cada persona indebidamente inscrita.”

²² La *Ley de Extranjería* en su “Artículo 57. EXPULSIÓN DEL TERRITORIO” (redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009), establece que “1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a [ENCONTRARSE IRREGULARMENTE EN TERRITORIO ESPAÑOL], b, c, d y f del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción.”

²³ La Ley de Extranjería en su “Artículo 61. MEDIDAS CAUTELARES” establece “1. Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares: (Redactado conforme a la Ley Orgánica 11/2003) a) Presentación periódica ante las autoridades competentes. b) Residencia obligatoria en determinado lugar. c) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida. d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento. En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas. e) Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento. f) Cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente.” (introducido por la Ley Orgánica 2/2009).

²⁴ La *Ley de Extranjería* en su “Artículo 62. INGRESO EN CENTROS DE INTERNAMIENTO” (redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009), establece que “1. Incoado el expediente por alguno de los supuestos contemplados en las letras a y b del artículo 54.1, en las letras a [INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR], d y f del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de esta Ley Orgánica en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador.”

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

de Bases del Régimen Local –la ley de Gobierno de los Entes Locales– obliga a los Ayuntamientos de España –como he mencionado– a *legalizar* en su padrón municipal *incluso* a los que se encuentren en la anterior situación no legal. Y este empadronamiento legal no es baladí porque, aunque su función principal es la de conocer el número de personas que residen en España, tiene *consecuencias* jurídicas muy *relevantes* para los legalmente allí inscritos.

Como no puede ser de otro modo, por la naturaleza de esas *consecuencias* (asignación de derechos), ellas están asociadas precisamente a la existencia de *legalidad* y surten efectos respecto a determinados derechos relacionados con la condición de la ciudadanía. De modo, que a partir del empadronamiento legal en un municipio se genera un haz de *beneficios* (en forma de *derechos*) que no pueden ser sino característicos de la presencia de *legalidad* del Estado de Derecho: tales como, por ejemplo, el acceso a los servicios públicos municipales, el acceso a la sanidad pública y el acceso a la educación pública sin coste económico alguno para el usuario. Lo relevante aquí es que estos *beneficios en derechos* a los que el inmigrante irregular puede acceder *legalmente*, y usar de ellos también *legalmente*, vienen a conformar una especie de “legalidad” derivada de la legislación estatal y surgida a partir del padrón municipal, que reviste e impregna a todos los allí inscritos (aun siendo personas extranjeras en situación irregular), los cuales quedan *afectados, sujetos y beneficiados* por ella. Téngase en cuenta que difícilmente puede negarse que el ejercicio y disfrute *legal* de un haz de derechos *legales* (atribuidos por la ley) constituye sino una “situación de legalidad” para el inmigrante irregular.

Sin embargo, esta “legalidad” *choca* abiertamente con la condición de “ilegalidad” que en otros aspectos la *Ley de Extranjería* establece para (y con la que califica jurídicamente a) las mismas personas (inmigrantes en situación irregular) y con motivo de la misma situación en la que se encuentran. Resulta, además, que la Administración local recibe el mandato contradictorio de luchar contra la inmigración irregular (Artículo Artículo 2 bis de la *Ley de Extranjería*), pero al mismo tiempo la exigencia inversa de empadronar a los inmigrantes aun su situación irregular (Artículo 6.3 de la *Ley de Extranjería* y Artículo 15 de la *Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*).

El escenario jurídico que aquí se configura consiste en que mientras que para determinados aspectos –según hemos visto– de la regulación que establece una ley estatal (*Ley de Extranjería*) los inmigrantes *irregulares* son personas “claramente ilegales” en el pleno sentido de la palabra, y esta calificación genera los *efectos jurídicos* consistentes en la posible exigencia (obligación) legal (para la Administración) de su expulsión; opuestamente, desde también la legislación estatal (en otros aspectos de la Ley de Extranjería y la Ley que regula el Gobierno local), a la misma vez, para los mismos sujetos y en relación al mismo Ordenamiento jurídico, la exigencia no es la de expulsión sino todo lo contrario: el mandato a la Administración (local) de que incorpore a los inmigrantes meramente irregulares a una cierta *legalidad*, generándose ahí unos efectos jurídicos completamente *inversos* a

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

los anteriores: la de asignarle a esas personas *beneficios* (en derechos públicos) identificativos del Derecho del Estado de Derecho. Y en la cuadratura del círculo, sin embargo *también* la Administración local debe cumplir a su vez con la exigencia (de la *Ley de Extranjería*) de combatir la inmigración irregular.

Si un *mismo* Ordenamiento jurídico sitúa a las *mismas* personas, al *mismo* tiempo y por la *mismas* circunstancias en el campo de la *legalidad* y también en el campo de la *ilegalidad*, la primera observación que se puede hacer es que la normativa en vigor que regula la situación del inmigrante irregular en España adolece, considerada en su conjunto, de una fehaciente “indeterminación”²⁵ a causa de sus manifiestas *contradicciones*²⁶.

Esta *indeterminación*²⁷ sobre cuál es la regulación que se aplicará (y el trato que recibirá de la Administración) un inmigrante irregular en España (pues, en cualquier momento puede ser detenido y expulsado pero puede ir legalmente al médico y a la escuela), ha dado lugar a relevantes *controversias jurídicas*. Una de las más polémicas ha tenido lugar en Enero de 2010, a raíz de que el Ayuntamiento de Vic (Barcelona) –ciudad de unos 40.000 habitantes en la que la inmigración es aproximadamente un 25 por ciento del total de la población del municipio– pretendía alumbrar una normativa (municipal) que excluía del empadronamiento, y consiguientemente imposibilitaba el acceso a los servicios públicos municipales y el disfrute de los derechos públicos a los inmigrantes *indocumentados*, también denominados “sin papeles”. A partir de este caso –que ha saltado a los medios de comunicación– se ha conocido que igualmente el Ayuntamiento de Torrejón de

²⁵ Un análisis detallado de las fuentes de la indeterminación puede verse en ENDICOTT, T.A.O.: *La Vaguedad en el Derecho*, traducción española de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 63-97; véase asimismo, MORESO, J.J.: *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997; DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley Constitucional”, *Derechos y Libertades*, nº 11, Universidad Carlos III de Madrid & Boletín Oficial del Estado, Enero-Diciembre, 2002, pp. 223-250; y Bix, B.: *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

²⁶ Para salvar estas contradicciones se ha utilizado la siguiente argucia argumentativa: la Ley de Extranjería utiliza un “concepto legal”: el concepto de tener “residencia legal” en España; y la Ley de Bases de Régimen Local y el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de Entidades Locales utilizan un “dato fáctico” (*domicilio habitual*) pero no un “dato jurídico” (tal como si sería *residencia legal*) como base o fundamento de la inscripción en el padrón (interpretación que omite que todo dato, tenga la naturaleza que tenga, en cuanto *entra a formar parte del Derecho, ya es también un dato jurídico, sometido al igual que los demás a las reglas del Derecho*). Además, se aduce que no es competencia de los Ayuntamientos comprobar la *residencia legal del extranjero –sino de la Policía–*; y que la inscripción padronal no es un acto administrativo del que se extraigan consecuencias jurídicas ajenas a su función (aunque, sin embargo, genera legalmente la importantísima asignación y el disfrute de ciertos derechos fundamentales para el inmigrante irregular).

²⁷ Cfr. DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “Ámbitos de la doctrina de la indeterminación del Derecho”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 56, Madrid, julio/2006, pp. 48-58.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Ardoz (Madrid) estaba prohibiendo el empadronamiento a aquellos inmigrantes en cuyo pasaporte figura el visado de turista (inmigrantes irregulares)²⁸ y no tienen en ese sentido permanencia legal en España²⁹. El Colegio de Abogados de Madrid consideró esta práctica “ilegal” de acuerdo a la legislación reguladora en vigor.

Tras una consulta jurídica a la Abogacía del Estado, el Ministerio de Justicia español determinó (y así lo notificó al Ayuntamiento de Vic) que en España: 1) “la inscripción de los extranjeros en el padrón municipal procede con independencia de que los mismos tengan o no residencia legal en territorio español, por lo que, en consecuencia, no resulta procedente denegar la inscripción so pretexto de que el ciudadano extranjero no reside legalmente en España”; y 2), que “a efectos de tramitar las solicitudes de inscripción en el padrón municipal, debe entenderse y considerarse como válido y suficiente un pasaporte aunque no cuente con el preceptivo visado” y no se cumplan las condiciones para permanecer legalmente en España. De modo, que el único documento que puede exigirse para el empadronamiento por parte de la Administración municipal es el pasaporte (no la tarjeta de residencia legal), en el que además dá igual que conste o no el visado para la entrada legal en el país, acto respecto del cual la Administración (municipal) no ha de pedir justificación.

Esta respuesta oficial del Ministerio de Justicia de que es obligatorio empadronar a cualquier extranjero legal o no legal que viva en un municipio español únicamente con el pasaporte, tuvo el respaldo del Consejo General de la Abogacía de España, que además afirmó que “ninguna norma exige al extranjero probar que su residencia en España es regular”. Por lo que ningún Ayuntamiento español puede negar el empadronamiento a los denominados extranjeros *sin papeles* o indocumentados en situación *irregular*.

II. UNA ZONA “ENTRE MEDIAS” DE LA LEGALIDAD Y LA ILEGALIDAD. CONSIDERACIÓN CRÍTICA DE LA REGLA DE LA “BIVALENCIA JURÍDICA”.

Según lo antepuesto, si los inmigrantes irregulares no parece que se encuentren *claramente* en una situación de legalidad pero tampoco de plena ilegalidad, ¿cómo los

²⁸ Este Ayuntamiento también viene negando el empadronamiento legal a los inmigrantes que tienen pasaporte pero no pueden acreditar su entrada legal en España, por ejemplo, porque llegaron clandestinamente en “pateras” (barcazas) a las costas españolas desde el África subsahariana pero trajeron su pasaporte.

²⁹ A fin de acabar con los denominados “pisos patera” donde se hacinan los inmigrantes, este Ayuntamiento también exige para el empadronamiento legal justificar el parentesco con los inquilinos con los que se habita conjuntamente el piso para poder darse de alta. En caso contrario, la capacidad máxima que admite el Ayuntamiento es de empadronar a 1 persona por cada 20 metros cuadrados del piso, por lo que en un piso de 60 metros cuadrados no permite empadronar a más de 3 personas. Sancionándose las falsedades u omisiones en la hoja de inscripción con una multa de 900 euros. Por la situación habitual actual de los inmigrantes irregulares, que se encuentra sin papeles de residencia legal y con frecuencia en paro, ellos justifican ese hacinamiento por “necesidad”.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

considera entonces el Ordenamiento jurídico?, ¿en qué situación jurídica los ubica verdaderamente el Derecho? Responder a esta cuestión nos lleva a plantear otra: ¿existe algún *margen* entre la legalidad y la ilegalidad en el Estado de Derecho en el tema de la inmigración?

Veamos. Está claro que la inmigración irregular *no* se corresponde con la situación que proporciona los máximos y plenos beneficios en derechos que asigna el Estado de Derecho, esto es, el *status de ciudadanía plena* (ciudadanía nacional). Y también es seguro que *no* puede encuadrársela en el grupo de población extranjera en situación legal desde un punto de vista estricto, dado que no cumple con los requisitos exigidos por la ley para ello. Por lo que, en un principio, si no se encuentra en una posición legal, la única alternativa que *pareciera* que nos ofrece el Ordenamiento jurídico es la de ubicar a estas personas en los parámetros de la “ilegalidad” y calificar jurídicamente sin más a los extranjeros que se encuentran en situación irregular como *población extranjera ilegal*. De hecho, esta *elección* jurídica (que contiene también una determinada pauta *política*) suele tener aceptación en la comunidad de juristas y en algunos legisladores. Significa asumir que la calificación de la situación jurídica de las personas extranjeras está sometida únicamente a la *dualidad* que plantea la siguiente opción que, por tal, es una “opción bivalente”: o es una situación de *legalidad* o lo es de *ilegalidad*, excluyéndose cualquier otra posición que no sean las dos referidas.

En verdad, no creo que la “regla de la bivalencia jurídica” sea suficiente ni oportuna para calificar a toda la rica casuística que proporcionan los temas de inmigración³⁰. El Profesor de Oxford Timothy Endicott ha definido el concepto de “bivalencia jurídica: “Es una característica común de los ordenamientos jurídicos el que las instituciones jurídicas tratan los estándares jurídicos como si su aplicación fuera bivalente. Por supuesto que el contenido esencial de las órdenes de los tribunales no es bivalente: las penas para los delitos y la reparación del daño en el derecho público y privado varían comúnmente dependiendo de la gravedad de los delitos y del daño ocasionado, etcétera. Pero las resoluciones sí son bivalentes. Los abogados hablan como si todos fueran culpables o inocentes, responsables o no responsables. Además, los tribunales llegan a un resultado o a otro. Podemos denominar a esta forma de abordar la posición jurídica de las personas como “bivalencia jurídica”. [...] La bivalencia [jurídica] es, como [John] Finnis sugiere un mecanismo para enfrentarse a la complejidad de los asuntos y con la necesidad de resultados inequívocos [en el Derecho].”³¹

Desde mi punto de vista, y así lo he escrito, la bivalencia jurídica es “un dispositivo técnico” que trata a toda afirmación como “o verdadera o falsa, y

³⁰ DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “Problemas de gestión de la diversidad cultural en un mundo plural”, en ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., LÓPEZ GARCÍA, J.A., DEL REAL ALCALÁ, J.A. y RUIZ RUIZ, R. (eds.), *Derechos fundamentales y valores en un mundo multicultural*, cit., pp. 177-198.

³¹ ENDICOTT, T.A.O.: *La Vaguedad en el Derecho*, cit., p. 121.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

“significa abordar de una forma *dual* (positiva o negativa) la posición jurídica de los ciudadanos”, representando “el esquema conceptual de respuestas” de las que dispone el operador jurídico cuando tiene que calificar desde el Derecho una determinada situación. Por tanto, es un “dispositivo enormemente útil porque facilita [...] [al operador jurídico] la toma de decisiones”³². Ahora bien, como puede apreciarse, es un mecanismo técnico que añade el *operador jurídico* y del que éste se vale para hacer más fácil el poder calificar la situación jurídica de las personas (en nuestro caso, los inmigrantes irregulares), pero *no es* una regla establecida por el Derecho como tal ni que el Ordenamiento obligue a utilizar³³. Y, ni mucho menos, su concurrencia ha de *predeterminar* un resultado cuando se evalúa una situación jurídica.

No comparto que el *encerrar* la consideración jurídica de la inmigración en el dilema “*legal* o si no *ilegal*”, tal como resulta de la utilización en estos temas de la regla de la bivalencia jurídica, sea la forma más óptima de apreciar el *trato normativo* que recibe el inmigrante irregular de la legislación española, según hemos relatado³⁴. Téngase en cuenta que, si bien, respecto a la condición de la ciudadanía, la inmigración irregular *no* tiene una posición de *legalidad contundente*, *tampoco* la tiene de *ilegalidad* en todas las dimensiones susceptibles de serlo, dado que en ciertos aspectos –como he afirmado anteriormente– el inmigrante irregular está investido de legalidad (al menos, de alguna clase de legalidad del Estado de Derecho). Valorar a este segmento de habitantes *estables* de nuestras Democracias Constitucionales como población *ilegal sin más* no parece que sea lo más atinado a la hora de describir *cuál* es su verdadera situación ante el Derecho, porque estaríamos “invisibilizando” toda aquella dimensión de legalidad conferida que normativamente *también* posee el inmigrante irregular.

Podría decirse que, en realidad, la situación y posición en la que el sistema jurídico ubica a los inmigrantes irregulares se asemeja en mucho a una “zona entre medias” de la legalidad y la ilegalidad *contundentes*. Esta zona (o situación) jurídica *no* es equiparable con el ámbito de la ilegalidad tajante (es decir, en el sentido de completa), y por eso no es correcto jurídicamente (*ni justo*) hacer desembocar la *mera irregularidad* de las personas inmigrantes en el ámbito de la *ilegalidad manifiesta*. Aunque, bien es verdad, tampoco esta zona *entre medias* se corresponde con una

³² DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “La decisión judicial según los tipos de casos: ‘clear’ cases, ‘borderline’ cases y ‘pivotal’ cases”, en Revista *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* (bilingüe inglés-español) del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, n.º 1, 2007, México DF, p. 360.

³³ Sobre la decisión judicial facilitada por el mecanismo de la bivalencia jurídica, véase DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “La decisión judicial según los tipos de casos: ‘clear’ cases, ‘borderline’ cases y ‘pivotal’ cases”, *cit.*, pp. 360-362 y 404-405.

³⁴ Acerca de la decisión judicial que desborda el mecanismo de la bivalencia jurídica y de la subsunción, véase DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “La decisión judicial según los tipos de casos: ‘clear’ cases, ‘borderline’ cases y ‘pivotal’ cases”, *cit.*, pp. 388-390.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

“legalidad fuerte” o plena que la asimilara al contexto jurídico definido para las personas extranjeras en situación legal en todos los sentidos susceptibles de serlo.

Plantear un tercer espacio jurídico en relación a la inmigración tiene la ventaja de conseguir desplazar a los inmigrantes irregulares *fuera* del alcance de la muy utilizada regla de la bivalencia jurídica (y de la alternativa restringida que ella contempla: o legalidad o ilegalidad), para ubicarlos en una zona diferente que refleje mejor su auténtica posición ante el Derecho, localizada *entre medias* de la legalidad y la ilegalidad. Y singularizada porque en ella la legalidad ha dejado de brillar con *toda* la intensidad de la luz propia y en consecuencia ya *no* genera *todos* los beneficios en derechos que le son característicos en el Estado de Derecho, pero sí *algunos* de ellos, y que al mismo tiempo no supone de ningún modo haber entrado en un espacio de ilegalidad sustancial. Por lo que dicho tercer espacio o situación jurídica se correspondería con –y vendría a ser expresión más bien de– una zona de “legalidad débil”, pero en cualquier caso distinguible de la *ilegalidad plena* (equiparada en ocasiones a también a criminalidad).

Diferenciar (opuestamente al modo en el que aborda estas cuestiones la regla de la bivalencia jurídica) *tres* situaciones o posiciones jurídicas en relación a la inmigración: a) la “legalidad”, en el sentido de legalidad *plena* entendida como *manifiesta, clara*, expresa, que es la *legalidad fuerte*; b) la “irregularidad o zona entre medias”, que es un espacio de *legalidad débil*; y c) la “ilegalidad”, en el sentido de ilegalidad *sustancial*, que es *contundente ilegalidad*; puede ayudarnos a entender mejor las indeterminaciones y consiguientes contradicciones –mencionadas– que parecen resultar de la legislación española en vigor, y de las que también adolecen otros sistemas jurídicos. Este haz de zonas o situaciones jurídicas desde las que observar la inmigración también nos muestra una *graduación* –que va de mayor a menor– en la asignación de derechos relacionados con la condición de la ciudadanía³⁵: sin lugar a dudas, los más importantes *beneficios* o *ganancias* que el Estado de Derecho atribuye a los individuos que habitan dentro de su ámbito competencia³⁶.

III. LA REGLA DE QUE “TODO LO QUE NO ES CLARAMENTE LEGAL ES (MANIFIESTAMENTE) ILEGAL”.

Cuando gestionamos los temas de inmigración en las Democracias Constitucionales, habitualmente los juristas *no* identificamos una tercera zona o situación jurídica en la que el Ordenamiento probablemente sitúa a los inmigrantes irregulares,

³⁵ Cfr. AÑÓN, M^a.J.: “Extranjeros inmigrantes: derechos sociales e integración social”, en Revista *Derechos Ciudadanos. Revista de los Defensores del Pueblo Autonómicos*, n.º 0, Alicante, 2005, pp. 5-17; asimismo, cfr. DE LUCAS, J. (dir.): *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Cuadernos de derecho judicial, núm. 11, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999; y GARGARELLA, R.: “Derechos de los más débiles. El liberalismo igualitario frente a los problemas de la minoridad”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante y Centro de Estudios Constitucionales, núm. 19, Alicante, 1996, pp. 357-372.

³⁶ Cfr. ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 57-72.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

distinguible de la *clara legalidad* y de la *contundente ilegalidad*. ¿Por qué ocurre esto? La razón es que además de la regla de la bivalencia jurídica, con frecuencia *también* administramos las cuestiones de inmigración desde otra regla: la regla de que “todo lo que no es claramente legal es (manifiestamente) ilegal”. Viene a significar que *todo lo que no es legal en toda su extensión hay que tomarlo por ilegal enteramente*. Según esta regla, el operador jurídico ha de dar siempre *preferencia* a la ilegalidad a la hora de calificar una situación jurídica, a no ser que la legalidad sea muy clara y expresa, absolutamente llena. Lo que más llama la atención es que tanto la regla de la bivalencia jurídica como esta otra *no* están establecidas por el sistema jurídico sino determinadas por las premisas (morales y políticas) de los operadores jurídicos que aplican e interpretan el Derecho en las cuestiones de inmigración³⁷.

La regla de que “todo lo que no es expresa y claramente legal es (manifiestamente) ilegal” es una regla de *determinación* del Derecho, utilizada con frecuencia por las mayorías para conservar el *status quo*³⁸. Pero, también es algo más: expresa unas determinadas premisas morales y políticas (y no otras) acerca de cómo catalogar jurídicamente a personas (en este caso, inmigrantes) que el Derecho no termina por considerar ni claramente *legales* ni terminantemente *ilegales*. Posiblemente una *imprecisión* tal³⁹ es susceptible de dejar en manos de la *discrecionalidad* del operador jurídico⁴⁰ si esta clase de personas son encuadrables en el ámbito de la legalidad expresa o de la ilegalidad manifiesta. Circunstancia que explica los *vaivenes* jurídicos hacia la *legalidad* o la *ilegalidad* que reciben las personas inmigrantes en situación irregular en función de *cada* operador jurídico⁴¹. Por supuesto, el vaivén hacia la ilegalidad tiene lugar cuando un operador jurídico aborda la situación jurídica del inmigrante irregular desde aquella regla, y dictamina

³⁷ Cfr. LUZZATI, C.: “Le definizioni implicite dei giuristi”, *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1992, pp. 215-224.

³⁸ Cfr. ASÍS ROIG, R. de: “El abuso de las mayorías y de las minorías. Una aproximación conceptual”, en *Revista de Derechos y Libertades*, n.º 6, 1998, pp. 255-278.

³⁹ Véase DEL REAL ALCALÁ, J.A.: Desacuerdos en la teoría jurídica sobre el concepto de certeza en el Derecho”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, Año XXXIX, n.º 117, Septiembre-Diciembre 2006, IIJ-UNAM, México DF, pp. 755-775; asimismo, LUZZATI, C.: *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del Diritto*, Dott. A. Giuffrè Editore, Pubblicazioni dell'Istituto di Filosofia e Sociologia del Diritto, Università degli Studi di Milano, Milano, 1999; Y CARRIÓ, G.R.: *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 4.ª ed., 1998, pp. 28-35.

⁴⁰ Véase DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “La decisión judicial según los tipos de casos: ‘clear’ cases, ‘borderline’ cases y ‘pivotal’ cases”, *cit.*, pp. 355-417; y asimismo, DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “La indeterminación de la ‘estructura del deber’ de los jueces en el Estado de Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º XXIII, Publicación Oficial de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, pp. 241-265.

⁴¹ Cfr. ASÍS ROIG, R. de: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, prólogo de G. Peces-Barba, Marcial Pons, Madrid, 1995; asimismo, cfr. BARRANCO AVILÉS, M.ª.C.: *Derechos y decisiones interpretativas*, prólogo de F.J. Ansuátegui, Marcial Pons, Madrid, 2004.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

que esa irregularidad, por no ser legalidad clara, plena y expresa, hay que tomarla por ilegalidad.

Pero al decidir así, el operador jurídico está asumiendo una opción jurídica (y política) –acerca de las personas que se encuentran en estas condiciones– por la que equipara la *legalidad débil* de la que ellos están revestidos con la *ilegalidad a secas* (o ilegalidad sustancial, contundente). Se trata, pues, de una regla que se utiliza con el objetivo de conseguir una práctica aplicativa, o interpretativa, o jurisprudencial o doctrinal de carácter *restrictivo* a la hora de considerar a las personas inmigrantes⁴². De hecho, se va consolidando la tendencia en nuestros Ordenamientos de que la situación jurídica de los inmigrantes irregulares *caiga* cada vez con más frecuencia del lado de la ilegalidad (y no al contrario), aceptándose en estos casos que la zona *entre medias* de la legalidad y la ilegalidad es perfectamente asimilable a una zona de ilegalidad contundente. Tendencia cuya desembocadura natural es que nuestros Estados de Derecho acaben promoviendo no sólo que “todo lo que no es *clara legalidad* debe asimilarse a *ilegalidad* manifiesta”, sino también que ésta ha de equipararse a la *infracción penal* y, por consiguiente, al ámbito *criminal*⁴³. El resultado estúpido que aquí se persigue es, pues, no ya *ilegalizar* a la inmigración irregular sino prácticamente *criminalizarla*⁴⁴.

¿Es aceptable gestionar la inmigración irregular desde una regla como ésta? Hay que decir que cuando, en estos temas, la aplicación e interpretación del Derecho está gobernada no sólo por la “regla de la bivalencia jurídica” sino asimismo por la regla de que “lo que *no* es clara y expresa *legalidad* es *ilegalidad*”, ahí es susceptible de constatarse una gran contradicción con las mismas bases conformadoras del Estado de Derecho. La razón es que esta regla en última instancia aborda nuestra consideración del principio de *intervención* del Derecho (y en mayor medida del Derecho penal), y en verdad *no* es afín al Estado de Derecho.

Acordémonos que nuestras Democracias Constitucionales tienen una raíz *liberal* (en sentido *político y moral*) en relación a aquellas acciones que interesa regular al Derecho, y por tal se rigen por el principio general de que “todo lo que no está

⁴² Cfr. HABERMAS, J.: *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. esp. de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca, Paidós, Barcelona, 1999.

⁴³ Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, Tirant lo Blach, 2.ª ed., Valencia, 2007. Desde el punto de vista del Derecho Penal, el interés del Estado por controlar el flujo migratorio constituye un bien jurídico protegido.

⁴⁴ Cfr. LAURENZO COPELLO, P.: “El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos”, en CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., ORTS BERENGUER, E., CUERDA AMAU, Mª.L. (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y Estudios con motivo del Setenta Aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1149-1172; este texto puede verse también en LAURENZO COPELLO, P.: “El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G., CANCIO MELÍA, M. y POZUELO PÉREZ, L. (coords.), *Política criminal en vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson Civitas, Pamplona, 2008, pp. 223-249.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

expresamente prohibido, está permitido”. Son los regímenes autoritarios los que *invierten* este principio liberal para basar sus ordenamientos jurídicos en el principio contrario: “todo lo que no está autorizado expresamente, está prohibido”⁴⁵. En el tema de la inmigración irregular ¿cuál de estos principios concuerda con la regla de que lo que no es clara y expresamente legal es ilegalidad? Sin duda, el segundo, cuando lo correcto, justo y congruente en el ámbito del Estado de Derecho debiera ser que prevaleciera el primero. Esto me lleva a afirmar que a menudo en el tratamiento jurídico que damos a la inmigración se han confundido e invertido las bases políticas liberales que han configurado históricamente al Estado de Derecho para ser sustituidas por reglas *restrictivas* que chirrían con la propia esencia liberaldemocrática que lo sustenta⁴⁶.

IV. CONCLUSIÓN.

Del análisis que he llevado a cabo en estas líneas acerca de cómo contempla el sistema jurídico del Estado de Derecho a la inmigración *irregular* podemos obtener varias conclusiones de interés:

1) A menudo, en nuestras Democracias Constitucionales existe una regulación contradictoria de los inmigrantes *meramente irregulares*, a consecuencia de que en este tema confluyen la implementación legal de prestaciones básicas “universales”⁴⁷ para todo ser humano con políticas “nacionales” de inmigración⁴⁸.

La implementación anterior es compleja, y produce *contradicciones* e *incompatibilidades* (de las que resulta *indeterminación*), en un Estado de Derecho cuyo sistema jurídico se configura todavía como el Ordenamiento de un Estado-nación de Derecho⁴⁹. Ahora bien, su realización constituye un índice de “calidad

⁴⁵ Véase DAHL, R.A.: *La Democracia y sus críticos*, 7.^a edición, Editorial Paidós, Barcelona, 2002; y cfr. ELSTER, J. (comp.): *La democracia deliberativa* Editorial Gedisa, Barcelona, 2001.

⁴⁶ Para combatir la interpretación que lleva a la inmigración irregular a caer del lado de la ilegalidad, el 25 de enero de 2010 la O.N.G. “Andalucía Acoge” hizo un llamamiento a todos los Ayuntamientos de que no pretendan limitar los derechos fundamentales de estas personas negando su empadronamiento con el pretexto de que su mantenimiento endeuda las arcas municipales y es caro.

⁴⁷ Cfr. AÑÓN, M^a.J., DE LUCAS, J. y otros: *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; asimismo, véase PÉREZ-LUÑO, A. E.: “La universalidad de los derechos humanos”, en LÓPEZ GARCÍA, J.A. y DEL REAL ALCALÁ, J.A. (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 51-68.

⁴⁸ Cfr. HABERMAS, J.: *Más allá del Estado nacional*, introd. y trad. esp. de Manuel Jiménez Redondo, 3.^a ed., Trotta, Madrid, 2001.

⁴⁹ Cfr. DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “Estado cosmopolita y Estado nacional. Kant vs. Meinecke”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Universidad Nacional Autónoma de México, tomo LVII, n.º 247, Enero-Junio 2007, México D.F., pp. 165-203.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

democrática”⁵⁰ de nuestros sistemas de convivencia⁵¹. Para hacer posible aquella implementación en los temas de inmigración, que en alguna medida supone avanzar hacia un *Estado de Derecho postnacional*⁵² y hacia la igualdad en el discurso de los derechos⁵³, esto es, hacia los derechos de la persona más que los derechos del ciudadano⁵⁴, no hay más remedio que distinguir, en relación al Derecho aplicable, una *zona* (jurídica) localizada *entre medias* de la *legalidad* clara y la *ilegalidad* sustancial o contundente; y situar allí al inmigrante meramente irregular, cuya desubicación en el sistema jurídico es manifiesta: pues, la legislación es capaz de estimar que su situación es claramente *ilegal* y posibilitar su expulsión, y al mismo tiempo revestirlo también de *legalidad* conformada por un *haz de derechos* legales a los que le facilita acceder, ejercer y disfrutar legalmente.

2) Esta tercera zona o situación jurídica, *entre medias* de la plena legalidad y de la ilegalidad contundente, pero distinguible de ambas, es un espacio proclive a la *indeterminación jurídica*, a consecuencia de que el Derecho contempla a la misma vez la legalidad y la ilegalidad de los mismos sujetos en las mismas circunstancias.

3) Mientras que los ciudadanos nacionales estamos ubicados por el Derecho en el *núcleo* de la legalidad del Estado de Derecho y por eso recibimos el *máximo* de *beneficios* en *derechos*, en el mejor de los casos los inmigrantes irregulares están situados en la *periferia* de esa legalidad. Se trata, como mucho, de una “legalidad débil”, de *baja calidad*, que proporciona y está conformada por un haz de derechos (que son beneficios del Estado de Derecho) reducido. No se trata, pues, de una *legalidad nuclear* en el Estado de Derecho sino de una *legalidad periférica*.

4) Sin embargo, a menudo los operadores jurídicos (aplicadores e interpretadores del Derecho) gestionan los temas de inmigración desde *dos* reglas que *no* ha establecido el sistema jurídico, pero que ellos aplican (y que, en verdad, responden a *sus* premisas *morales* y *políticas* para con la inmigración): la “regla de la bivalencia jurídica”, que *restringe* las calificaciones de una situación jurídica a la *dualidad* “o es *legal* o si no *ilegal*”; y la regla de que “todo lo que no es claramente legal es (manifiestamente) ilegal”, de cuya aplicación resulta la *plena ilegalización*

⁵⁰ Cfr. DEL REAL ALCALÁ, J.A.: Dimensión jurídico-política de la migración”, Revista *Aportes Andinos*, núm. 8, ‘Desplazamiento forzado y refugio’, Revista de la Universidad Internacional Andina Simón Bolívar-Sede de Ecuador, Quito (Ecuador), Enero 2004.

⁵¹ Cfr. AÑÓN, M^a.J.: “Límites de la universalidad: los derechos sociales de los inmigrantes”, en ID., DE LUCAS, J. y otros, *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, cit., pp. 9-36.

⁵² Véase DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “Del Estado-nación de Derecho al Estado de Derecho postnacional”, en LÓPEZ OLVERA, M.A. y RODRÍGUEZ LOZANO, L.G. (coords.): *Tendencias actuales del Derecho Público en Iberoamérica*, Editorial Porrúa, México DF, 2006, pp. 153–171.

⁵³ Véase ASÍS ROIG, R. de: “La igualdad en el discurso de los derechos”, en LÓPEZ GARCÍA, J.A. y DEL REAL ALCALÁ, J.A.: *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, cit., pp. 149-168; asimismo, DE LUCAS, J. y SOLANES, A.: *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, Dykinson, Madrid, 2009.

⁵⁴ Cfr. FERRAJOLI, L.: “De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona”, *cit.*, pp. 97-123.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

(que puede derivar hacia la *criminalización*) de miles o millones de personas migrantes por el hecho de encontrarse en situación meramente irregular.

5) Cuando los operadores jurídicos gestionan la inmigración desde las dos reglas anteriores (*excluyentes* de cualquier margen de legalidad para el inmigrante irregular), de ahí resulta que la legalidad *débil* y de *baja calidad* (que se le ha conferido desde ciertos ámbitos de la legislación) *decae* definitivamente hacia el lado de la *ilegalidad a secas*. Dejar fuera de cualquier atisbo de legalidad a un sector tan considerable de la “población estable” de un Estado de Derecho constituye, cuando menos, una gravísima irresponsabilidad social con la que a veces (lamentablemente) nos hemos familiarizado⁵⁵.

6) Probablemente la situación de *ilegalidad plena* en la que las dos reglas anteriores dejan sumidos a los inmigrantes irregulares contribuyan en gran medida a “invisibilizarlos” como seres humanos y, por tal, favorezcan empujarlos, por razones sobrevivencia, a sumir relaciones sociales, laborales y profesionales de “servidumbre voluntaria”, esto es, relaciones siervas *sin* derechos dentro del Estado de Derecho⁵⁶, cuyas características más importantes es precisamente la de identificar a una “sociedad *con* derechos”⁵⁷.

Los juristas que asumimos el *ideal del Estado de Derecho*⁵⁸ no deberíamos acomodarnos a que el único programa que nuestro modelo de convivencia pueda ofrecer a estas personas sea la “ilegalidad sustancial”, la “invisibilidad” como seres humanos, y el “sometimiento” a relaciones laborales y profesionales siervas dentro del Estado de Derecho. Además de radicalmente *inmoral*, esta triada debiera resultar *incompatible* con cualquier *teoría de la justicia* que pretenda realizar la Democracia Constitucional⁵⁹.

⁵⁵ Véase AÑÓN, M^a.J.: “El test de la inclusión: los derechos sociales”, en ANTÓN, A. (coord.), *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, Talada Ediciones, Madrid, 2000, pp. 148-191; asimismo, cfr. BERGER, P.L.: *Los límites de la cohesión social. Conflictos y mediación en las sociedades pluralistas*, Informe de la Fundación Bertelsmann al Club de Roma, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 1999.

⁵⁶ El mecanismo de la servidumbre voluntaria puede verse en DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “Dimensión jurídico-política de la migración”, cit.

⁵⁷ Cfr. PECES-BARBA, G.: *La Constitución y los derechos*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho n.º 39, Bogotá, 2006.

⁵⁸ Sobre el contenido de este ideal, véase ENDICOTT, T.A.O.: “La imposibilidad del imperio de la ley”. en *ID.*, *La Vaguedad en el Derecho*, cit., pp. 271-297.

⁵⁹ Sobre la ética pública de la Democracia, véase PECES-BARBA, G.: *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 1995, pp. 75 y ss.; asimismo, véase PECES-BARBA, G.: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.