

## ARGUMENTACIÓN Y CASOS DIFÍCILES: EL CASO DE LA INMIGRACIÓN ‘IRREGULAR’

J. Alberto del REAL ALCALÁ

SUMARIO: I. *El caso de la inmigración “irregular”*. II. *Argumentar la legalidad y argumentar la ilegalidad en el caso de la inmigración irregular*. III. *La regla de la “bivalencia jurídica”*.

### I. EL CASO DE LA INMIGRACIÓN “IRREGULAR”

A menudo, en el Estado constitucional existe una regulación contradictoria, que genera indeterminación jurídica, con relación a las personas inmigrantes que se encuentran en situación meramente irregular. Esta cuestión es la que aborda el capítulo quinto del libro. La razón es que en estos casos confluyen, por una parte, la implementación legal de prestaciones básicas “universales” para todas las personas y, por otra parte, la política “nacional” sobre inmigración de un país. Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, surge la siguiente cuestión: ¿cómo calificar la posición jurídica de miles (o millones) de personas no nacionales que siendo habitantes estables del Estado de derecho no se encuentran del todo en una situación de legalidad, pero tampoco de manifiesta ilegalidad? Si los “inmigrantes irregulares” no son claramente legales, pero tampoco terminantemente ilegales, ¿cuál es la consideración que hace de ellos el derecho?

Respondo a esta pregunta distinguiendo una zona jurídica “entre medias” de la legalidad entera y la ilegalidad sustancial. Para ello, llevo a cabo una consideración crítica de las dos reglas que utilizan los operadores jurídicos con asiduidad para gestionar las cuestiones relacionadas con la inmigración irregular: la “regla de la bivalencia jurídica” (que restringe las calificaciones de la situación jurídica de los inmigrantes irregulares a la dualidad “o es legal o es ilegal”) y la regla de que “todo lo que no es claramente legal es manifiestamente ilegal” (que conmina al operador jurídico a dar preferencia a la ilegalidad antes que a la legalidad a la hora de abordar la posición jurídica de estas personas).

## II. ARGUMENTAR LA LEGALIDAD Y ARGUMENTAR LA ILEGALIDAD EN EL CASO DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR

El problema hoy en día es que la ciudadanía nacional es un artefacto 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 derecho.<sup>1</sup> La división terminante entre “ciudadanos” nacionales y “población extranjera” que produce tal categoría genera aproximadamente, y desde el punto de vista doctrinal y normativo, el siguiente “inventario de beneficios en derechos” asignados por el Estado de derecho a cada una de estas porciones de habitantes.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Añón, Mo. J., “Nueva ciudadanía y derechos sociales y políticos de los inmigrantes”, *Gaceta Sindical. Reflexión y Debate*, Madrid, núm. 3, 2003, pp. 109-136.

<sup>2</sup> Según STC 236/2007, del 7 de noviembre, FJ 3, “la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España debe deducirse de los preceptos que integran el título I [de la Constitución], interpretados sistemáticamente. Para su determinación debe acudir en primer lugar a cada uno de los preceptos reconocedores de derechos que se incluyen en dicho título, dado que el problema de su titularidad y ejercicio ‘depende del derecho afectado’ (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4). Y en segundo lugar, a la regla contenida en el art. 13 CE, cuyo primer apartado dispone ‘Los extran-

Así, en primer lugar, la norma constitucional es el núcleo de la lista de derechos que tiene asignada la población extranjera en España.<sup>3</sup>

En segundo lugar, en general el legislador ordinario no goza de la facultad entera de decidir qué derechos fundamentales otorga a los extranjeros (sean estos legales o no legales) y cuáles les niega.<sup>4</sup>

jeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley’, mientras el segundo apartado establece que: ‘solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23 [CE], salvo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales’ “.

<sup>3</sup> STC 236/2007, del 7 de noviembre, FJ 3. Según el Tribunal Constitucional, “la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España debe deducirse de los preceptos que integran el título I [de la Constitución], interpretados sistemáticamente. Para su determinación debe acudirse en primer lugar a cada uno de los preceptos reconocedores de derechos que se incluyen en dicho título, dado que el problema de su titularidad y ejercicio ‘depende del derecho afectado’ (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4). Y en segundo lugar, a la regla contenida en el art. 13 CE [Constitución Española], cuyo primer apartado dispone ‘Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley’, mientras el segundo apartado establece que: ‘solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23 [CE], salvo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales’”.

<sup>4</sup> STC 236/2007, del 7 de noviembre, FJ 3. Para el Tribunal Constitucional, “el legislador al que remite el art. 13.1 CE no goza de igual libertad para regular la titularidad y el ejercicio de los distintos derechos del título I, pues aquella depende del concreto derecho afectado”. De modo que “una interpretación sistemática del repetido precepto constitucional impide sostener que los extranjeros gozarán en España sólo de los derechos y libertades que establezcan los tratados y el legislador (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2)”. Esto quiere decir que *no* está en manos del legislador de cada momento “la potestad de decidir qué derechos del título I les pueden corresponder [a los extranjeros] y cuáles no” se le otorgan. Del mismo modo, “existen en este título derechos cuya titularidad se reserva en exclusiva a los españoles (los reconocidos en el art. 23 CE, con la salvedad que

En tercer lugar, eso sí, mientras que la distinción entre ciudadanos nacionales y extranjeros es “intraconstitucional”, la subdivisión entre extranjeros “legales” y “no legales” es “extraconstitucional”. Consideración que reconoce expresamente el propio Tribunal Constitucional: “la Constitución no distingue entre los extranjeros en función de la regularidad [o irregularidad] de su estancia o residencia en España”.<sup>5</sup> Esto quiere decir que la situación jurídica del inmigrante “irregular” la viene configurando en gran medida el legislador de cada momento, no la Constitución.

Y en cuarto lugar, a pesar de la fuerte incidencia del legislador ordinario en la posición jurídica del inmigrante irregular, el Tribunal Constitucional ha ido perfilando el marco de derechos de los que (además de los nacionales) también pueden beneficiarse las personas que se encuentran en aquella situación, y que el legislador ha de respetar. Dicho marco incluye a los derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos nacionales que esta institución entiende que son derechos de la persona y no exclusivamente de la ciudadanía nacional. Y que se traducen en aquellos derechos basados en la “dignidad de la persona” como “fundamento del orden político y la paz social establecida por el artículo 10.1 de la Constitución. Para el TC, es este fundamento lo que “obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre” en el Estado de derecho — también, por consiguiente, a los inmigrantes irregulares — “aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la digni-

contiene), prohibiendo la misma Constitución (art. 13.2 CE) que el legislador los extienda a los extranjeros”.

<sup>5</sup> Véase STC 236/2007, del 7 de noviembre, FJ 2, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 1707-2001 interpuesto por la Letrada del Parlamento de Navarra. En el mismo FJ 2, el TC establece a continuación que dicha distinción no siendo determinada por la Constitución “sí puede resultar constitucional que el legislador atienda a esa diferencia [entre la regularidad o irregularidad de la estancia en España de los extranjeros] para configurar la situación jurídica de los extranjeros siempre que al hacerlo no vulnere los preceptos o principios constitucionales”.

dad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador”.<sup>6</sup>

El marco de derechos vinculados a la dignidad humana estaría integrado por “el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica,<sup>7</sup> pero también el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>8</sup> y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita,<sup>9</sup> el derecho a la libertad y a la seguridad,<sup>10</sup> y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”<sup>11</sup> Determinando el TC que este haz de derechos reconocido “expresamente” por él como derechos de la persona, esto es, “derechos pertenecientes a las personas en cuanto tal”, “no constituyen una lista cerrada y exhaustiva”.<sup>12</sup> Respecto a otros derechos, el TC ha dejado a la libertad democrática del legislador, a su libertad de configuración normativa, la determinación de las condiciones de ejercicio de —por ejemplo— los derechos de reunión, asociación y sindicación “por parte de los extranjeros que carecen de la corres-

<sup>6</sup> La STC 236/2007, del 7 de noviembre, FJ 3, establece que “nuestra jurisprudencia ha reiterado que existen derechos del título I que ‘corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a los españoles’ (STC 107/1984, FJ 3)”, a los extranjeros se les ha reconocido “gozar de ellos ‘en condiciones plenamente equiparables [a los españoles]’” (STC95/2000, de 10 abril, FJ 3). Siendo estos derechos “los que ‘pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2; y 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2)”.

<sup>7</sup> STC 107/1984, FJ 3.

<sup>8</sup> STC 99/1985, FJ 2.

<sup>9</sup> STC 95/2003, del 22 de mayo, FJ 4.

<sup>10</sup> STC 144/1990, del 26 de septiembre, FJ 5.

<sup>11</sup> STC 137/2000, del 29 de mayo, FJ 1.

<sup>12</sup> STC 236/2007, del 7 de noviembre, FJ 3.

pondiente autorización de estancia o residencia en España”;<sup>13</sup> aunque ha reconocido el derecho de huelga a los trabajadores irregulares.<sup>14</sup>

En todo caso, para poder identificar y perfilar en el tiempo la lista abierta de derechos de los inmigrantes irregulares que va configurando el legislador de cada momento, el TC ha proporcionado pautas o estándares que, sin embargo, se caracterizan por ser ciertamente abstractos e indeterminados: se trata de “esos derechos y esos contenidos de derechos” que la Constitución “proyecta universalmente” sustentados en los criterios constitucionales de la dignidad humana como fundamento del orden político y la paz social. Derechos que para extraerlos habrá que “partir, en cada caso, del tipo abstracto del derecho y de los intereses que básicamente protege”, entendiendo por tal su “contenido esencial”.<sup>15</sup>

Pues bien, la configuración normativa actual de la vigente Ley de Extranjería se ha nutrido necesariamente de la antepuesta doctrina constitucional. Sin embargo, aún lo anterior, social y jurídicamente la inmigración irregular 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 ciudadanía.<sup>16</sup> Por supuesto, a este respecto, no es nada problemático el poder identificar la “situación jurídica” del sector

<sup>13</sup> STC 236/2007, del 7 de noviembre, FJ 17.

<sup>14</sup> STC 259/2007, del 19 de diciembre, FJ 9, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1640-2001, interpuesto por el letrado de la Junta de Andalucía.

<sup>15</sup> STC 236/2007, del 7 de noviembre, FJ 3. La doctrina del contenido esencial de los derechos ha sido expuesta por el Tribunal Constitucional en las SSTC 11/1981, del 8 de abril, 101/1991, del 13 de mayo y ATC 334/1991, del 29 de octubre.

<sup>16</sup> Con relación a esta cuestión, véase De Lucas, J., Solanes, A. y otros, *La participación de los inmigrantes en el ámbito local*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006; asimismo, Asís Roig, R. de, “La participación política de los inmigrantes. Hacia una nueva generalización de los derechos”, en Ansuátegui Roig, F. J., *et al.*

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 claros y determinados, razón por la que 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? Es a esta cuestión a la que 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 legal<sup>17</sup> que tienen los municipios españoles de inscribir en el padrón municipal<sup>18</sup> (la inscripción en el padrón

(eds.), *Derechos fundamentales y valores en un mundo multicultural*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 199-217.

<sup>17</sup> 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 incorporarán al padrón a los extranjeros que tengan su domicilio habitual en el municipio y mantendrán actualizada la información relativa a los mismos”.

<sup>18</sup> 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

municipal supone entrar a formar parte de la lista legal de vecinos de una localidad) a cualquier extranjero (así como la obligación de estos 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 España<sup>19</sup> o de que posea o no documentación de permanencia legal en el país.<sup>20</sup> Esto es, sin tener en cuenta de si se trata de inmigrantes legales o no legales en ese sentido.

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”.

<sup>19</sup> 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...”.

<sup>20</sup> 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



La inscripción en el padrón municipal de los inmigrantes solo con el pasaporte, pero que se encuentran indocumentados en los demás aspectos, también denominados “los sin papeles”, genera para ellos ciertos beneficios efectivos del Estado de derecho:<sup>21</sup> sea el caso del acceso gratuito a los servicios públicos municipales (comedores sociales, alojamiento, albergues, becas, guarderías infantiles, ayudas diversas, etcétera) según proporcione cada ayuntamiento, el acceso efectivo a la sanidad pública<sup>22</sup> (a las prestaciones sanitarias públicas de forma totalmente gratuita) o el acceso efectivo a la educación pública<sup>23</sup> (a las matrículas gratuitas en los colegios públicos).

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).

<sup>21</sup> 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”.

<sup>22</sup> 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”.

<sup>23</sup> 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 finaliza-

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 migratoria” (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 dispone que el inmigrante en situación irregular<sup>24</sup> puede ser desde

ción”; “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”

<sup>24</sup> 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

multado a “expulsado”<sup>25</sup> del territorio nacional,<sup>26</sup> mostrando una gran indeterminación en las decisiones sancionatorias;<sup>27</sup> y previendo para este último supuesto medidas de aseguramiento, tales como la “detención cautelar”<sup>28</sup> y su ingreso preventivo en “Cen-

domicilio real del extranjero. Se incurrirá en una infracción por cada persona indebidamente inscrita”.

<sup>25</sup> 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”.

<sup>26</sup> Según ATC 356/2008, de 10 de noviembre, FJ único, “Este Tribunal ha señalado que, en los casos de expulsión de extranjeros, la efectividad de las resoluciones judiciales, con la consiguiente salida del territorio nacional, podría convertir en ilusoria una eventual concesión del amparo, porque, por un lado, lo que se trataría de impedir con el recurso ya habría tenido lugar y, por otro, pese a que una eventual concesión del amparo pudiera tener como consecuencia la posibilidad de que el recurrente regresase a nuestro país, los perjuicios de carácter personal, económico y familiar sería de imposible resarcimiento (ATC 82/1999, de 12 abril, FJ 2)”.

<sup>27</sup> A este respecto, el Tribunal Constitucional exige motivación de la decisión de la Administración de sancionar las conductas de estancia irregular en España con una multa o con la expulsión, a fin de que tal decisión administrativa no vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Según STC 140/2009, de 15 de junio, FJ 3, “es doctrina reiterada de este Tribunal que las garantías procesales establecidas en el art. 24.1. CE son aplicables también a los procedimientos administrativos sancionadores [tal como es el régimen sancionador en materia de extranjería], en cuanto que son manifestación de la potestad punitiva del Estado, con las matizaciones que resulte de su propia naturaleza (por todas, STC 17/2009, de 26 de enero, FJ 2), incluyendo en esas garantías el deber de motivación”. En consecuencia, “la imposición de la sanción de expulsión [y no de una multa] no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, sino que la ley establece unos presupuestos objetivos y subjetivos, así como unos criterios de aplicación que condicionan normativamente a la Administración”.

<sup>28</sup> La Ley de Extranjería en su “Artículo 61. MEDIDAS CAUTELARES” establece “1. Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el

tros de Internamiento de Extranjeros” (CIE) mientras se realiza la tramitación del expediente sancionador,<sup>29</sup> 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 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 (disfrute efectivo de derechos), ellas están asociadas precisamente a la existencia de legalidad y surten efectos respecto a determinados derechos relacionados con la condición

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).

<sup>29</sup> 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”.

de la ciudadanía. De modo que a partir del empadronamiento legal en un municipio se genera un haz de beneficios (en forma de efectivos 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 efectivos derechos de los que el inmigrante irregular puede disfrutar legalmente vienen a conformar una especie de “legalidad” derivada de la legislación estatal, brotada 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 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 con 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 los anteriores: la de asignarle a esas personas beneficios (en efectivos 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”<sup>30</sup> a causa de sus manifiestas contradicciones.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> 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, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 63-97; véase asimismo, Moreso, J. J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997; Del Real Alcalá, J. A., “Sobre la indeterminación del derecho y la Ley Constitucional”, *Derechos y Libertades*, núm. 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, Oxford University Press, 2003.

<sup>31</sup> 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 ten-

Esta indeterminación<sup>32</sup> sobre cuál es la regulación que se aplicará (y el trato que recibirá de la administración a un inmigrante irregular en España (pues en cualquier momento puede ser detenido y expulsado,<sup>33</sup> 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 Ardoz (Madrid) estaba prohibiendo el empadronamiento a aquellos inmigrantes en cuyo pa-

ga, 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 importante asignación y el disfrute de ciertos derechos fundamentales para el inmigrante irregular).

<sup>32</sup> Del Real Alcalá, J. A., “Ámbitos de la doctrina de la indeterminación del Derecho”, núm. *Jueces para la Democracia*, núm. 56, Madrid, julio/2006, pp. 48-58.

<sup>33</sup> Desde la STC 95/2003, del 22 de mayo promovida por el Defensor del Pueblo, los inmigrantes irregulares que se hallen en España también tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita como parte de su derecho a la tutela judicial efectiva; derechos que recoge la actual Ley de Extranjería en su artículo 20 (derecho a la tutela judicial efectiva), artículo 21 (derecho al recurso contra los actos administrativos) y artículo 22 (derecho a la asistencia jurídica gratuita). Sin embargo, según STC 303/2005 de 24 de noviembre, FJ 5, el “procedimiento de habeas corpus queda manifiestamente fuera de lugar cuando [...] la intervención judicial ya se ha producido con la aplicación de la Ley de Extranjería”.

saporte figura el visado de turista (inmigrantes irregulares)<sup>34</sup> y no tienen en ese sentido permanencia legal en España.<sup>35</sup> El Colegio de Abogados de Madrid consideró esta práctica “ilegal” de acuerdo con 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 da 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.

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> A fin de acabar con los denominados “pisos patera” donde se hacían 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 una persona por cada veinte metros cuadrados del piso, por lo que en un piso de sesenta metros cuadrados no permite empadronar a más de tres personas. Las falsedades u omisiones se sancionan 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”.



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.

### III. 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 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 estatus 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 inmigración.<sup>36</sup> 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 a la necesidad de resultados inequívocos [en el Derecho].<sup>37</sup>

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 “significa abordar de una forma dual (positiva o negativa) la posición jurídica de los ciudadanos”, representando “el esquema conceptual de respuestas” de las que

<sup>36</sup> Del Real Alcalá, J. A., “Problemas de gestión de la diversidad cultural en un mundo plural”, en Ansuátegui Roig, F. J., *et al*, (eds.), *Derechos fundamentales y valores en un mundo multicultural*, *cit.*, pp. 177-198.

<sup>37</sup> Endicott, T. A. O., *La vaguedad en el derecho*, *cit.*, p. 121.

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”.<sup>38</sup> Ahora bien, como puede apreciarse, es un mecanismo técnico que añade el operador jurídico, y del que este se vale para hacer más fácil el poder calificar la situación jurídica de las personas (en nuestro caso, los inmigrantes irregulares). Constituyendo, en este sentido, una regla que le ayuda a determinar el derecho aplicable. Pero no es una regla establecida por el derecho como tal ni que el ordenamiento obligue a utilizar.<sup>39</sup> 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 en la legislación española, según hemos relatado.<sup>40</sup> 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 lo más atinado a la hora de describir cuál es su verdadera situación ante

<sup>38</sup> Del Real Alcalá, J. A., “La decisión judicial según los tipos de casos: ‘clear’ cases, ‘borderline’ cases y ‘pivotal’ cases”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* (bilingüe inglés-español) del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, núm. 1, 2007, México DF, p. 360.

<sup>39</sup> Sobre la decisión judicial facilitada por el mecanismo de la bivalencia jurídica, véase *ibidem.*, pp. 360-362 y 404-405.

<sup>40</sup> Acerca de la decisión judicial que desborda el mecanismo de la bivalencia jurídica y de la subsunción, véase *ibidem.*, pp. 388-390.

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 “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 con 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: es legal o si no ilegal), 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 también a criminalidad).

Diferenciar (opuestamente al modo en el que aborda estas cuestiones la regla de la bivalencia jurídica) tres situaciones o posiciones jurídicas con relación a la inmigración: a) la “legali-

dad”, 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 como contundente ilegalidad; puede ayudarnos a entender mejor las indeterminaciones a consecuencia de las 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 ciudadanía:<sup>41</sup> 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 competencia.<sup>42</sup>

#### IV. 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, distinguible de la clara legalidad y de la contundente ilegalidad. ¿Por qué ocurre esto? La razón es que además de la regla de

<sup>41</sup> Añón, Ma. J., “Extranjeros inmigrantes: derechos sociales e integración social”, *Derechos Ciudadanos. Revista de los Defensores del Pueblo Autonómicos*, Alicante, núm. 0, 2005, pp. 5-17; asimismo, 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”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, Alicante, Universidad de Alicante y Centro de Estudios Constitucionales, núm. 19, 1996, pp. 357-372.

<sup>42</sup> Ansuátegui Roig, F. J., *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 57-72.

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 enteramente ilegal. 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 y plena. 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 inmigración.<sup>43</sup>

Al igual que la regla de la bivalencia jurídica, la regla de que “todo lo que no es expresa y claramente legal es (manifiestamente) ilegal” es también una regla para la determinación del derecho, utilizada con frecuencia por las mayorías para conservar el status quo.<sup>44</sup> 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 tal<sup>45</sup> es susceptible de dejar en manos de la discrecionalidad del ope-

<sup>43</sup> Luzzati, C., “Le definizioni implicite dei giuristi”, *Analisi e Diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 1992, pp. 215-224.

<sup>44</sup> Asís Roig, R. de, “El abuso de las mayorías y de las minorías. Una aproximación conceptual”, *Revista de Derechos y Libertades*, núm. 6, 1998, pp. 255-278.

<sup>45</sup> Del Real Alcalá, J. A., “Desacuerdos en la teoría jurídica sobre el concepto de certeza en el derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 117, septiembre-diciembre 2006, México, IJ-UNAM, pp. 755-775; asimismo, Luzzati, C., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del Diritto*, Milano, Giuffrè, Pubblicazioni dell'Istituto di Filosofia e Sociologia del Diritto, Università degli Studi di Milano, 1999; Carrió, G. R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 4a. ed., Abeledo-Perrot, 1998, pp. 28-35.

rador jurídico<sup>46</sup> 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 jurídico.<sup>47</sup> Por supuesto, el vaivén hacia la ilegalidad tiene lugar cuando un operador jurídico aborda la situación jurídica del inmigrante irregular desde la regla que aquí tratamos, y dictamina que la irregularidad, por no ser legalidad clara, plena y expresa, hay que tomarla (y calificarla jurídicamente) como ilegalidad.

Claro está, al decidir así y no de otra manera, el operador jurídico está asumiendo una opción jurídica (y política) —acerca de las personas que se encuentran en esas circunstancias— 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 inmigrantes.<sup>48</sup> 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.

<sup>46</sup> 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”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXIII, Madrid, Publicación Oficial de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 2006, pp. 241-265.

<sup>47</sup> Asís Roig, R. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, Marcial Pons, 1995; asimismo, Barranco Avilés, Ma.C., *Derechos y decisiones interpretativas*, prólogo de F. J. Ansuátegui, Madrid, Marcial Pons, 2004.

<sup>48</sup> Habermas, J., *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. esp. de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca, Barcelona, Paidós, 1999.

Tendencia cuya desembocadura natural es que nuestros Estados de derecho acaben promoviendo no solo 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.<sup>49</sup> El resultado estúpido que aquí se persigue es, pues, no ya ilegalizar a la inmigración irregular, sino prácticamente criminalizarla.<sup>50</sup>

¿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 solo 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 constitucional 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 con aquellas acciones que interesa regular al derecho, y por tal se rigen por el principio general de que “todo lo que no está expresamente prohibido, está permitido”. Son los regímenes au-

<sup>49</sup> Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007. Desde el punto de vista del derecho penal, el interés del Estado por controlar el flujo migratorio constituye un bien jurídico protegido.

<sup>50</sup> 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, Valencia, Tirant lo Blanch, 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*, Pamplona, Thomson Civitas, 2008, pp. 223-249.



toritarios los que invierten este principio liberal para basar sus ordenamientos jurídicos en un principio contrario: “todo lo que no está autorizado expresamente, está prohibido”.<sup>51</sup> 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 constitucional 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 habituales que han configurado históricamente al Estado de derecho para ser sustituidas por reglas restrictivas que chirrían con la propia esencia liberaldemocrática que lo sustenta.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> Dahl, R. A., *La democracia y sus críticos*, 7a. ed., Barcelona, Paidós, 2002; y Elster, J. (comp.), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001.

<sup>52</sup> Para combatir la interpretación que lleva a la inmigración irregular a caer del lado de la ilegalidad, el 25 de enero de 2010 la ONG. “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.