

Capítulo XVIII

Inmigrantes*

Los inmigrantes conforman un colectivo digno de especial atención en este texto por dos razones. Primero porque la inmigración, a pesar de la crisis económica, constituye el principal factor de aumento demográfico no sólo en España, sino en toda la Unión Europea, registrándose en la mayor parte de los países que la integran una inmigración neta positiva¹. Es decir los extranjeros suponen un segmento de población numéricamente considerable. Y segundo porque la población inmigrante manifiesta una clara tendencia a la estabilización. Es decir, muy al contrario de lo que se creyó en países como Alemania cuando comenzaron a recibir masivas olas migratorias, los inmigrantes no vienen para entregar su fuerza de trabajo y marcharse después a las depauperadas naciones de las que salieron. Los inmigrantes se quedan, en un momento dado deciden traer a las familias que permanecían en sus lugares de origen o formar familias nuevas en los lugares de destino, y en esas circunstancias, solos o con sus familiares se ven inmersos

* Por Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ. Algunas de las consideraciones que aquí se realizan en torno a la integración social de los inmigrantes, son producto de proyectos de investigación anteriores, especialmente de las actividades realizadas por un lado en el seno del Proyecto I+D «Estatuto jurídico y derechos de los inmigrantes» (SEJ 2005-05368), del Institut de Dret Public de la Universitat de Barcelona (dirigido por Eliseo AJA), y por otro en colaboración con la Universidad de Burgos, en el seno del Convenio (art. 83 LOU) para la elaboración de un Informe Jurídico relativo a la elaboración de una Ley autonómica en materia de derechos sociales de los inmigrantes en Castilla y León (dirigido por Camino VIDAL FUELLO).

1. Así se describe en el *Tercer informe anual sobre inmigración e integración. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, Bruselas, 11 de septiembre de 2007, COM (2007) 512 Final. Este informe sigue a otros dos, en los que se verifican idéntica circunstancia, publicados en julio de 2004 (primer informe COM [2004] 508 y en junio de 2006, segundo informe SEC [2006] 892). Estos datos vienen a ser confirmados por las estadísticas de Eurostat sobre población y condiciones sociales del año 2009 (VASILEVA, 2009) y del año 2010 (Demography Report Commission Staff Working Document, 2010).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

en un proceso vital que hemos dado en llamar integración, como una suerte de trasunto entre la clásica idea de cohesión social y el nuevo fenómeno migratorio.

Pues bien, este numeroso grupo de población que, por regla general, pretende encontrar cabida en nuestra sociedad, se convierte en un grupo digno de especial interés si de realizar una reflexión sobre los derechos sociales se trata, porque resulta ser un grupo en riesgo de exclusión social no sólo por su origen nacional sino también, y fundamentalmente, por su situación socioeconómica. Partiendo de esta premisa, su acceso a los derechos sociales se va a convertir en caballo de batalla tanto de quienes trabajan por su integración, como los detractores de la misma.

De hecho, la idea de integración, de contenido incierto, alcance indeterminado², y naturaleza bidireccional³, que podría definirse como el fenómeno de acomodación del extranjero a la sociedad de acogida y de la sociedad de acogida al extranjero, va a ser el eje sobre el cual se articulen las reflexiones siguientes. Y es que en este proceso el derecho al trabajo es clave, puesto que el objetivo fundamental de la inmigración laboral es encontrar un puesto de trabajo que permita desarrollar el proyecto migratorio (enviar remesas al país de origen, salir de la situación de precariedad económica en la que se inicia la aventura migratoria, mejorar la situación socioeconómica que el inmigrante vivía en su país de origen, etc.), y lo son del mismo modo el derecho a la educación, el derecho de acceso a la atención sanitaria y a una vivienda digna, la promoción de la igualdad de oportunidades, el diálogo intercultural, etc., todos ellos derechos que constituyen el objeto principal de esta obra.

Ahora bien, para que la integración real sea posible, partimos de la tesis de que es necesaria la mayor identificación jurídica (y fáctica) posible entre nacional y extranjero en lo que hace al disfrute de los derechos (civiles, pero

2. Según CARRERA I COMES (2004), la integración se puede definir de dos modos, o bien como el proceso de adaptación de una persona extranjera en el seno de una comunidad, con la que tiene voluntad de convivir en armonía, o bien como el proceso mediante el cual la sociedad de acogida asegura su cohesión social, uniendo a todos los ciudadanos (extranjeros o no) alrededor de valores y principios compartidos y respetados por todos.
3. En los *Principios básicos comunes sobre integración*, aprobados por el Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior de la Unión Europea en Bruselas, el 19 de noviembre de 2004, se dice que «la integración tiene lugar simultáneamente a escala de los individuos, de las familias, de la comunidad en general y del Estado, y se plasma en todas las facetas de la vida: de hecho, la integración puede abarcar fácilmente una generación o más. Por consiguiente, para tener éxito, la política de integración debe comprometer a las instituciones locales, regionales y nacionales con las que interactúan los inmigrantes, tanto en el ámbito privado como en el público».

también económicos, sociales, culturales y ¿por qué no? políticos). Quizá no podamos hablar de identidad total, por razones que iremos desgranando en las siguientes páginas, pero sí de tendencia a la identificación. Ahora bien, ello encuentra, en el ordenamiento español, dos obstáculos de compleja superación. El primero se refiere a la titularidad de los derechos fundamentales diseñada en nuestra Constitución, y el segundo al complejo sistema de reparto de competencias establecido entre Estado y Comunidades Autónomas por lo que hace a la materia migratoria.

Como veremos a lo largo de estas páginas la Constitución Española de 1978 no establece la igualdad absoluta entre españoles y extranjeros en lo que hace a la titularidad de los derechos fundamentales de manera expresa, y la jurisprudencia constitucional tampoco ha fijado esa igualdad. Por tanto se admite por el máximo intérprete de la Constitución que los inmigrantes pueden ver modulado el ejercicio de sus derechos fundamentales por la acción del legislador. Esa modulación puede moverse en una horquilla establecida entre la negación total de algunos derechos y la proclamación de la igualdad «prácticamente» absoluta entre españoles y extranjeros. De hecho esa horquilla se ha ido cerrando a lo largo de los treinta años de vigencia de la Constitución nacional por la acción de dos leyes fundamentales en materia de extranjería (la LO 7/1985, sobre «derechos y libertades de los extranjeros en España» y la LO 4/2000, sobre «derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social») y de la exégesis del texto de la Norma Fundamental realizada por el Tribunal Constitucional.

Por su parte el reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas dificulta la elaboración de una política común de integración social de los inmigrantes, constatación que no lleva implícita una valoración sobre las ventajas o inconvenientes de tal política común. La razón deriva de la compleja interpretación dada al artículo 149.1.2 CE, que concede al Estado en exclusiva las competencias sobre «nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo». Esta competencia, eminentemente transversal, fue dividida por la doctrina⁴ en dos bloques materiales. Por un lado se situó el control de fronteras, la definición del estatuto jurídico del inmigrante, y el régimen de nacionalidad, asilo y refugio. Todo ello sería competencia estatal. Por otro lado el ámbito denominado «integración social de los inmigrantes» sería competencia de las Comunidades Autónomas, quienes la ejercen con ayuda y colaboración de los municipios. Esto significa que el Estado podrá aprobar leyes de extranjería en las que se hable del disfrute de los derechos (sociales), por parte de los nacionales, pero significa también

4. Se detiene particularmente en esta construcción MONTILLA MARTOS, 2006, pp. 23-75.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

que tales previsiones estatales estarán a expensas de lo que las CC AA establezcan en la normativa de desarrollo y en el momento de la ejecución de sus propias políticas de integración, pudiendo eventualmente como mecanismo de integración, mejorar las condiciones de acceso de los inmigrantes a determinadas prestaciones o derechos sociales. A una conclusión tal permitiría llegar la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de regulación autonómica de los derechos y libertades públicas. Dice el TC en la STC 247/2007, en que se resolvía la constitucionalidad de algunos preceptos del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana: «Por tanto, según hemos avanzado, alcanzamos ya una primera conclusión: el art. 139.1 CE no contempla una uniformidad absoluta del régimen de los derechos constitucionales en todo el territorio nacional, sino un principio de igualdad sustancial susceptible de modulaciones diferenciadas en mayor o menor grado en las Comunidades Autónomas, según el tipo de derecho de que se trate y el reparto competencial en la materia implicada».

1. FUENTES

1.1. ANTECEDENTES

Las Constituciones históricas españolas no han tratado, como no lo hace la actual en sentido estricto, la cuestión de la integración de los inmigrantes en la sociedad española. En cualquier caso todas ellas han hecho referencia a la adquisición de la nacionalidad o a los derechos de que gozaban (mejor dicho «de que no gozaban») los extranjeros.

La Constitución de 1812 establece una triple «calidad» de residentes en el país: españoles, extranjeros y ciudadanos. Esta última, que representa la categoría jurídica con plenitud de derechos de todo orden, es la más interesante porque no se volverá a encontrar en otros textos constitucionales patrios, quizás porque bebe directamente de las ideas republicanas francesas nunca bien asumidas por nuestro ordenamiento. En lo que nos ocupa los artículos 19 y 21 CE establecen que serán también ciudadanos los extranjeros que «gozando ya de los derechos del español, obtuviere(n) de las Cortes carta especial de ciudadano(s)» y los «hijos legítimos de los extranjeros domiciliados en las Españas, que habiendo nacido en los dominios españoles, no hayan salido nunca fuera sin licencia del Gobierno, y teniendo veintiún años cumplidos, se hayan vecindado en un pueblo de los mismos dominios, ejerciendo en él alguna profesión, oficio o industria útil» (art. 21). Ahora bien, «para que el extranjero pueda obtener de las Cortes esta carta, deberá estar casado con española, y haber traído o fijado en las Españas alguna invención

Capítulo XVIII. Inmigrantes

o industria apreciable, o adquirido bienes raíces por los que pague una contribución directa, o estableciéndose en el comercio con un capital propio o considerable a juicio de las mismas Cortes, o hecho servicios señalados en bien y defensa de la Nación» (art. 20). En cualquier caso, goce o no de la condición de ciudadano, un extranjero no podrá bajo ningún concepto ser elegido Diputado de Cortes (artículo 96), Regente de designación parlamentaria (art. 193) Secretario de Despacho (es decir Ministro, art. 222), o Consejero de Estado (art. 231).

Por su parte las Constituciones de 1837 y de 1845, mucho más restrictivas todavía, excluyen a los extranjeros del ejercicio de cualquier derecho constitucionalmente reconocido, en la medida en que asocia el disfrute de los mismos a la condición de ser español (arts. 1 a 11 de ambos textos constitucionales).

La «gloriosa» Constitución de 1869 se muestra un tanto más expansiva en lo que hace a los derechos de los extranjeros, reconociendo expresamente que los mismos gozan de los derechos a la inviolabilidad del domicilio (art. 5) y a la libertad religiosa (art. 21) y que no podrán ser detenidos ni presos sino por causa de delito (art. 2) y con la protección que otorgan todas las garantías de la detención (art. 3). Junto a ello se reconoce la titularidad general (es decir no restringida a los españoles y expresada por tanto mediante fórmulas lingüísticas genéricas como «todos», «nadie», «se reconoce») del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 7) y a la propiedad (art. 13), y de la garantía de *habeas corpus* (art. 12). Por el contrario quedan reservados en exclusiva a los españoles los derechos a no ser compelido a mudar de domicilio o residencia (art. 6), a gozar del juez predeterminado por la ley (art. 11), al sufragio (art. 16), a la libre expresión, reunión, asociación y petición (art. 17), al establecimiento de centros de enseñanza (art. 24) y al desempeño de cargos y funciones públicas (art. 27). Pero sin duda el artículo más interesante de los relativos al régimen constitucional de extranjería es el 25, que reconoce que «todo extranjero podrá establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria, o dedicarse a cualquiera profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las Autoridades españolas». Es decir, se reconoce una libertad de entrada y establecimiento relativamente amplia.

En el mismo sentido se pronunciará, siete años más tarde, la Constitución de 1876 en su artículo 2, añadiendo, en tono más restrictivo, que «los que no estuvieren naturalizados, no podrán ejercer en España cargo alguno que tenga aneja autoridad o jurisdicción». Y a esta restricción se suma una más que tiene que ver con las manifestaciones religiosas públicas que no correspondan con la religión de Estado (la católica, apostólica, romana reco-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nocida en el art. 11). A pesar de que esta previsión no se dirige específicamente a los extranjeros, es altamente probable que fueran ellos los destinatarios mayoritarios en la práctica. Junto a lo anterior se incluye, por primera vez en un texto constitucional, el derecho a la elección de profesión como un derecho de «todos» y por tanto también de los extranjeros (art. 12).

Analizado este *iter*, es posible reconocer sin duda que la Constitución más igualitaria en lo que hace al tratamiento de nacionales y extranjeros es la Constitución de 1931, que supera incluso la posición de nuestra actual Carta Magna. Y es que el texto republicano introducía las siguientes novedades en materia de extranjería:

- La concesión de la nacionalidad española por la regla del *ius solii* a quienes nacieran en España de padres extranjeros, siempre que optasen por la nacionalidad española en la forma que las leyes determinasen (art. 23.2°).
- La adquisición de la condición de españoles para los que, sin tener carta de naturaleza, hubieran ganado la vecindad en cualquier pueblo de la República, en los términos y condiciones que prescribieran las leyes (art. 23.4°).
- La posibilidad para las mujeres extranjeras de conservar su nacionalidad de origen después del matrimonio con un español (art. 23).
- El reconocimiento del derecho a emigrar o inmigrar sin más limitaciones que las que la ley estableciera (art. 31).
- El sometimiento al principio de legalidad de la expulsión de extranjeros del territorio español (art. 31).

A partir de ahí, se proclaman los derechos de los españoles. Teniendo en cuenta que cualquier residente adquiere la condición de español a efectos constitucionales, en realidad todos los derechos se proclaman respecto de todos los que tengan esta condición.

Ahora bien este régimen jurídico se modifica radicalmente durante el franquismo⁵. El Fuero del Trabajo, de 9 de marzo de 1938, no contempla en ningún momento al trabajador extranjero, aunque sí se refiere a la obligación del Estado de dictar «las oportunas medidas de protección del trabajo nacional en nuestro territorio» y de cuidarse de amparar la situación profesional de los españoles residentes en el extranjero «mediante Tratados de

5. Antes de ello, el Gobierno Republicano aún tendría tiempo de aprobar el Decreto de 8 de septiembre de 1932, sobre trabajadores extranjeros (Gaceta de 10 de septiembre de 1932), y el Decreto de 29 de agosto de 1935, colocación obrera de trabajadores extranjeros (Gaceta de 31 de agosto de 1935).

trabajo con otras Potencias» (XIV). En la misma línea el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945 se refiere exclusivamente a los derechos de los españoles, sin la menor referencia a la titularidad por parte de los no nacionales de estos mismos u otros derechos. Por eso es preciso acudir a normas de rango infralegal para conocer algunos elementos puntuales del régimen de extranjería durante este período histórico, como por ejemplo lo relativo a las relaciones de trabajo y a las condiciones de establecimiento de extranjeros. La normativa sobre esta cuestión es prolija y está dispersa en distintas disposiciones aprobadas entre 1944 y 1965 que el Decreto 1870/1968 de 27 de julio⁶ refundirá, regulando el empleo, el régimen de trabajo y el establecimiento de los extranjeros en España con la intención clara (y expresa en la exposición de motivos de la norma) de preservar a los españoles de una competencia externa que pudiera «entorpecer la eficacia práctica de la acción del Estado en materia de formación y promoción profesional» y por tanto con una vocación restrictiva⁷. Además en este período se establece un régimen especial para la comunidad iberoamericana y filipina. En esta línea se pueden citar la Ley 118/1969, de 30 de diciembre, de Igualdad de Derechos Sociales de los trabajadores de la Comunidad Iberoamericana Filipina de Empleados del Territorio Nacional⁸; y la Orden Ministerial de 15 de enero de 1970, por la que se exime a los Iberoamericanos y Filipinos de la obligación de proveerse del permiso de trabajo⁹.

Vocación que se va a reflejar también en el texto constitucional de 1978¹⁰ y en la primera ley de extranjería de la democracia, que en el año 1985 vendrá a sustituir las previsiones del Decreto de 1968.

1.2. TEXTO CONSTITUCIONAL

1.2.1. El proceso constituyente

La participación política de los extranjeros en España. Ése fue el caballo de batalla de la discusión parlamentaria del actual artículo 13 de la Constitución, que era el duodécimo del Anteproyecto de Constitución que presentara

6. BOE de 14 de agosto de 1968.

7. A esta disposición se unirá posteriormente el Decreto 522/74, de régimen de entrada, permanencia y salida de territorio español (BOE de 27 de febrero de 1974).

8. BOE de 31 de diciembre de 1969.

9. BOE de 26 de enero de 1970.

10. Y poco antes de su aprobación en el texto del Decreto 1874/78, sobre concesión y renovación de permisos de trabajo y permanencia y autorizaciones de residencia (BOE de 10 de agosto de 1978).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

la Ponencia¹¹, y la misma cuestión será la que provoque la única reforma constitucional del texto de 1978. Pero vayamos por partes.

El texto que la Ponencia propuso para regular el estatuto jurídico del extranjero establecía que «la condición jurídica del extranjero se regula por la ley y por los tratados, atendiendo siempre al principio de efectiva reciprocidad» y teniendo en cuenta que «solamente los españoles serán titulares de derechos políticos». El mismo precepto establecía que los extranjeros residentes en España gozarían de las libertades públicas contenidas en el Título I, en los términos establecidos por la ley. Por último este precepto hacía referencia a las instituciones de la extradición y el asilo.

Frente al texto propuesto los grupos parlamentarios Socialista, Socialista de Cataluña y Comunista presentan tres enmiendas (n^{os} 20, 224 y 695) y varios votos particulares que, con matices, van en el mismo sentido: eliminar las restricciones que, respecto del ejercicio de los derechos políticos, se imponen a los extranjeros y ello con el respaldo de argumentos de derecho comparado pero, sobre todo, de una idea de plena integración del extranjero que trabaja y vive regularmente en España, en la sociedad que le acoge. A pesar de los intensos debates al respecto las enmiendas son rechazadas, y la principal modificación de fondo que sufre el texto de la ponencia, a resultas de una enmienda *in voce* del grupo parlamentario Socialista del Congreso, tiene que ver con la eliminación del término «residentes» del apartado 2 del artículo 12. Es decir, en el Dictamen de la Comisión Constitucional del Congreso¹² no se limita a los extranjeros residentes (*ergo* «legales») el eventual disfrute de los derechos y libertades contenidos en el Título I de la Constitución, sino que se extiende tal disfrute a todos los ciudadanos no nacionales. A partir de este Dictamen, la discusión habida en el Pleno del Congreso reproduce casi de forma idéntica los términos de la discusión en Comisión. De nuevo los socialistas y los socialistas catalanes procuran la supresión de la mención que excluye a los extranjeros del goce de los derechos políticos y de nuevo fracasan en su intento¹³, que, sin embargo, es acogida en la discusión en la Comisión competente del Senado¹⁴ tras la reiteración de enmiendas en este sentido (n^{os} 13 y 1044¹⁵). Además, al texto aprobado

11. *BOCG* de 3 de enero de 1978. El informe de la Ponencia respondiendo a las primeras observaciones y votos particulares se publicará en el *BOCG* de 17 de abril de 1978.

12. *BOCG* de 1 de junio de 1978.

13. Véase el Dictamen del Pleno del Congreso de los Diputados sobre el Proyecto de Constitución, publicado en el *BOCG* de 24 de junio de 1978.

14. Así puede leerse en el Dictamen de la Comisión del Senado (*BOCG* de 6 de octubre de 1978) y en el Dictamen del Pleno del Senado (*BOCG* de 13 de octubre de 1978).

15. La enmienda del Grupo Socialista en el Senado era menos ambiciosa que la de sus compañeros del Congreso y admitía la posibilidad de introducir limitaciones a la participación de los extranjeros en las elecciones al Congreso y al Senado, de modo que quedase garantizada, al menos, su participación en las elecciones municipales.

por la Comisión senatorial, por 13 votos a favor frente a 12 abstenciones¹⁶, funde los antiguos apartados 1 y 2 del artículo 12 y le dará el (actual) número 13, siendo su dicción literal la siguiente: (art. 13.1 CE:) «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley reguladora de su condición jurídica». Este mismo texto resulta aprobado por el Pleno del Senado, debiendo pues esperarse al texto elaborado por la Comisión Mixta¹⁷ para obtener la definitiva redacción del precepto que introduce de nuevo limitaciones al derecho de participación política de los extranjeros, pero, tal y como propuso en un momento de la discusión en la Comisión del Senado el grupo parlamentario Socialista, dejando la puerta abierta a la posibilidad de que los mismos disfruten del derecho de sufragio activo (derecho a votar, pero no derecho a ser elegido) en las elecciones municipales, siempre dentro de las condiciones que fijen los tratados y la ley.

Así, el texto constitucional definitivamente aprobado por las Cortes Generales y posteriormente por el pueblo español en referéndum establece que: «1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley. 2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales».

Ahora bien, el texto anterior será modificado como consecuencia del proceso de ratificación del Tratado de la Unión Europea. Y es que, en dicho proceso, se suscitaron dudas sobre la compatibilidad entre el artículo 8.B.1 del Tratado de Maastrich, y el apartado 2 del artículo 13 CE, ya que el primero reconocía el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a todos los ciudadanos de la Unión independientemente de su país de residencia, mientras que el texto constitucional español tan sólo abría la posibilidad, como hemos visto, de conceder el derecho de sufragio activo a los ciudadanos no nacionales residentes en España. Ante esta «aparente» contradicción el Gobierno planteó sus dudas sobre la constitucionalidad del Tratado al Tribunal Constitucional en un proceso de control previo de tratados internacionales (arts. 95 CE y 78 LOTC), dudas que el Tribunal resolvió en la Declaración de 1 de julio de 1992, poniendo de manifiesto la incompatibilidad «real» entre las normas sometidas a examen, y la consiguiente necesidad de modificar la Constitución en este punto antes de proceder a la ratifi-

16. Este resultado lo es de una segunda votación, puesto que en la primera se había dado un empate técnico: 12 votos a favor de la enmienda, 12 votos en contra y 1 abstención.

17. *BOCG* de 28 de octubre de 1978.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cación del tratado de la Unión, si se optaba por ratificar el mismo en la versión sometida a examen de constitucionalidad.

En la medida en que la opción fue, efectivamente, ratificar el Tratado de Maastricht en los términos en que se había firmado, fue preciso reformar el artículo 13.2 CE. Así, la reforma constitucional de 27 de agosto de 1992¹⁸ vendría a añadir la expresión «y pasivo» al apartado segundo del artículo 13, ampliando de este modo el derecho de sufragio de los extranjeros que podrán ser, desde ese momento, electores y elegibles en las elecciones municipales, siempre que exista un tratado internacional o una ley que den cobertura al ejercicio de tal derecho, lo cual sucede, evidentemente, en el caso de los ciudadanos comunitarios.

1.2.2. Las normas constitucionales referidas a los extranjeros

Tras la descripción anterior puede asegurarse que la Constitución Española define el régimen del extranjero, *a priori*, como un régimen basado en la desigualdad formal con el nacional.

De entrada se limita, por decisión del constituyente, el derecho de participación política de los extranjeros, que nunca podrán votar, ni ser candidatos, en las elecciones nacionales o autonómicas¹⁹, salvo que se naturalicen previamente (art. 13.2 CE).

En segundo lugar, el artículo 14 CE contempla un principio de igualdad y no discriminación por distintas razones (raza, sexo, religión, opinión, etc.) que parecería no ser de aplicación en un parámetro comparativo que colocase de un lado a los españoles y de otro a los extranjeros. Es decir, de este precepto no cabe derivar un derecho de los extranjeros a ser tratados en términos idénticos a los españoles, y eso porque una interpretación literal del precepto no cabe albergar dudas. El artículo 14 dice textualmente «los españoles son iguales ante la ley».

Por último, aunque quizá sea ésta la característica más relevante en la

18. BOE de 28 de agosto de 1992.

19. Como tampoco podrán acceder a determinadas funciones y cargos públicos en la condición funcionarial, dimensión ésta de la participación pública también contenida, como el derecho de sufragio, en el art. 23 CE. En el art. 56 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público se dice que para poder acceder a la función pública (art. 23.2 CE) es preciso, entre otras cosas, poseer la nacionalidad española, excepción hecha –fundamentalmente– de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, o sus cónyuges, o los cónyuges de ciudadanos españoles que en cualquier caso tampoco podrán ostentar cargos o funciones que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas.

configuración del estatuto jurídico del extranjero, se cede al legislador la responsabilidad de regular el régimen de ejercicio de los derechos de los no nacionales (art. 13.1 CE). Y si bien, como ha dicho nuestro Tribunal Constitucional en varias ocasiones, ello no relega la caracterización de los derechos de los extranjeros a la categoría de derechos subjetivos, manteniéndose siempre aquéllos dentro de los márgenes de lo que definimos como derechos fundamentales, no es menos cierto que el margen del legislador en el caso de que se trate de regular los derechos de los foráneos parece ser más amplio que el que debe orientar RE cuando hace lo propio con los derechos de los autóctonos. Apariencia ésta que confirma la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Y es que nuestro Alto Tribunal ha tenido un buen número de oportunidades para pronunciarse sobre el alcance del precepto constitucional al que nos venimos refiriendo²⁰ y ha establecido que la regulación que contiene no supone una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros sino, sencillamente, el reconocimiento de que las libertades públicas a las que alude el artículo 13.1 CE se reconocerán a los extranjeros con arreglo a su configuración legal (por todas SSTC 99/1985 y 130/1995). Dicho de otro modo, el Tribunal Constitucional reconoce que el legislador está legitimado constitucionalmente para introducir límites al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas por parte de los extranjeros.

Ahora bien, a nadie se le escapa que tal reconocimiento podría desembocar en un abuso de su posición por parte del legislador que terminase con la negación jurídica de los derechos de los no nacidos en España, a fuerza de introducir en la ley condiciones de difícil (o imposible) cumplimiento para el acceso al disfrute de los derechos. Por esa razón el Tribunal completa la construcción previa con una complejísima jurisprudencia en la que trata de establecer cuáles son los límites que al legislador constriñen a la hora de imponer límites al ejercicio, por parte de los extranjeros, de los derechos constitucionalmente reconocidos. A la configuración de esos límites nos referiremos en la última parte de este capítulo.

1.3. NORMATIVA INTERNACIONAL

1.3.1. «Soft law» internacional y acuerdos internacionales firmados sobre la materia

No cabe detenerse en la cita de los tratados internacionales de alcance

20. Son muchos los autores que han recorrido esa jurisprudencia. Destacamos, por todos, los trabajos de VIDAL FUELLO (2002), el coordinado por AJA (2009) y el más reciente de ORTEGA, RIPOLL y GÓMEZ FERRER (2010).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

universal o regional europeo sobre derechos humanos ratificados por España y que son de aplicación a los inmigrantes, porque la misma obligaría a presentar la totalidad de convenios internacionales sobre la materia de que España es parte. En la medida en que la mayoría de esos tratados no establecen distinciones en la titularidad de los derechos que proclaman por razón de la nacionalidad ha de entenderse que los extranjeros residentes en España son titulares de todos esos derechos que, dado que se incorporan a nuestro ordenamiento a través de normas de rango infraconstitucional, tendrán la consideración de derechos subjetivos.

Ahora bien, sí será interesante destacar el título –poco más podemos hacer en estas páginas– de los instrumentos convencionales internacionales que hacen referencia a los inmigrantes como especiales sujetos de derecho, tanto en el ámbito universal, como en el ámbito europeo.

Así en la esfera de actuación de Naciones Unidas es preciso citar:

- La Resolución 40/144 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985, que contiene la declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven. Éste es un documento de *soft law*, que no exige por tanto ratificación ni es vinculante en sentido estricto.
- El Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la resolución 45/158 de 18 de diciembre de 1990. Este instrumento de derecho convencional en sentido estricto, que no ha sido ratificado por España²¹, entró en vigor el 1 de julio de 2003, de acuerdo con lo previsto en su art. 87. Es interesante destacar como entre los firmantes de este convenio no hay ningún país de la Europa occidental, ni del norte rico, es decir, ninguno de los países que han venido siendo tradicionalmente destino prioritario de los migrantes económicos²², y ello a pesar del interés

21. A pesar de la realidad de la no adhesión a este tratado, y de las excusas, más o menos acertadas que pudieran darse, la verdad es que el Convenio no es incompatible con nuestro Derecho vigente en materia de inmigración (DE LUCAS, RAMÓN y SOLANES, 2008, p. 31).

22. A 15 de marzo de 2010 esta Convención había sido ratificada por 42 Estados: Albania, Argelia, Argentina, Azerbaiyán, Belice, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, Cabo Verde, Chile, Colombia, Ecuador, Egipto, El Salvador, Filipinas, Ghana, Guatemala, Guinea, Honduras, Jamaica, Jamahiriya Árabe, Libia, Kirguistán, Lesotho, Malí, Marruecos, Mauritania, México, Nicaragua, Níger, Nigeria, Paraguay, Perú, Ruanda, Siria, Senegal, Seychelles, Sri Lanka, Tayikistán, Timor-Leste, Turquía, Uganda y Uruguay.

de instituciones como el Parlamento Europeo, que en una Resolución de 15 de enero de 2004 llamaba a la ratificación de este instrumento. Esta larga convención, de 93 artículos, es un intento por reafirmar y establecer normas básicas de derechos humanos y de constituir las como instrumento aplicable a los trabajadores migrantes y sus familias, especialmente aquellos que se encuentren indocumentados o en situación irregular. En su texto se distingue entre trabajadores migrantes documentados e indocumentados o que se encuentran en situación irregular, y se admite que esta categorización permitirá establecer diferencias en el estatuto jurídico de unos y otros. Sin embargo, la Parte III de la Convención señala un conjunto de derechos de orden civil, político, económico y cultural, aplicables a todos los trabajadores migrantes y a los miembros de sus familias, sea cual sea su situación administrativa.

- La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 15 de diciembre de 2000, y los dos protocolos que la completan, esto es el Protocolo para Prevenir, Suprimir, y Castigar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Menores, 15 de diciembre de 2000 (en vigor desde el 25 de diciembre de 2003) y el Protocolo Contra el Tráfico de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (en vigor desde el 28 de enero de 2004). Los dos protocolos disponen la exención de responsabilidad penal de los migrantes objeto de tráfico y de las víctimas de trata, consagrando el principio de que la migración no es un delito y rechazando la penalización de los migrantes irregulares.
- A su vez cabe destacar la actividad normativa relacionada con algunos grupos específicos dentro del colectivo migrante, como el de los refugiados o asilados políticos, objeto de especial consideración en el Convenio de Ginebra de 28 de julio de 1951²³ y en el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, sobre el Estatuto de los Refugiados²⁴; o el de los apátridas, cuyo estatuto es definido por la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 28 de septiembre de 1954²⁵.
- Por lo que hace al ámbito de regulación propio de la Organización Internacional del Trabajo cabe citar²⁶:

23. BOE de 21 de octubre de 1978.

24. BOE de 21 de octubre de 1978.

25. BOE 4 de julio de 1997.

26. Sin olvidar, por supuesto, la normativa aplicable a los trabajadores migrantes a pesar de que no vaya destinada exclusivamente a ellos, como p. ej., el Convenio n° 87 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, de 9 de julio de 1948 (BOE de 11 de mayo de 1977); el Convenio n° 98 relativo al derecho

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Los Convenios n° 97 sobre trabajadores migrantes, de 1 de julio de 1949 y revisado en 1949 y 1967, y n° 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 26 de junio de 1958, ambos ratificados por España en el año 1967²⁷; el Convenio n° 143, de 24 de junio de 1975, sobre los trabajadores migrantes²⁸, que no ha sido ratificado por España; y las Recomendaciones n° 86 sobre los trabajadores migrantes, de 1 de julio de 1949; n° 100 sobre la protección de los trabajadores migrantes en los países y territorios insuficientemente desarrollados, de 22 de junio de 1955 (en situación provisoria); y n° 151 sobre trabajadores migrantes, de 24 de junio de 1975.

Finalmente, en el ámbito europeo de la gran Europa, esto es la compuesta por los 47 Estados integrados en el Consejo de Europa, y en lo que hace exclusivamente a la protección de los inmigrantes han de recordarse el Convenio relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante, de 24 de noviembre de 1997²⁹; el Acuerdo Europeo sobre exención de visados para los refugiados, de 20 de abril de 1959³⁰; y el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio n° 197 del Consejo de Europa, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005).

A estos tratados se unirían los acuerdos de cooperación³¹ y acuerdos bilaterales de distinto orden que España firma con terceros estados que se caracterizan por ser países de origen de los inmigrantes que llegan a nuestro territorio³².

de sindicación y negociación colectiva, de 1 de julio de 1949 (BOE de 10 de mayo de 1977); el Convenio n° 117 relativo a las normas y objetivos básicos de política social, de 22 de junio de 1962 (BOE de 5 de julio de 1974); el Convenio n° 122 sobre la política de empleo, de 9 de julio de 1964 (BOE de 24 de mayo de 1972); y el Convenio n° 135 relativo a la protección y facilidades a los representantes de los trabajadores en las empresas, de 23 de julio de 1971 (BOE de 4 de julio de 1974).

27. BOE de 7 de julio de 1967 para el Convenio n° 97 y BOE 4 de diciembre de 1968, para el Convenio n° 111.
28. Tampoco ha sido ratificado por España el Convenio n° 21, relativo a la simplificación de la inspección de los emigrantes a bordo de los buques, pero la propia OIT declara que este Tratado ha sido «dejado de lado» (Véase <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C021>, último acceso 18 de marzo de 2010).
29. BOE de 18 de junio de 1983.
30. BOE 22 de julio de 1982.
31. Resulta de especial interés el Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de España y la Secretaría General de la OEA, de 23 de mayo de 1967 (BOE de 5 de abril de 1968), y el Acuerdo Complementario al anterior en materia de Migraciones Nacionales e Internacionales, de 15 de enero de 1981 (BOE de 16 de mayo de 1981), derivando tal interés de la importancia de la inmigración de origen latinoamericano que tiene como destino final España.
32. En la medida en que no resulta posible ahora hacer mención de todos ellos, nos remitimos a la página del Ministerio de Trabajo e Inmigración en la que se compilan

1.3.2. Derecho comunitario europeo

Desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht (1992) las cuestiones relacionadas con la inmigración y el asilo se situaron en el tercer pilar (cooperación policial y judicial)³³, y es el Tratado de Ámsterdam el texto que traslada estas cuestiones al pilar comunitario. A pesar de ello habrá que esperar hasta el Consejo Europeo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999) que retoma las previsiones del TUE revisado en Ámsterdam para lanzar las políticas necesarias para su ejecución. Estas políticas habrían de basarse en cuatro principios: la gestión de los flujos migratorios³⁴, un trato justo para los nacionales de países terceros (y por tanto, su integración en las sociedades de acogida de los estados europeos)³⁵, un régimen de asilo europeo común y la asociación con los países de origen³⁶.

todos los tratados internacionales vinculados a cuestiones migratorias: <http://extranjerios.mtin.es/es/NormativaJurisprudencia/Internacional/>.

33. A pesar de ello antes de la aprobación del Tratado de Maastricht también se elaboraron algunas normas en materia de control de flujos que se situaron, por distintas razones, en el pilar comunitario. Así pueden citarse la Directiva 64/221 del Consejo (ampliada más tarde por la Directiva 75/35 del Consejo), para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública; el Reglamento 1612/68, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad; la Directiva 72/194 del Consejo, por la que se amplía a los trabajadores que ejercen el derecho a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, el campo de aplicación de la anterior Directiva; y la Directiva 77/486 del Consejo, relativa a la escolarización de los hijos de los trabajadores migrantes.
34. En línea con este principio se propician medidas como: a) el establecimiento de formularios comunes de visado de entrada y de permisos de residencia; b) la elaboración de un listado de terceros países a los que se les exige visado de entrada; c) el desarrollo de una política común de retorno de inmigrantes para sufragar en común gastos comunes, como el de expatriación; d) la creación del sistema EURODAC para la comparación de huellas dactilares y desarrollo de propuestas para introducir datos biométricos en los visados, permisos de residencia y pasaportes; e) la creación de la Agencia Europea de Gestión de la Cooperación Operacional de las Fronteras Exteriores (FRONTEX); f) la firma de los acuerdos «Schengen Plus», entre Francia, Alemania, España, Austria, Bélgica, Holanda y Luxemburgo para reforzar su cooperación en el intercambio de datos digitales y numéricos.
35. Tal principio contemplará el desarrollo de Directivas europeas respecto de los criterios para la reagrupación familiar y respecto del estatuto de los residentes de larga duración. Junto a estas disposiciones de *hard law* se pueden citar otros documentos como los Principios básicos comunes para una política de integración de los inmigrantes en la UE, adoptados por el Consejo (Documento 14615/04 del Consejo), y el Programa Común para la Integración presentado por la Comisión y que establece un marco para la integración de nacionales de terceros países en la UE (COM [2005] 389).
36. Este principio acoge medidas como el impulso de acuerdos bilaterales con terceros países para garantizar la readmisión de inmigrantes indocumentados.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Cinco años más tarde, y ante la ausencia de avances significativos en el desarrollo de la política comunitaria común en materia de inmigración y asilo, el Consejo Europeo adoptó el Programa de la Haya³⁷, con el objeto de trabajar por la consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, subrayando la necesidad de una mayor coordinación de las políticas nacionales de integración y de las actividades de la UE sobre la base de principios comunes. Tras la adopción del Programa de la Haya, el siguiente documento digno de ser evocado es el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, documento político y no normativo (a pesar de su denominación), aprobado en el Consejo de Justicia e Interior de la UE celebrado en Bruselas en septiembre de 2008, y mediante el cual los Estados miembros de la UE se comprometen a:

1. Organizar la inmigración legal teniendo en cuenta las prioridades, las necesidades y la capacidad de acogida determinada por cada Estado miembro y favorecer la integración.
2. Luchar contra la inmigración irregular, especialmente garantizando el retorno de los extranjeros en situación de irregularidad al país de origen o a un país de tránsito.
3. Reforzar la eficacia de los controles fronterizos.
4. Construir la Europa del asilo.
5. Establecer una cooperación global con los países de origen y de tránsito favoreciendo las sinergias entre las migraciones y el desarrollo.

En fin, ni una sola mención a los derechos, ni a la integración, y toda la fuerza del pacto colocada en la balanza del «control de admisión». De la misma manera que en los nuevos tratados constitutivos, resultantes del Tratado de Lisboa, se hace hincapié en la idea del control.

Así el artículo 3.2 TUE dice que «La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia». Esta previsión se reitera en el artículo 67.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), donde se dice que la Unión «garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacio-

37. Documento 16054/04 del Consejo.

nales de terceros países», y se explicita de forma clara cuando el artículo 77.1 TFUE marca los objetivos de la política migratoria de la Unión, que son:

- a) garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores;
- b) garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores;
- c) instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores.

En la misma línea se redactan los artículos 78 a 80 del TFUE, todos ellos relativos a la política migratoria y sólo en el apartado 4 del artículo 79 se realiza una mención a la cuestión de la integración, para reconocer que trabajar sobre la misma compete a los Estados. Se establece exactamente que «El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros».

Bien, este escenario, descrito con trazos gruesos³⁸, se perfila un poco más en las disposiciones de un buen número de normas de derecho derivado en materia de inmigración legal e ilegal, y de asilo y refugio.

Por lo que hace a la migración regular pueden ser destacadas las siguientes disposiciones:

- Los Reglamentos 1683/95 del Consejo, de 29 de mayo de 1995; 2317/95 del Consejo, de 25 de septiembre de 1995; y 574/99, de 12 de marzo, relativos a solicitud y modelos de visados;
- El Reglamento (CE) n° 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países; modificado por el Reglamento (CE) n° 380/2008, de 19 de mayo de 2008.
- La Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el dere-

38. Para profundizar en la evolución apenas apuntada resulta de interés la lectura de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones que contiene el tercer informe anual sobre inmigración e integración, Documento COM (2007) 512 final, de 11 de septiembre de 2007. Este documento ha servido de base para la elaboración de este apartado.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

- cho a la reagrupación familiar³⁹, la primera que se refiere a la inmigración legal⁴⁰ y que será validada por el Tribunal de Justicia mediante la interpretación que de ella realiza en la STJCE de 27 de junio de 2006;
- La Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración;
 - La Directiva 2003/110/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea;
 - La Directiva 2004/81/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes;
 - La Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas;
 - La Directiva del Consejo 2004/83 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida⁴¹;
 - La Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado;
 - La Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica;
 - La Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado.

39. DOUE n° L 251/2003, p. 12.

40. DOUE, n° C 190/2006, pp. 1-2. Véase el comentario a la misma de VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, 2007.

41. Al respecto cabe decir que se ha adoptado una propuesta legislativa con el fin de extender las normas sobre residencia a largo plazo a los beneficiarios de protección internacional. Véase el Documento COM (2007) 298.

Capítulo XVIII. Inmigrantes

Por su parte la inmigración ilegal, así como la lucha contra la trata de seres humanos es objeto de:

- La Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países;
- La Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, y cuyo objetivo es armonizar las sanciones pecuniarias impuestas a los transportistas que transportan dentro del territorio de la UE a nacionales de países terceros sin documentos de viaje o sin visado;
- La Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares;
- El Reglamento (CE) n° 377/2004 del Consejo, de 19 de febrero de 2004, sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración.
- La Decisión 2004/573/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión.
- La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular;
- La Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

Finalmente, en materia de asilo y refugio cabe citar dos instrumentos fundamentales, la Directiva 2003/9/CE sobre la acogida de los solicitantes de asilo y los refugiados y el Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.

Estas heterogéneas disposiciones normativas, lejos de buscar una cierta igualdad de trato entre comunitarios y extracomunitarios, se centran en la

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

regulación del control de fronteras, en un intento claro de reforzar las políticas de seguridad, y procuran a su vez fortalecer la posición de los ciudadanos comunitarios que ejercen la libertad de tránsito. A pesar de esta afirmación, no por excesivamente genérica menos cierta, la normativa europea reconoce el acceso de los extranjeros a algunos derechos sociales, como el empleo, la educación y formación; y sientan las bases para el desarrollo del «Plan de política en materia de inmigración legal»⁴², a través de otras Directivas que ya están en fase de estudio como la Directiva marco destinada a definir los derechos fundamentales de los trabajadores inmigrantes en la UE⁴³. Estas heterogéneas disposiciones normativas, lejos de buscar una cierta igualdad de trato entre comunitarios y extracomunitarios, se centran en la regulación del control de fronteras, en un intento claro de reforzar las políticas de seguridad, y procuran a su vez fortalecer la posición de los ciudadanos comunitarios que ejercen la libertad de tránsito. A pesar de esta afirmación, no por excesivamente genérica menos cierta, la normativa europea reconoce el acceso de los extranjeros a algunos derechos sociales, como el empleo, la educación y formación; y sientan las bases para el desarrollo del «Plan de política en materia de inmigración legal»⁴⁴, a través de otras Directivas que ya están en fase de estudio como la Directiva marco destinada a definir los derechos fundamentales de los trabajadores inmigrantes en la UE⁴⁵. Por último cabe hacer referencia al hecho de que, en materia de derechos funda-

42. Documento COM (2005) 669.

43. Propuesta de Directiva del Consejo, de 23 de octubre de 2007, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro. No obstante en materia de derechos fundamentales de los inmigrantes Agencia Europea de Derechos Fundamentales ya tiene competencias, especialmente en cuestiones vinculadas a su integración y a las demandas de asilo (véase el art. 2, de la Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2008 para la aplicación del Reglamento [CE] n° 168/2007) por lo que se refiere a la adopción de un marco plurianual para la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea para el período 2007-2012 (2008/203/CE).

44. Documento COM (2005) 669.

45. Propuesta de Directiva del Consejo, de 23 de octubre de 2007, por la que se establece un procedimiento de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro. No obstante en materia de derechos fundamentales de los inmigrantes Agencia Europea de Derechos Fundamentales ya tiene competencias, especialmente en cuestiones vinculadas a su integración y a las demandas de asilo (véase el art. 2, de la Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2008 para la aplicación del Reglamento [CE] n° 168/2007) por lo que se refiere a la adopción de un marco plurianual para la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea para el período 2007-2012 (2008/203/CE).

mentales de los inmigrantes, la Agencia Europea de Derechos Fundamentales ya tiene competencias, especialmente en cuestiones vinculadas a su integración y a las demandas de asilo⁴⁶.

1.4. DESARROLLO LEGISLATIVO

1.4.1. La Ley 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y la normativa conexas

La actuación del legislador invocada por el artículo 13.1 CE se materializa por primera vez en la elaboración de una «ley de extranjería» con vocación de regular los aspectos fundamentales del régimen de entrada, permanencia y salida, y del estatuto básico del extranjero⁴⁷ en el año 1985, a través de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España⁴⁸, algunos de cuyos artículos fueron declarados contrarios a la Constitución en la STC 115/1987, que respondía a un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo.

Después de eso, habrá que esperar un poco más de una década para revisar esta ley en profundidad, en un contexto social extremadamente distinto por lo que hacía a la importancia de la inmigración en términos cuantitativos y cualitativos, y con una polémica política digna de ser descrita.

Efectivamente, el 11 de enero del año 2000 se aprobaría la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LE)⁴⁹. Esta aprobación se producirá a finales de la VI legislatura en el Congreso de los Diputados⁵⁰ tras rechazarse por 190 votos las enmiendas procedentes del Senado y apoyadas por el Grupo Parlamentario Popular. Unos meses más tarde, en noviembre del año 2000, y ya en la VII legislatura, con una mayoría absoluta del Partido Popular (PP) en el Congreso de los

46. Véase el art. 2, de la Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2008 para la aplicación del Reglamento (CE) n° 168/2007 por lo que se refiere a la adopción de un marco plurianual para la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea para el período 2007-2012 (2008/203/CE).

47. En realidad antes se habían aprobado algunas disposiciones que afectaban al régimen de extranjería, pero que no regulaban el estatuto de los extranjeros de forma integral. Se trata, p. ej., del RD 1031/1980, sobre concesión y prórroga de permisos de trabajo y permanencia y autorizaciones de residencia (BOE de 31 de mayo de 1980), o de la Ley 58/1980, sobre Régimen Laboral y de la Seguridad Social de los Trabajadores de Guinea Ecuatorial residentes en España (BOE de 22 de noviembre de 1980).

48. BOE de 3 de julio de 1985, Desarrollan esta disposición legal los RR DD 1119/1986 (BOE de 12 de junio de 1986) y 155/1996 (BOE de 23 de febrero de 1996).

49. BOE 12 de enero de 2000.

50. Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Pleno, n° 283 de 22 de diciembre de 1999.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Diputados, se aprueba (por 187 votos a favor, los del PP, Convergencia i Unió y Coalición Canaria) la Ley Orgánica 8/2000⁵¹, que viene a reformar la Ley Orgánica 4/2000 cambiando sustancialmente el espíritu de ésta. De hecho, y a los efectos que aquí nos interesan exclusivamente, la reforma introduce la condición de la residencia legal para acceder al disfrute de derechos civiles y políticos como la libertad de asociación (art. 8 LE), reunión y manifestación (art. 7.1 LE), tutela judicial efectiva en su dimensión, entre otras, de asistencia jurídica gratuita (art. 22.2 LE) y para el acceso a derechos sociales como la sindicación (art. 11.1 LE), la huelga (art. 11.2 LE) y la educación no obligatoria de los menores, es decir la comprendida entre los 16 y 18 años (art. 9.3 LE).

Dicho de otro modo, la Ley Orgánica 8/2000 introduce la condición de residencia para el ejercicio de los derechos que, en la discusión parlamentaria sobre el proyecto de Constitución de 1978, el constituyente había decidido excluir de la Norma Fundamental.

Por esta razón la Ley Orgánica 8/2000 será objeto de nueve recursos de inconstitucionalidad interpuestos por unos legitimados situados ideológicamente entre quienes habían defendido y aprobado la primera «versión» de la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, una ley mucho más «expansiva» en lo que hacía al reconocimiento de derechos de los extranjeros. Estos recursos fueron resueltos por ocho sentencias del Tribunal Constitucional⁵², aunque sólo tres de las ocho sentencias incluyeron pronunciamientos innovadores: la STC 236/2007 que resuelve la mayor cantidad de dudas de constitucionalidad (sobre los apartados 5, 6, 7, 9 [un párrafo], 12, 13, 14, 16, 20, 50 [una sección], 53, 56 [un párrafo] del art. 1 LO 8/2000); la STC 259/2007 (apartados 9 [otro párrafo], 15, 56 [otro párrafo] del art. 1 LO 8/2000); y la STC 260/2007 (apartados 50 [otra sección], 54 y 55 del art. 1 LO 8/2000). El resto de los pronunciamientos (de la STC 261 a la 265/2007) no aportaría nada nuevo, y volverían sobre preceptos cuya constitucionalidad ya había sido analizada en las sentencias 236, 259 y 260, pero sobre todo en la primera de éstas⁵³. Por medio de estos pronunciamientos el Tribunal Constitucional declararía inconstitucional y nula la imposición de la condición de residencia en relación con los derechos a la educación, huelga y asistencia jurídica gratuita, limitándose a declararla inconstitucional pero sin anular los preceptos en

51. BOE de 23 de diciembre de 2000 (Corrección de errores BOE de 23 de febrero de 2001).

52. Uno de los recursos decayó por desistimiento de los sujetos legitimados que lo interpusieron en concreto las Illes Balears. Véase al respecto el ATC 29/2006.

53. GÓMEZ y VIANA, 2008.

que se contiene, respecto de los derechos de reunión y manifestación, asociación y sindicación (SSTC 236 y 259 a 263/2007).

Antes de que el Tribunal se pronunciara sobre los recursos contra la Ley Orgánica 8/2000, y en la misma legislatura en que esta última fuera aprobada, se introdujeron dos nuevas modificaciones en la Ley Orgánica 4/2000, a través de las Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre, y 14/2003, de 20 de noviembre. La primera, denominada ley «de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros», introduce modificaciones tanto en el Código Penal, como en el Código Civil y en la LE. En materia de extranjería, los objetivos de esta reforma, tal y como se recogen en la exposición de motivos de la ley, son: a) dar una respuesta penal a los extranjeros no residentes legalmente en España que cometen delitos, a través de la posibilidad de sustituir la pena de prisión por la expulsión en determinadas circunstancias; b) dar una respuesta, también penal al tráfico ilegal de personas; c) dar una respuesta al surgimiento de nuevos tipos delictivos asociados con la llegada de extranjeros a nuestro país, como la mutilación genital (ablación); d) adecuar las instituciones civiles a las nuevas culturas que conviven en nuestro país, esto es dar un trato más favorable a las mujeres, fundamentalmente de origen musulmán, residentes en España que solicitan la separación o el divorcio, sustituyendo la aplicación de la ley nacional común de los cónyuges por la aplicación de la ley española en estos casos; e) y por último adaptar la ley de extranjería a la nueva realidad delictiva y procesal.

La segunda introduce modificaciones en la LE, en la LBRL, en la LPC y en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Los aspectos modificados son numerosos, con lo cual nos centraremos únicamente en la cita de aquellos que interesan en materia de derechos. Así la Ley Orgánica 14/2003 introduce modificaciones en materia de reagrupación familiar para evitar las reagrupaciones en cadena, obliga a los transportistas a ceder a la administración los datos sobre los extranjeros que usan sus servicios para entrar en España, permite la cesión de datos de los extranjeros entre las Administraciones Públicas e introduce una habilitación genérica de acceso al padrón Municipal a favor de la Dirección General de la Policía «con el objeto de mejorar el ejercicio de las competencias legalmente establecidas sobre el control y permanencia de los extranjeros en España». Por lo que hace a las modificaciones que acabamos de apuntar, la Ley Orgánica 14/2003 ha sido objeto del recurso de inconstitucionalidad 1024/2004 interpuesto por el Parlamento Vasco y aún pendiente de resolución por el Pleno del Tribunal Constitucional. En este recurso el Parlamento Vasco cuestionaba la constitucionalidad de la cesión de datos de los extranjeros por parte de

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

los transportistas, de la cesión de datos entre administraciones públicas, del acceso de la policía a los datos del padrón de habitantes relativos a los extranjeros, de la orden de retorno asociada a la prohibición de reingreso por un tiempo determinado, del régimen de tratamiento de los extranjeros en los centros de retención, y de algunas cuestiones vinculadas a la tramitación del procedimiento administrativo en materia de extranjería. Aunque tras la interposición de este recurso se ha vuelto a modificar la LE las reformas introducidas en la misma no alteran los problemas sustantivos planteados en este recurso de inconstitucionalidad.

En una última fase, y seis años después de la última reforma de la LE efectuada por las Cortes Generales, la ley ha vuelto a ser modificada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Esta reforma se apoyaba en tres causas fundamentales: la necesidad de incorporar a la ley orgánica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto de la reforma del año 2000, la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico las Directivas europeas sobre inmigración pendientes de transposición y la voluntad de adaptar la ley a la nueva realidad migratoria en España. Junto a lo anterior, aunque en esta ocasión la exposición de motivos de la ley habla de objetivo de la misma y no de causa de su aprobación, la adaptación de la Ley Orgánica a los Estatutos de Autonomía en los que algunas Comunidades han asumido competencias vinculadas a la inmigración, también determina la necesidad de la reforma acometida. Esta norma, como se deduce de la lectura de la exposición de motivos a la que nos referimos, tiene una visión generosa y optimista de su posición en materia de reconocimiento de derechos, visión no necesariamente compartida por todos a juzgar por el recurso de inconstitucionalidad que ya ha sido planteado (exactamente el 12 de marzo de 2010) por el Parlamento de Navarra, en relación con la regulación que en la ley se hace del derecho a la educación postobligatoria para los mayores de 18 años. A este asunto se hará posterior referencia.

Por lo que hace al desarrollo reglamentario, son tres los Reglamentos que ha conocido esta disposición legal: el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio⁵⁴ (reglamento del PP), el Real Decreto 2393/2004⁵⁵, y el RD Real Decreto 557/2011, de 20 de abril⁵⁶, (reglamentos del Gobierno socialista). El Real Decreto 2393/2004, a su vez, fue objeto de dos reformas, una del año

54. BOE 21 de julio de 2001.

55. BOE de 7 de enero de 2005. Para profundizar en su contenido véase, por todas, la obra colectiva coordinada por RAMOS QUINTANA y ROJAS RIVERO, 2007.

56. RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE de 30 de abril de 2011).

Capítulo XVIII. Inmigrantes

2006⁵⁷, circunscrita al art. 13, y destinada a recoger un nuevo supuesto de denegación de entrada en el territorio español para aquellos extranjeros a los que sea de aplicación un acuerdo que regule la readmisión de las personas en situación irregular suscrito por España; y otra del año 2009⁵⁸, de mayor calado, y destinada a adaptar la regulación de los procedimientos de autorización inicial de residencia y trabajo a los requerimientos derivados del traspaso a las comunidades autónomas de la competencia ejecutiva que, en materia de autorización inicial de trabajo de los extranjeros, reconocen determinados Estatutos de Autonomía.

Haciendo balance general, pues no cabe en este momento hacer ulteriores apreciaciones, se observa que en 10 años la ley de extranjería ha sufrido cuatro reformas (LL OO 8/2000, 11/2003, 14/2003 y 2/2009), dos de amplio calado la primera declarada en parte inconstitucional, y la segunda tan reciente que aún no es posible valorar su impacto, y ha sido desarrollada por tres Reglamentos muy distintos, uno de ellos fiel a un espíritu restrictivo con los derechos de los extranjeros, otro más abierto, con ansias evidentes por hacer decir a la ley lo que ésta no dice, y en muchas ocasiones lo que ésta no quiere, y un tercero, y último, que acaba de ser aprobado, y cuya aplicación sacará a la luz sus vicios y virtudes.

Y esto es apenas botón de muestra de una realidad política que impide hablar de la existencia de una «política de Estado de inmigración», de modo que cada uno de los dos grandes partidos tiene una visión del asunto que plasma (o lo intenta) en la normativa que desarrolla durante las legislaturas en las que ocupa el Gobierno. Ello genera una situación de incertidumbre notable, aumentada por el hecho de que, cada gran reforma de la ley (e incluimos la aprobación del RD 2393/2004 como una reforma indirecta) ha ido acompañada de una regularización extraordinaria, excepto la última. La primera fue inmediatamente posterior a la aprobación de la LO 4/2000 y fue acometida para dar cumplimiento a la disposición transitoria 1ª de la misma⁵⁹. La segunda siguió a la Ley Orgánica 8/2000 en cuya disposición transitoria 4ª se preveía esta posibilidad, ejecutada mediante Real Decreto 142/2001, de 16 de febrero⁶⁰. La tercera, y última hasta la fecha, se realizaría tras la aprobación del Real Decreto 1393/2004. Siempre se ha dicho, especialmente por parte de los detractores de las regularizaciones extraordina-

57. Efectuada mediante la aprobación del RD 1019/2006, por el que se modifica el art. 13 del RD 2393/2004.

58. En este caso prevista en el RD 1162/2009, por el que se modifica el RD 2393/2004.

59. Su procedimiento se regularía mediante RD 239/2000 (BOE de 19 de febrero de 2000).

60. BOE 20 de febrero de 2001.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

rias, que las mismas generan unas expectativas en los inmigrantes nada desdenables, que pueden llegar a asociar el cambio de Gobierno a la inminencia de una regularización extraordinaria. El último cambio de la ley, en un contexto de crisis económica, ha venido a demostrar que ese contexto es fundamental, y que las expectativas decaen claramente cuando el contexto económico es desfavorable.

Junto a la legislación «de extranjería» en sentido estricto, no puede dejar de citarse la legislación sobre asilo y refugio que ha visto pasar, en estos 35 años de régimen constitucional, dos sistemas. El primero articulado en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y vigente hasta el 20 de noviembre de 2009, y el segundo, y actual, recogido en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria⁶¹.

1.4.2. La normativa sectorial

Por razones que, por evidentes, casi resulta sobreabundante detenerse en ellas, los extranjeros en general, y los inmigrantes en particular, son sujetos también de lo que llamaríamos las leyes sectoriales, esto es, aquellas que regulan, de modo genérico cada uno de los derechos sociales. Evidentemente no hay normativa sectorial específica para inmigrantes, y en pocas de las leyes sectoriales a las que se ha hecho referencia en otros apartados de esta obra se alude de manera específica a estos particulares sujetos, pero ello no significa que no sean destinatarios de la Ley General de Sanidad o de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, o de la Ley Orgánica de Educación. En posteriores apartados de este mismo capítulo se hace referencia a esa normativa, cuando ello resulta relevante a los efectos de poner de manifiesto la titularidad por los extranjeros de distintos derechos, pero ello no obstante recuérdese cuanto se ha dicho respecto de esta normativa en los capítulos precedentes de este libro.

1.4.3. La normativa autonómica⁶²

Como ya se dijo en las primeras páginas de este capítulo, dentro de la materia genérica que podríamos denominar «inmigración» son muchas las

61. BOE de 31 de octubre de 2009.

62. El objetivo de los párrafos que siguen no es la descripción exhaustiva de las competencias autonómicas y estatales en materia de integración de los inmigrantes. Un análisis en profundidad nos obligaría a realizar un recorrido por los ordenamientos autonómicos que no está al alcance de estas páginas, y que, por lo demás ha sido abordado ya por otros autores, destacando entre todas la obra colectiva coordinada por AJA, MONTILLA y ROIG, 2006.

funciones que tienen cabida y por tanto el abanico que se abre para proceder al reparto competencial es grande.

La regla general es que la política relativa al control de fronteras, a la definición del estatuto jurídico del inmigrante o dicho de otro modo a su régimen de titularidad de los derechos fundamentales, y al régimen de nacionalidad, asilo y refugio es competencia estatal. Ello se deduce de la lectura conjunta y la interpretación sistemática de los artículos 13, 137, 140 a 142 y 149.1.2 CE, y se traduce en que el Estado se encarga del control de fronteras y la política de flujos, es decir, el establecimiento de los criterios de entrada y residencia; del régimen de nacionalidad; del diseño del estatuto jurídico básico de los inmigrantes, o dicho de otro modo su régimen de titularidad de los derechos fundamentales; de colaborar con las Comunidades Autónomas y los Entes Locales, especialmente a nivel financiero, en lo que se refiere al desarrollo de las políticas de integración social de los inmigrantes⁶³; y, por supuesto, la de coordinación de los órganos de la Administración del Estado, a través de la «observación permanente de las magnitudes y características más significativas del fenómeno migratorio con objeto de analizar su impacto en la sociedad española y facilitar una información objetiva y contrastada que evite o dificulte la aparición de corrientes xenófobas o racistas, así

63. Un instrumento básico de esa colaboración es el Fondo de apoyo a la acogida y la integración de inmigrantes así como el refuerzo educativo de los mismos. Este fondo, creado en el año 2005, previó destinar, en aquel momento, 120 millones de euros para que las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos pudieran desarrollar distintas actividades en materia de acogida e integración de inmigrantes. En el año 2006 este fondo se incrementó a 182,4 millones de Euros, y la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2007, previó de nuevo un incremento de su cuantía para alcanzar los 200 millones de euros, formalizándose por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 23 de febrero de 2007 los compromisos financieros de la Administración General del Estado respecto a la distribución del crédito presupuestario de dicho Fondo para el año 2007. Esta cifra se ha mantenido en las siguientes convocatorias hasta la actualmente en vigor que es la correspondiente al año 2009. La existencia del fondo queda, por fin, legalmente garantizada, gracias a la previsión contenida en el art. 2 ter LE, tras la reforma introducida en la misma por la LO 2/2009. En el ap. 4 de este precepto se establece que «De conformidad con los criterios y prioridades del Plan Estratégico de Inmigración, el Gobierno y las Comunidades autónomas acordarán en la Conferencia Sectorial de Inmigración programas de acción bienales para reforzar la integración social de los inmigrantes. Tales programas serán financiados con cargo a un fondo estatal para la integración de los inmigrantes, que se dotará anualmente, y que podrá incluir fórmulas de cofinanciación por parte de las Administraciones receptoras de las partidas del fondo». Los compromisos resultantes de la gestión de este fondo se formalizan a través de convenios de colaboración, y sus correspondientes prórrogas, entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla. No obstante, y a pesar de basarse en la gestión coordinada, existe una fórmula de distribución de este fondo que ha ido variando a lo largo de los años.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

como de la unificación en oficinas provinciales de los servicios existentes, dependientes de diferentes órganos de la Administración del Estado con competencia en inmigración, al objeto de conseguir una adecuada coordinación de su actuación administrativa» (art. 67.1 y 2 LE).

Mientras tanto, el ámbito denominado «integración social de los inmigrantes», es competencia de las Comunidades Autónomas, quienes la ejercen con ayuda y colaboración de los municipios y, en los últimos tiempos, con el apoyo económico de la Administración Central del Estado. La razón por la que se ha reservado a las Comunidades Autónomas lo relativo a medidas de integración, es la conexión que estas medidas tienen con competencias materiales ya asumidas por las Comunidades Autónomas⁶⁴. Esto es la asunción por parte de las Comunidades Autónomas de competencias en materia de integración social de las personas inmigrantes, se ha realizado hasta el año 2006 sobre la base de títulos competenciales propios como la asistencia social (art. 148.1.20 CE), la sanidad (art. 148.1.20 CE), la ejecución de la legislación laboral (art. 149.1.7 CE), el desarrollo y ejecución del régimen de la Seguridad Social, (art. 149.1.17 CE), el desarrollo y ejecución del derecho a la educación (art. 149.1.30 CE), etc.

Y precisamos que esto es así hasta el año 2006 porque antes ningún Estatuto de Autonomía asumía competencias en materia de inmigración, sencillamente porque era una cuestión ausente de las normas estatutarias. No obstante, a partir del actual proceso de reforma de los Estatutos de Autonomía, que ve sus primeros logros precisamente en el año 2006, algunos de ellos contemplan expresamente la competencia autonómica en materia de integración de los inmigrantes, siendo tal el caso de los Estatutos de Cataluña⁶⁵, Andalucía⁶⁶, Aragón⁶⁷, Valencia⁶⁸, Islas Baleares⁶⁹, Castilla y León⁷⁰ y Extremadura⁷¹, siendo los más interesantes, por la innovación realmente profunda de su articulado los tres primeros.

Así el Estatuto de Andalucía, en su art. 62, establece que el proceso

64. Para profundizar en esta cuestión véase MONTILLA MARTOS y VIDAL FUEYO, 2007.

65. La reforma del EA de Cataluña ha sido aprobada por LO 6/2006 (BOE de 20 de julio de 2006), declarada inconstitucional en unos pocos de sus preceptos por la STC 31/2010.

66. LO 2/2007, de reforma del EA para Andalucía (BOE de 20 de marzo de 2007).

67. LO 5/2007, de reforma del EA de Aragón (BOE de 23 de abril de 2007).

68. LO 1/2006, de Reforma de la LO 5/1982, de EA de la Comunidad Valenciana (BOE de 11 de abril de 2006).

69. LO 1/2007, de reforma del EA de las Illes Balears (BOE de 1 de marzo de 2007).

70. LO 14/2007, de reforma del EA (BOE de 1 de diciembre de 2007).

71. LO 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura (BOE de 29 de enero).

de integración de los inmigrantes en la sociedad de acogida compete a la Comunidad Autónoma «en el marco de sus competencias», esto es, en ejercicio de sus títulos sectoriales de carácter prestacional. Por tanto el Estatuto andaluz no viene sino a consagrar en su texto la situación de hecho hasta aquí descrita, y que ya se venía produciendo.

Por su parte el Estatuto de Cataluña, es un poco más preciso, estableciendo que corresponden a la Generalitat:

- Las políticas de integración social de los inmigrantes en ejercicio de sus competencias propias en materia de servicios sociales, educación, sanidad, etc. Dice concretamente el artículo 42.6 EA, refiriéndose a la cohesión y el bienestar social, que: «Los poderes públicos deben emprender las acciones necesarias para establecer un régimen de acogida de las personas inmigradas y deben promover las políticas que garanticen el reconocimiento y la efectividad de los derechos y deberes de las personas inmigradas, la igualdad de oportunidades, las prestaciones y las ayudas que permitan su plena acomodación social y económica y la participación en los asuntos públicos». En el mismo sentido, y de modo un poco más concreto, el artículo 138.1 EA establece que corresponde en exclusiva a la Generalitat: a) el desarrollo de la política de integración de las personas inmigradas en el marco de sus competencias; b) el establecimiento y la regulación de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigradas y para su participación social; y c) el establecimiento por ley de un marco de referencia para la acogida e integración de las personas inmigradas.
- El fomento de políticas de convivencia, que inciden tanto en la población inmigrante como en la población de acogida, y todo ello, en orden a velar «por la convivencia social, cultural y religiosa entre todas las personas en Cataluña y por el respeto a la diversidad de creencias y convicciones éticas y filosóficas de las personas. Además la Comunidad Autónoma debe "fomentar las relaciones interculturales mediante el impulso y la creación de ámbitos de conocimiento recíproco, diálogo y mediación"» (art. 42.7 EA).
- La competencia exclusiva en materia de primera acogida de las personas inmigradas, que incluirá las actuaciones socio sanitarias y de orientación [art. 138.1.a) EA].
- La competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña. Esta competencia, que se ejercerá en necesaria coordinación con la que

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros (art. 138.2 EAC). En relación con esta competencia autonómica, la LE, en la redacción dada por la reciente Ley Orgánica 2/2009, contempla, en su disposición adicional novena, que «en el marco de los procedimientos de contratación colectiva en origen, las comunidades autónomas con competencias ejecutivas en materia de autorizaciones de trabajo podrán establecer servicios que faciliten la tramitación de los correspondientes visados ante los consulados españoles, así como promover el desarrollo de programas de acogida para los trabajadores extranjeros y sus familias».

- La participación en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Cataluña y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros (art. 138.3 EA).

Como vemos, las competencias más específicas en materia de inmigración se contienen en el artículo 138 EA, que fue uno de los impugnados en el recurso planteado por los Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra el Estatuto catalán. Ahora bien la STC 31/2010 salva la constitucionalidad del mismo, haciendo una interpretación conforme a la Constitución en los siguientes términos (FJ 83): «Es evidente que la inmigración es una materia que ha sido reservada con carácter exclusivo al Estado *ex* art. 149.1.2 CE, de modo que el art. 138.1 EAC sería claramente inconstitucional si, como parece deducirse de su enunciado, pretendiese atribuir a la Comunidad Autónoma competencias en dicha materia. Sin embargo, el precepto impugnado admite una interpretación conforme con la Constitución si se entiende, como a continuación se verá, que las potestades en él recogidas no se traducen en la atribución a la Generalitat de competencia alguna en materia de inmigración, siendo lo relevante a la hora de pronunciarse sobre la constitucionalidad del precepto, no su rúbrica o la denominación de la materia o título competencial en cuestión, sino el alcance material de las concretas competencias o potestades estatutariamente atribuidas a la Comunidad Autónoma. Como señala el Abogado del Estado, la evolución del fenómeno migratorio en España impide configurar la competencia estatal *ex* art. 149.1.2 CE como un título horizontal de alcance ilimitado que enerve los títulos competenciales de las Comunidades Autónomas de carácter sectorial con evidente incidencia en la población migratoria, en relación con la cual han adquirido especial importancia las prestaciones de determinados servicios sociales y las correspondientes políticas públicas (educación, asistencia social, sanidad, vivienda, cultura, etc.) [...] Pues bien, precisamente en el contexto de la integración social y económica de la población inmigrante se insertan

el conjunto de competencias o potestades, de evidente carácter asistencial y social que el art. 138.1 EAC atribuye a la Generalitat, las cuales en ningún caso puede entenderse que releguen la competencia exclusiva que el Estado ostenta en materia de inmigración. En este sentido, la competencia exclusiva en materia de primera acogida de las personas inmigradas [art. 138.1.a) EAC], que los recurrentes tildan de especialmente inconstitucional, debe considerarse circunscrita, como revela su tenor literal, a las primeras actuaciones socio sanitarias y de orientación, de modo que la exclusividad con que se define la competencia autonómica, en cuanto manifestación de la competencia asumida en materia de asistencia social, resulta limitada por la competencia exclusiva reservada al Estado *ex* art. 149.1.2 CE. El apartado 2 del art. 138 EAC atribuye a la Generalitat "la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña" [...] Es evidente que la competencia en materia de entrada y residencia de extranjeros se inscribe en el ámbito de la inmigración y la extranjería, terreno en el que, como alegan los recurrentes, sólo cabe la competencia exclusiva del Estado. Ahora bien, el propio art. 138.2 EAC así lo reconoce al condicionar el ejercicio de la competencia ejecutiva autonómica a la coordinación con el Estado, quien, como titular de la competencia preferente entre las que concurren a la regulación del régimen jurídico de los extranjeros en tanto que inmigrantes, no puede hacer entera abstracción, sin embargo, de competencias sectoriales atribuidas a las Comunidades Autónomas, como es el caso, en lo que importa ahora, de la competencia ejecutiva en materia de legislación laboral. Es a esta concreta materia a la que, con independencia del acierto en la calificación que el Estatuto ha dispensado a la competencia referida en el art. 138 EAC, se contraen entonces las facultades atribuidas por el precepto a la Comunidad Autónoma, circunscritas así a los extranjeros cuya relación laboral se desarrolla en Cataluña, salvando el propio precepto, como competencia distinta cuyo ejercicio constituye el presupuesto de la que la Generalitat puede asumir respecto de determinados trabajadores, la que corresponde al Estado en virtud del art. 149.1.2 CE».

Esto es lo que ha dicho el Tribunal Constitucional por el momento. Pero sin duda no será su última palabra sobre este tema. Antes de que se pronunciara esta sentencia, el Parlamento Catalán aprobó la Ley 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña (BOE nº 139, de 8 de junio de 2010). Esta ley, pionera en España, no pretende regular el estatuto jurídico del extranjero en Cataluña, de hecho, en la propia exposición de motivos se reconoce que esta ley no amplía ni restringe el catálogo de derechos de los extranjeros, sino que se limita a crear el servicio de primera acogida, para dar asistencia a quienes llegan a Cataluña

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

por primera vez, o a quienes regresan a este territorio, desarrollando para ello un derecho de acceso al servicio de primera acogida, un derecho, definido por la propia ley, como «público subjetivo de naturaleza administrativa». Pues bien, la Defensora del Pueblo en Funciones, planteó el 13 de agosto de 2010 recurso de inconstitucionalidad contra tres apartados del artículo 9 de la Ley, al entender que son contrarios al art. 3 CE, «al consagrar un desequilibrio del régimen constitucional de la cooficialidad, constitucionalmente consagrado en el artículo 3, en perjuicio del castellano e invadir competencias en inmigración atribuidas en exclusiva al Estado, en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.2 CE». A juicio de la Defensora la interpretación conforme que el TC hace en la STC 31/2010 del artículo 138.1.a) EA no se compadece con el texto de la ley catalana de acogida contenido en el precepto impugnado, con lo cual, la respuesta que a esta impugnación dé, en su día, el Alto Tribunal en la sentencia que resuelva el recurso de inconstitucionalidad planteado, nos permitirá volver sobre el tema del reparto competencia en relación con las cuestiones migratorias.

Dejando a un lado el polémico Estatuto de Autonomía de Cataluña y la normativa de desarrollo, que se anuncia no menos polémica, el EA de Aragón establece en su artículo 29, bajo la rúbrica del «fomento de la integración social de las personas inmigrantes», que «los poderes públicos de Aragón promoverán las políticas necesarias para la integración socioeconómica de las personas inmigrantes, la efectividad de sus derechos y deberes, su integración en el mundo educativo y la participación en la vida pública», previsión que concreta al referirse a su ámbito competencial estableciendo que es competencia de la Comunidad Autónoma, compartida con el Estado la que afecta a las «políticas de integración de inmigrantes, en especial, el establecimiento de las medidas necesarias para su adecuada integración social, laboral y económica, así como la participación y colaboración con el Estado, mediante los procedimientos que se establezcan, en las políticas de inmigración y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación, en su caso, del contingente de trabajadores extranjeros» (art. 57.6° EA de Aragón).

Por su parte el EA de Valencia apenas apunta en su art. 10.3.3° que la actuación de la Generalitat se centrará, entre otros, en el ámbito de los derechos y atención social de los inmigrantes con residencia en la Comunitat Valenciana, y en su artículo 59.5 que «La Generalitat colaborará con el Gobierno de España en lo referente a políticas de inmigración».

La misma alusión contenida en el art. 10.3.3° EAV, aparece en el art. 16.3 del EA de las Islas Baleares, bajo la denominación genérica de derechos sociales, Estatuto que precisa entre sus competencias la «integración social y

Capítulo XVIII. Inmigrantes

económica del inmigrante» (art. 30.49) y «la inmigración en los términos previstos en la Constitución y en la legislación del Estado» (art. 32.18).

El estatuto castellano leonés reserva un artículo, el 10º, a los derechos de los extranjeros lo cual no significa mucho porque el contenido de este precepto es meramente retórico, al establecer que «1. En el marco de la Constitución y de la legislación estatal aplicable, los derechos que el presente Estatuto reconoce a los ciudadanos de Castilla y León se extenderán a los extranjeros con vecindad administrativa en la Comunidad en los términos que establezcan las Leyes que los desarrollen. 2. Los poderes públicos de la Comunidad promoverán la integración social, económica, laboral y cultural de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León». Junto a ello el art. 70.12º del Estatuto alude a la competencia autonómica en materia de «régimen de acogida e integración económica, social y cultural de los inmigrantes», aclarando que la Junta de Castilla y León colaborará con el Gobierno de España en todo lo relativo a políticas de inmigración, en el ámbito de sus respectivas competencias.

Por último el nuevo Estatuto extremeño recoge la competencia exclusiva de la CA para desarrollar «políticas de integración y participación social, cultural, económica y laboral de los inmigrantes, en colaboración con el Estado» y para participar en las políticas de inmigración estatales (art. 9.28 EAEx), orientando la ejecución de esas competencias en el principio de lograr la «integración de los inmigrantes» entendido como objetivo común de las políticas públicas regionales, orientado a su vez por los principios de mutuo conocimiento, respeto por las diferencias e igualdad de derechos y deberes.

La Ley Orgánica 2/2009 viene a cerrar el diseño del reparto competencial al que venimos haciendo referencia al recoger, por primera vez, en un nuevo artículo 2 bis, las competencias estatales de manera expresa. Así este precepto dice literalmente que «corresponde al Gobierno, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.2 CE, la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración, sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales».

Junto a ello se reserva una particular competencia de coordinación al establecer en el apartado 3 de este mismo precepto que «el Estado garantizará el principio de solidaridad, consagrado en la Constitución, atendiendo a las especiales circunstancias de aquellos territorios en los que los flujos migratorios tengan una especial incidencia». Esta competencia de coordinación de las Administraciones Públicas viene a concretarse:

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

- a) A través de la Conferencia Sectorial de Inmigración, que será el órgano «a través del cual se asegurará la adecuada coordinación de las actuaciones que desarrollen las Administraciones Públicas en materia de inmigración» (art. 68.1 LE);
- b) Haciendo especial hincapié en la necesidad de coordinar al Estado y las Comunidades Autónomas que hayan asumido estatutariamente competencias ejecutivas en materia de concesión de la autorización inicial de trabajo. Esa coordinación es imprescindible para garantizar «la igualdad en la aplicación de la normativa de extranjería e inmigración en todo el territorio, la celeridad de los procedimientos y el intercambio de información entre las Administraciones necesario para el desarrollo de sus respectivas competencias». Eso sí, esta labor de coordinación deberá realizarse siempre preservando «la capacidad de autoorganización de cada Comunidad Autónoma así como su propio sistema de descentralización territorial» (art. 68.2 LE);
- c) Estableciendo unos datos mínimos que han de aparecer en los informes sobre la integración social del extranjero. Estos informes, que elaborarán las Comunidades Autónomas y excepcionalmente los Ayuntamientos (art. 124 RE) se exigen para poder solicitar las autorizaciones de residencia por motivos excepcionales, más concretamente por arraigo, la renovación de los permisos de residencia temporal, y la reagrupación familiar, y la LE prevé que será el Reglamento la norma que desarrollará el contenido del informe. No obstante la propia norma legal adelanta que el mismo deberá tener en cuenta: «el período de permanencia, la posibilidad de contar con vivienda y medios de vida, los vínculos con familiares residentes en España, y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales» (art. 68.3 LE). Los artículos 51.6, 61.7, 71.6 y 109 RE afirman que los informes servirán para valorar el «esfuerzo de integración del extranjero» y tendrán como «contenido mínimo la certificación, en su caso, de la participación activa del extranjero en acciones formativas destinadas al conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España, los valores estatutarios de la Comunidad Autónoma en que se resida, los valores de la Unión Europea, los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, así como el aprendizaje de las lenguas oficiales del lugar de residencia. En este sentido, la certificación hará expresa mención al tiempo de formación dedicado a los ámbitos señalados». En un sentido similar, aunque con una formulación no idéntica se pronun-

cia el art. 124 RE, referido a los permisos de residencia por razones de arraigo.

- d) Reconociendo la posibilidad de que el Estado acuda a las Policías Autonómicas para recabar informes. Esta posibilidad se concreta en aquellos casos en que las Comunidades Autónomas hayan asumido competencias en materia de seguridad ciudadana y orden público, y un extranjero que se encuentre en España solicite un permiso de residencia o su renovación. En tales supuestos, respecto de ese extranjero, y en aquellos casos en que se prevea la necesidad de que exista un informe gubernativo, la Administración Central del Estado podrá requerir a las Policías Autonómicas correspondientes un «informe sobre afectación al orden público», informe que se unirá al expediente administrativo al igual que podrá incorporarse un eventual informe de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 68.4 LE);
- e) En materia de Inspección de Trabajo, y sin perjuicio de las facultades de planificación que correspondan a las Comunidades Autónomas con competencias en materia de ejecución de la legislación laboral, elaborando planes, programas y directrices sobre la actuación de la Inspección de Trabajo previa al procedimiento sancionador destinados especialmente a comprobar el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación de los trabajadores extranjeros, así como el cumplimiento efectivo de la normativa en materia de autorización de trabajo de extranjeros (art. 67.3 LE).

Por último, y a sabiendas de que la integración de los inmigrantes se trabajará desde acciones vinculadas a competencias que no le son propias, el Estado central se arroja sobre las espaldas la responsabilidad de cooperar con las Comunidades Autónomas, las Ciudades de Ceuta y Melilla y los Ayuntamientos para la consecución de los objetivos de plena integración de los extranjeros en la sociedad española, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la Ley. Para ello la Administración General del Estado se compromete a elaborar un plan estratégico plurianual, como los que se vienen aprobando desde hace años, que incluirá entre sus objetivos atender a la integración de los menores extranjeros no acompañados (art. 2 ter LE).

1.4.4. Los entes locales y su intervención directa en la garantía y promoción de los derechos (sociales) de los extranjeros

Si bien la aproximación a las políticas locales en materia de integración

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de las personas inmigrantes no es sencilla, ya que se contempla en el seno de tal análisis una amplia casuística, resulta de un alto interés realizar tal acercamiento en la medida en que los entes locales son titulares de la administración pública más cercana al ciudadano si se hace referencia a las prestaciones sociales, sufren un gran impacto en todos los servicios municipales [especialmente en los referidos a la integración básica como educación, servicios sociales, sanidad y vivienda] a causa de la llegada de personas de origen extranjero, y además son los gestores del padrón, que es un instrumento indispensable para la configuración de las políticas autonómicas y nacionales de integración social de los inmigrantes y para facilitar el acceso de determinados derechos prestacionales a las personas de origen extranjero.

Las acciones desarrolladas por los entes locales en materia de integración de los extranjeros, se realizan sin cobertura constitucional, porque la Carta Magna española no establece en ningún artículo cuáles serían las competencias a asumir por los entes locales, ni en materia de integración social de inmigrantes, ni en ninguna otra. La atribución normativa de competencias a los entes locales ha de buscarse en la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (LE), en la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL) y en los Estatutos de Autonomía de cada Comunidad, a los que ya hemos hecho referencia.

Así, la LE, se refiere a la actividad que deberán desarrollar los municipios:

- En relación con su actuación sobre el padrón, el artículo 6.4 establece que 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».
- En alusión a su participación en las políticas de integración a las que se refiere el nuevo artículo 2 ter, de la lectura del mismo se deduce que los Ayuntamientos tienen obligaciones en aras a alcanzar los objetivos de integración de los inmigrantes que se contienen en el precepto, obligaciones que han de cumplimentar en cooperación con la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas.
- En lo que hace a la certificación de ciertos requisitos para proceder a la reagrupación familiar, el artículo 18 prevé que «las Comunidades Autónomas o, en su caso, los Ayuntamientos informarán sobre la adecuación de la vivienda a los efectos de reagrupación familiar».
- En materia de atención a los temporeros, el artículo 42.5 establece que «Las Comunidades Autónomas, los Ayuntamientos y los agentes sociales promoverán los circuitos que permitan la concatenación de

los trabajadores de temporada, en colaboración con la Administración General del Estado».

- Y en materia de certificación de la integración social de los inmigrantes, competencia prevista en el artículo 68 LE.

Por su parte el Reglamento de extranjería, recoge en sus artículos 55.2, 124, y 191 la intervención de los Ayuntamientos en los trámites administrativos precisos para la concesión estatal de los permisos de residencia por reagrupación familiar (en cuyo caso los municipios tienen atribuidas competencias en relación con la acreditación de los requisitos relativos a la habitabilidad de la vivienda del reagrupante para proceder a la reagrupación), y de estancia temporal por arraigo social (supuesto en el cual los Ayuntamientos han de realizar el informe de integración social que deviene documento imprescindible para solicitar tal permiso de residencia).

Por lo que hace a la LBRL, además de referirse a las competencias de los Ayuntamientos en relación con el padrón, establece una cláusula general habilitante a los municipios para «promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal» (art. 25.1 LBRL) cuándo éstas se sitúen en la «gestión de sus intereses» y en el «ámbito de sus competencias», competencias que habrán de ejercerse en los «términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas» y en relación con las materias contenidas en los artículos 25 a 28 LBRL. De entre esas materias pueden destacarse, por su potencial relación con el proceso de integración de los inmigrantes, las referidas a la seguridad en lugares públicos; la promoción y gestión de viviendas; los abastos, mataderos, ferias, mercados y defensa del derecho de los consumidores; la protección de la salubridad pública; la participación en la gestión de la atención primaria de la salud; los cementerios y servicios funerarios; la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social; las actividades o instalaciones culturales y deportivas; la ocupación del tiempo libre; la participación en la programación de la enseñanza y la cooperación con la administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, así como la intervención en sus órganos de gestión y la participación en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria.

La anterior legislación básica, habrá de ser completada por aquello que haya dispuesto cada Estatuto de Autonomía en materia de competencias asumibles por sus propios entes locales y, en caso de que se incluyan en el ordenamiento jurídico autonómico, por lo contenido en las leyes municipales y de régimen local autonómicas. De entre los «nuevos» Estatutos de Auto-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nomía, sólo el Estatuto Catalán introduce en su artículo 184, y por primera vez en una norma con rango de ley, «la regulación y la prestación de los servicios de atención a las personas, de los servicios sociales públicos de asistencia primaria y fomento de las políticas de acogida de los inmigrantes», como competencia específica de los Entes Locales.

Y de entre las leyes autonómicas de régimen local, la ley municipal y de régimen local de las Islas Baleares, recoge en su artículo 29.a) la competencia municipal en materia de acogida de los inmigrantes, siguiendo literalmente la dicción del Estatuto catalán, al establecer que es competencia de los municipios «la regulación y prestación de los servicios de atención a las personas, de los servicios sociales públicos de asistencia primaria, y fomento de las políticas de acogida de las personas inmigrantes».

Junto a las disposiciones citadas, sería preciso referirse a las leyes sectoriales que también hacen referencia a ciertas competencias municipales y que, en el fondo, concretan el alcance de las mismas.

Así, por ejemplo, la LOREG⁷² concede a los Ayuntamientos un buen número de competencias en relación con la administración electoral, como las que se vinculan al censo electoral, campaña electoral y celebración de elecciones, y que les otorgan un papel importante en el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo por parte de los extranjeros residentes.

Por su parte la LGS⁷³ otorga a los municipios el control sanitario de edificios y viviendas y lugares de convivencia humana, competencia básica para la concesión, por ejemplo, del certificado de habitabilidad de la vivienda necesario para la reagrupación familiar, y para garantizar unas condiciones de vida y salubridad mínimamente respetuosas con la dignidad humana de los inmigrantes en peores condiciones socioeconómicas. La misma disposición se refiere también a las funciones municipales en materia de control sanitario de bebidas, comidas y demás productos relacionados con el consumo humano (función relevante en relación con algunas costumbres alimenticias de personas de origen extranjero, así como el control sanitario de los cementerios y la policía sanitaria mortuoria), importante también en relación con el control de ritos funerarios propios de culturas no católicas.

En materia de educación la LOE⁷⁴ impone a las corporaciones locales la obligación de coordinarse con el resto de administraciones con competen-

72. Véase LOREG y, por su especial relación con la cuestión que nos ocupa, hágase especial hincapié en los arts. 29, 32.2, 35, 38, 39, 54, 55, 56, 176 y 177.

73. Respecto de las competencias de los Municipios en materia de asistencia sanitaria, léanse con especial atención los arts. 1, 42, 50 y DF 2ª LGS.

74. LOE, en especial los arts. 8 y 67 y las DD AA 15 y 19.

cias educativas para asegurar una mayor eficacia en la asignación, distribución y utilización de los recursos destinados a la educación, y la de colaborar en la formación de personas adultas, haciendo especial alusión a la enseñanza a los inmigrantes de las lenguas oficiales en España.

Por último en relación con las competencias de los entes locales en materia de Seguridad Social y Servicios Sociales es preciso acudir a la LGSS y al artículo 25.2.k) LBRL⁷⁵. En relación con la competencia de servicios sociales los municipios de más de 20.000 habitantes están obligados a prestar el servicio público a ella vinculado (asistencia social), mientras que los municipios menores se pueden agrupar para hacer frente al mismo en mancomunidades de municipios, o pueden delegar en las Diputaciones Provinciales o en las Comunidades Autónomas, según los casos, su efectiva prestación. Por otro lado los servicios sociales son clasificados en servicios sociales básicos y servicios sociales especializados de cara a garantizar o no el acceso a los mismos a los inmigrantes no empadronados, de manera que estos últimos sólo tienen derecho a acceder a los servicios sociales básicos (art. 14 LE). No existen definiciones legales de cuáles sean los servicios sociales básicos o los servicios especializados, pero de una lectura sistemática de la legislación estatal, autonómica y local sobre la materia, podría deducirse que son básicos los servicios de información, orientación y asesoramiento técnico, ayuda a domicilio, cooperación social para impulsar y fomentar la iniciativa social, el asociacionismo y el voluntariado social, y los programas de convivencia y reinserción social. Por su parte serían servicios sociales especializados la atención a la familia, infancia, adolescencia, juventud, toxicómanos, minusválidos, ancianos, minorías étnicas, mujer, y al resto de situaciones de emergencia social entre las que posiblemente podría incluirse a buena parte de los inmigrantes económicos y notablemente a los temporeros, la prevención de la delincuencia y atención a los reclusos y ex reclusos, y la prevención de la discriminación social.

Así pues, de lo dicho se deduce fácilmente que existen algunas previsiones legales respecto de las competencias de los entes locales, especialmente los municipios, en materia de integración social de las personas de origen extranjero. Quizá podría cuestionarse si el reparto competencial es lo suficientemente claro en lo que al reparto entre Comunidades Autónomas y entes locales se refiere, siendo la respuesta a esta cuestión fundamentalmente negativa. En la práctica resulta evidente que las administraciones públicas de uno y otro nivel de gobierno desarrollan políticas asistenciales respecto de

75. En relación con las competencias de los entes locales en materia de Seguridad Social y Servicios Sociales véanse los arts. 41 CE y 7 y 53 a 56 LGSS.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

este colectivo que van en paralelo y que, en buena parte de las ocasiones, se solapan, con la consiguiente pérdida de eficacia y falta de optimización de los recursos.

Ahora bien, más allá del planteamiento referido, es preciso reconocer que la labor de los entes locales en relación con la integración de los inmigrantes es una labor intensa que se desarrolla en muchas ocasiones de forma poco sistemática, atendiendo a necesidades que van surgiendo con arreglo a la disponibilidad económica pero sin que exista necesariamente una idea previa sobre el modelo de integración que se pretende y que sustente las acciones. No obstante otras veces, y especialmente en los entes locales donde el problema de la inmigración se remonta más atrás en el tiempo, la estructuración de la política local es muy clara, y sigue unos principios bien establecidos. El problema es que resulta complicado extraer puntos en común de ambas fórmulas de respuesta al problema.

En la primera de las descritas, los Planes Municipales de inmigración son los instrumentos que estructuran la política local en la materia. Suelen elaborarse con participación de la ciudadanía a través de distintas fórmulas, y por lo general establecen los objetivos, líneas prioritarias de actuación y acciones específicas que han de integrar la política municipal en materia de integración social de los inmigrantes. En ocasiones estos planes son autónomos, y se dedican exclusivamente a las políticas de integración de los inmigrantes, y otras veces, las acciones en el ámbito aludido se engloban en planes más generales, denominados planes de convivencia o planes de inclusión social. Aunque cada plan sigue su propia estructura y su propia filosofía, en la mayoría de ellos se pueden identificar acciones comunes, como las que se refieren a la formación de los profesionales que deberán atender al colectivo inmigrante en el territorio al que se refiere el plan, las relativas al establecimiento de mecanismos destinados a promover la participación de los inmigrantes en la vida social y cultural del Municipio o del territorio de referencia, las relacionadas con la comunicación intercultural o la mediación entre sociedad receptora y colectivo foráneo, y las vinculadas a la sensibilización de la población autóctona hacia la realidad de los recién llegados y hacia valores de convivencia ciudadana.

Junto a los Planes, allí donde existen, o de forma autónoma, las ordenanzas y reglamentos municipales, como instrumento normativo propio de la administración local que actúa la garantía institucional de la autonomía local, podrían hacer referencia directa a la integración social de la población de origen extranjero pero no suelen hacerlo; en la mayoría de los casos es preciso rastrear entre las disposiciones reglamentarias citadas las alusiones más o menos veladas a los inmigrantes, o las regulaciones que, por su contenido,

van a afectar de forma más directa a este colectivo. Dicho de otro modo no es fácil localizar ordenanzas o reglamentos cuyo objeto principal sea la integración de los inmigrantes en las sociedades locales de acogida o la inmigración en sentido más amplio, si bien en las ordenanzas de convivencia ciudadana y civismo, culto religioso, entierros y cementerios, educación, igualdad, mediación, promoción laboral, salubridad, actividades económicas, seguridad, vivienda, etc., se contienen disposiciones de interés para la comunidad de origen foráneo.

Dicho todo lo anterior una observación final respecto a la práctica en la política municipal resulta obligada. Los Ayuntamientos son los órganos administrativos, con capacidad para tomar decisiones y ejercer el poder, si bien sólo a escala local, más cercanos al ciudadano, y por tanto también al ciudadano extranjero. Esto les coloca en una posición tuitiva que bien puede desarrollarse en fórmulas de garantía de los derechos de los extranjeros o en fórmulas coactivas, que limiten el ejercicio de esos derechos, y la adecuada integración en la sociedad de acogida. Y el ordenamiento jurídico ha otorgado a los Ayuntamientos, entre otros, un instrumento peculiar para desarrollar esas fórmulas. Nos estamos refiriendo al padrón municipal que, si bien se define como mero registro administrativo (art. 16.1 LBRL y art. 53 del RD 1690/1986⁷⁶), esta definición legal no refleja de manera completa las virtualidades de este instrumento en manos de los Ayuntamientos, ni muestra la importancia del mismo en relación con el proceso de integración de las personas de origen extranjero. Estas virtualidades y esta importancia sólo se perciben si se ponen de manifiesto las siguientes realidades:

La inscripción en el padrón es una exigencia de cara a la adquisición de la vecindad administrativa en un municipio, y por tanto se convierte en una condición para el acceso a ciertas prestaciones públicas ofrecidas, con carácter preferente o exclusivo, a los vecinos de dicho municipio. Esto significa, en el fondo, que la inscripción en el padrón tiene carácter constitutivo de la relación de vecindad del inscrito⁷⁷, con lo cual condiciona el acceso a ciertos derechos sociales.

En la medida en que la inscripción en el padrón sirve como medio de prueba de la residencia y el domicilio, y de que las certificaciones que el ciudadano solicite al Ayuntamiento sobre los datos de su inscripción en el padrón tienen carácter de documento público y fehaciente, las mismas pue-

76. RD 1690/1986, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación de las Entidades Locales, en la redacción que, a su título II da el RD 2612/1996, por el que se modifica el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales.

77. ALONSO MAS, 2005, p. 320.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

den convertirse en un medio de prueba inmejorable del tiempo de residencia en España para un extranjero, en el caso de que el mismo afronte un proceso de regularización extraordinaria, por ejemplo, o en el caso de que quiera solicitar el permiso de residencia por arraigo. Junto a lo anterior no cabe perder de vista que la inscripción en el padrón es planteada como una obligación de los habitantes en el Municipio, y no sólo como un derecho, o como un acto administrativo al que puede llegar a asociarse el ejercicio efectivo de determinados derechos.

El volumen de habitantes de un municipio, y por tanto el número de inscritos en un padrón concreto, tiene incidencia directa a la hora de fijar la dimensión del ente local, lo que determinará su modo de financiación y la cuantía de la misma. Además la población también es un dato determinante a la hora de cerrar la distribución de ciertas partidas presupuestarias estatales o autonómicas, especialmente de las destinadas a las prestaciones sociales y, aún con mayor claridad, las que integran el «Fondo de Apoyo a la Acogida e Integración de Inmigrantes y el Refuerzo Educativo». Pero no sólo es una cuestión de financiación, sino de atribución de competencias a los entes locales. Me explico. Según la LBRL todos los municipios han de prestar determinados servicios (alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas), mientras que sólo aquellos con más de 5.000 habitantes tienen la obligación de gestionar lo relativo a los parques y bibliotecas públicas, mercados y tratamiento de residuos, y sólo los que superen los 20.000 habitantes tendrán bajo su responsabilidad la protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público. El del número de habitantes de un Municipio es, por tanto, un dato de sumo interés.

La Administración cuenta con los datos del padrón para conocer el número de personas que residen en el municipio, así como unas referencias mínimas en relación con las mismas. El conocimiento del dato numérico citado y de ese perfil básico es imprescindible de cara a organizar las funciones y servicios que ha de prestar el Ayuntamiento, a gestionar la administración electoral, o a averiguar el domicilio de los administrados. En relación con la presencia de ciudadanos extranjeros en un municipio, esta realidad muestra unos perfiles muy particulares. Por ejemplo, la planificación de los mapas escolares, de la distribución de los centros de atención primaria, la gestión de los planes de acogida de extranjeros exigen conocer de manera adecuada la presencia y distribución de la población inmigrante en el territorio municipal. Y estos datos se consiguen esencialmente a través del análisis de las inscripciones en el padrón.

Capítulo XVIII. Inmigrantes

Dicho de otro modo, la inscripción o la ausencia de inscripción del extranjero en el padrón de habitantes no son neutrales, como bien se demuestra en el informe del año 2007 del SINDIC DE GREUGES DE CATALUÑA sobre *La gestió municipal de l'empadronament dels immigrants*. Y no lo son desde una doble perspectiva, la del propio extranjero y la de la Administración. Para el extranjero la inscripción en el padrón se convierte en condición de acceso a determinadas prestaciones sociales y en prueba de su residencia efectiva en España. Para la Administración, el padrón es una fuente de datos indispensable para el diseño de políticas públicas, y para la adjudicación y reparto de fondos públicos que cubran los costes derivados del desarrollo de las mismas. Esa falta de neutralidad ha sido utilizada por algunos municipios para desarrollar su particular política excluyente, poniendo trabas a la inscripción de los extranjeros irregulares en el padrón, allí donde la legislación no establece de forma expresa esas trabas. Esas barreras suponen, *de facto* una limitación de derechos de los extranjeros, en la medida en que la inscripción padronal, como sucede por lo demás en relación con los nacionales, es condición de ejercicio de ciertos derechos. Esas condiciones se resumen en la siguiente tabla:

Situación administrativa	Derechos de que goza en virtud de su inscripción en el padrón.
Extranjeros con residencia legal empadronados	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 dispongan los reglamentos de aplicación. Por tanto los residentes empadronados, gozan de los derechos contenidos en el art. 18 LBRL.
Extranjeros inscritos en el padrón	Derecho a la educación (<i>de facto</i>): Todos los extranjeros menores de dieciocho años, sean o no residentes, tienen derecho a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, y a la postobligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas (art. 9 LE). Aunque la ley no establece límites al ejercicio del derecho dependiendo de la inscripción o no en el padrón, la adjudicación de una escuela pasa, de forma habitual, por la necesaria inscripción en el padrón, que va a asociar al niño a un distrito educativo en función de la residencia en que se empadrone, y por tanto a un centro escolar concreto. Es decir el sistema de preferencias en que se basa la adjudicación de plazas en los centros educativos pone como punto esencial en el baremo de adjudicación la proximidad de la

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Situación administrativa	Derechos de que goza en virtud de su inscripción en el padrón.
	<p>residencia familiar al Centro educativo. Siendo prueba de la residencia la inscripción en el padrón.</p> <p>Derecho a la asistencia sanitaria (<i>de iure</i>): Los extranjeros regulares o irregulares que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residen habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (art. 12 LE).</p> <p>Derecho a las prestaciones sociales básicas (<i>de facto</i>): art. 14.3 LE. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas. En este caso tampoco la ley excluye del disfrute de estas prestaciones a los no empadronados, pero también suelen ser las mismas privativas de los vecinos del municipio y por tanto de las personas en él empadronadas. Incluso en ocasiones es la antigüedad de residencia en el municipio la que da acceso a algunas de estas prestaciones, siendo la prueba más fehaciente de la misma la inscripción en el padrón.</p>
Extranjeros no inscritos en el padrón.	<p>Derecho a la asistencia sanitaria en determinados supuestos:</p> <p>Asistencia de urgencia (art. 12.2 LE). Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.</p> <p>Asistencia a menores (art. 12.3 LE). Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.</p> <p>Asistencia a las mujeres embarazadas (art. 12.4 LE). Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.</p>

De lo aquí apuntado se puede deducir con relativa facilidad, que la negativa expresa o encubierta a empadronar a los extranjeros «irregulares» es ilegal, y por cuanto impide de hecho el acceso a la asistencia sanitaria, inconstitucional.

Pero la falta de neutralidad del padrón no termina ahí, sino que se conecta también con la cuestión de la cesión de datos del padrón. El artículo 53 del Real Decreto 1690/1986 establece, como regla general, que los datos

del padrón son confidenciales, rigiéndose el acceso a los mismos por lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, y en la LPC. Junto a estas garantías relativas al acceso, el padrón está sujeto al ejercicio por parte de los vecinos de los derechos de acceso y de rectificación y cancelación regulados en los artículos 14 y 15 de la citada Ley Orgánica.

Ahora bien, las excepciones a esta regla general están diseñadas de un modo tan amplio, que casi se convierten, *de facto*, en la verdadera regla general. Así, la LBRL (art. 16.3 y DA 7ª) y el Real Decreto 1690/1986 (art. 53) prevén que los Ayuntamientos tienen la obligación de remitir o ceder los datos del padrón, o permitir el acceso a los mismos a otras administraciones públicas que lo soliciten. Los problemas que esta cesión llevan aparejados tienen que ver con el efecto disuasorio de cara a la inscripción que para los extranjeros irregulares pueda tener la sospecha de que los datos de su inscripción en el padrón puedan ser cedidos a la Policía, de manera que la misma pueda localizarles sin problemas y proceder, eventualmente, a su detención y posterior expulsión. Este problema es, sin duda, el que está en la base del Recurso de Inconstitucionalidad planteado por el Parlamento Vasco (RI 1024/2004) contra el precepto de la Ley Orgánica 14/2003 que introduce la modificación en la LBRL que concluye en esta previsión de cesión de datos.

En la práctica es difícil saber si se está dando o no el acceso a los datos del padrón por parte de las Policías Nacional o Autonómicas o de la Guardia Civil. El estudio del *Sindic de Greuges del año 2007*, sobre el padrón y los extranjeros⁷⁸ ha verificado que no existe un alto número de peticiones o solicitudes formales por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a los Ayuntamientos. Pero eso no garantiza que el acceso a los datos no se haya producido por vía de la petición de los mismos a las Policías Locales. Estas tienen acceso directo y sin necesidad de previa solicitud a los datos del padrón en la medida en que son Administración Local (y por tanto la misma que gestiona el padrón), y la colaboración entre Policías permite pensar que la solicitud de datos del padrón por parte de los cuerpos de seguridad autonómicos o nacionales se producirá por esta vía.

2. CONCEPTO

Aunque normalmente hacemos referencia a los inmigrantes como un colectivo, al que generalmente se asocian las características vinculadas a la

78. SÍNDIC DE GREUGES, 2007, pp. 37-44.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

especial vulnerabilidad, en realidad esta asociación no siempre es automática, y lo cierto es que lo único que caracteriza a los extranjeros venidos a nuestro país es el hecho de ser, precisamente, extranjeros, definiéndose como tales los sujetos que carezcan de la nacionalidad española (art. 1.1 LE). Ahora bien, dentro de este gran grupo podemos distinguir tres secciones bien distintas:

- a) La integrada por los ciudadanos comunitarios, a los cuales no se aplicará la legislación de extranjería en sentido estricto, sino «el régimen comunitario», es decir, la legislación de la Unión Europea (art. 1.2 LE). Los ciudadanos procedentes de otros países de la Unión Europea gozarán exactamente de los mismos derechos que los ciudadanos españoles excepto en lo que hace al disfrute del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones nacionales y autonómicas, lo que se deduce de la interpretación *a contrario sensu* de lo prescrito por el artículo 13.2 CE que, bajo la cobertura del tratado de la Unión Europea convierte a los comunitarios en electores y potenciales candidatos en las elecciones locales (y por supuesto europeas) que se celebren en cualquier país de la Unión en que tengan radicada su residencia (*supra*, 1.2.1). A todos los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Española se unirían los derechos subjetivos derivados de la ciudadanía europea, estatus configurado y lleno de contenido tras la firma y ratificación del Tratado de Maastricht, esto es los derechos de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales; de recibir protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua. Hasta las últimas ampliaciones de la UE, este grupo de extranjeros no generaba especiales problemas de integración, fundamentalmente porque procedían de países generalmente más desarrollados que España y en mejores condiciones socioeconómicas, con lo cual su desplazamiento a nuestro país, ni era masivo ni generaba un conflicto notable con la sociedad de acogida dado el

estrato social de procedencia de estos inmigrantes, y el lugar en que, por tanto, se colocaban a su llegada a nuestro país. Esta realidad ha cambiado sustancialmente desde la ampliación del año 2004⁷⁹, y especialmente con la incorporación de Bulgaria y Rumania en el año 2007. Una buena parte de los países del este de Europa de reciente incorporación se hayan en un grado de desarrollo menor al de España, con lo cual los ciudadanos procedentes de los mismos se desplazan, con mayor frecuencia, por razones económicas, es decir, para buscar mejores trabajos y oportunidades de desarrollo personal en otros estados de la Unión. El caso es especialmente paradigmático en el caso de los ciudadanos rumanos, muchos de los cuales eran emigrantes económicos en los países del oeste de Europa antes de la incorporación de su país a la Unión, habiéndose convertido, por arte de tal adhesión, en ciudadanos comunitarios, sin que por ello hayan dejado de ser inmigrantes económicos. Y dentro del colectivo es singularmente precaria la situación de la minoría romaní, que presenta dificultades de integración notables, por tratarse de comunidades con un bajo grado de sedentarización y con niveles socioeconómicos que los sitúan en lo estratos más bajos de las sociedades de acogida⁸⁰.

- b) La que se compone de los extranjeros no comunitarios procedentes de países desarrollados, como los Estados Unidos, Canadá, Suiza o Japón. En este caso, los extranjeros residentes en España no suelen ser clasificados como emigrantes económicos, porque no es la mejora de sus condiciones de vida lo que les ha impulsado a desplazarse. Por regla general tampoco generan problemas de confrontación con las sociedades de acogida.
- c) Y, por fin, la que incluye a los inmigrantes económicos, procedentes de países en vías de desarrollo, especialmente de Latinoamérica, África, algunos países asiáticos, como China, y algunos países integrantes de la antigua Unión Soviética. En realidad éste es el único

79. En la que se incorporaron a la Unión los Estados de Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y República Checa.

80. No se puede por más que recordar el episodio de expulsiones de gitanos rumanos de Francia, en otoño de 2010, expulsiones que el Ministerio de Inmigración galo ha denominado como programa de ayuda «à la réinsertion dans leur pays d'origine des ressortissants roumains en situation irrégulière sur le territoire national». Véase el comunicado al respecto de este departamento ministerial en http://www.immigration.gouv.fr/spip.php?page=actus&id_rubrique=254&id_article=2391, y las reacciones del Consejo de Europa institucionalizadas en el documento denominado «Declaración de Estrasburgo», adoptado en esta ciudad francesa el 20 de octubre de 2010: http://www.coe.int/t/dc/files/events/2010_high_level_meeting_roma/default_FR.asp.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

colectivo que, como tal, puede considerarse especialmente vulnerable, puesto que las condiciones de su desplazamiento se vinculan a situaciones de origen precarias, en las cuales la emigración se plantea como vía de salida de esa precariedad, como vía de desarrollo socioeconómico personal y familiar, y en algunas ocasiones incluso de la comunidad local. Son personas que van a integrar los estratos más bajos de las sociedades de acogida, porque llegan en condiciones económicas difíciles (cuando no realmente avocadas a recibir ayuda social para situaciones de urgencia), porque van a desempeñar las labores peor pagadas y con frecuencia situadas en la economía sumergida (al menos en un primer tiempo), porque carecen de redes familiares de apoyo, porque tienen dificultades para acceder a la vivienda, el empleo y la educación de calidad, etc., en suma, porque son vistos como «los extranjeros», y ellos sí, generan sentimiento de rechazo por parte de la sociedad de acogida, sentimientos que se exteriorizan con mayor o menor virulencia pero que, a pesar de que nos declaramos como un pueblo no racista, están presentes a veces en el subconsciente, otras en el consciente colectivo de «los autóctonos».

En realidad el régimen de extranjería, es decir, la legislación que hemos citado con carácter previo, se aplica a los dos últimos grupos, pero cuando hablamos de los inmigrantes como sujetos específicos de los derechos sociales nos referimos sólo al último, como grupo especialmente vulnerable, o «en riesgo de exclusión social», acrecentado por los nacionales comunitarios procedentes en especial de Rumania, y con mayor intensidad la minoría étnica romaní.

Dentro del (indefinible) colectivo inmigrante, se destacan como grupos especialmente vulnerables los constituidos por inmigrantes irregulares, apátridas y refugiados, mujeres, menores, y en especial los menores no acompañados, niños y adolescentes y minorías étnicas, particularmente minoría gitana. En este capítulo nos referiremos sólo a los dos primeros, puesto que las particularidades del resto se estudian, con mayor propiedad en los correspondientes capítulos de esta obra.

3. FUNDAMENTO

Como regla general los españoles gozan de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española y de los derechos subjetivos reconocidos en las demás normas del ordenamiento vigente, salvo que

una sentencia judicial firme o circunstancias excepcionales, en las que no nos detendremos ahora, avoquen a una situación distinta.

Por su parte los ciudadanos comunitarios gozarán de cuanto derecho se reconoce a los nacionales salvo el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones nacionales y autonómicas.

Por último el resto de extranjeros puede ver limitado o sometido a condición el ejercicio de sus derechos fundamentales en función de la actividad del legislador nacional o de lo contenido en tratados internacionales que España pudiera firmar con su país de origen o con un grupo de Estados de la Comunidad Internacional. Eso no significa que los derechos fundamentales de los que son titulares los extranjeros pierdan esa condición, convirtiéndose en derechos de configuración legal o derechos subjetivos. Seguirán siendo derechos fundamentales en tanto que es la Constitución el texto que los reconoce⁸¹, pero derechos fundamentales cuyo ejercicio podrá ser eventualmente condicionado por la ley o los tratados. Además, y como sucede con los ciudadanos comunitarios, tampoco gozarán del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones nacionales, autonómicas y, además, europeas.

Estas diferencias evidentes de tratamiento, y por tanto de estatus constitucional y legal, entre quienes son residentes en España, concurren porque no existe en la Constitución Española ninguna prescripción que imponga la igualdad absoluta entre nacionales y extranjeros existiendo, en cambio, un artículo 13.1 CE que permite a la ley o a los tratados establecer términos (condiciones por tanto) de goce de las libertades públicas contenidas en el Título I de la Constitución cuando éstas conformen el estatuto del extranjero. Dicho de otro modo el principio de igualdad contenido en el artículo 14 CE se proclama exclusivamente respecto de los españoles, así «son éstos quienes, de conformidad con el texto constitucional, son iguales ante la ley y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros» (STC 107/84).

Una vez fijada esta posición la duda que surge es la siguiente: ¿todos los derechos fundamentales pueden someterse a cualquier condición cuando se trate de otorgar la titularidad a los extranjeros? Y es al dar respuesta a esta pregunta cuando nos encontramos con los mayores problemas y tensiones entre la realidad de las cosas y lo que las cosas deberían ser. La realidad de las cosas viene dada por la compleja jurisprudencia del Tribunal Constitucional español a la que ya nos hemos referido (*supra*, 1.2.2) y que establece un planteamiento que se aleja del deber ser que se nos antoja más apropiado,

81. En este sentido SSTC 107/1984, 99/1985, 115/1987, 144/1990, 94/1993, 130/1995, 91/2000, 95/2000, 137/2000, 95/2003, 72/2005 y 236/2007.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

un deber ser inspirado en un principio de universalidad que partiese de una igualdad de disfrute de derechos de todos cuantos habitan el territorio nacional, una igualdad sólo susceptible de limitación por causas tasadas, contenidas en la ley, y respetuosas con el principio de proporcionalidad y con la búsqueda de objetivos vinculados a la garantía de una sociedad libre y democrática.

Por esa razón no parece apropiado realizar una proclamación general que vaya más allá de la afirmación de que no cabe hacer proclamaciones generales. Es decir las limitaciones del ejercicio de un derecho en concreto, cuando el titular del derecho es un extranjero, han de ser analizadas en relación con ese derecho en particular, buscándose siempre una finalidad a tal limitación o condición, que se integre adecuadamente dentro de un sistema constitucional lo más respetuoso con el principio de universalidad en el acceso a los derechos. No creo que pueda deducirse de aquí un rechazo absoluto a la introducción de condiciones al ejercicio de derechos por parte de los extranjeros, al contrario, creo, como iré detallando en los apartados posteriores, que es posible, y en ocasiones incluso conveniente, introducir esas condiciones. Pero esa aceptación pasa porque la condición introducida en un sistema de reconocimiento de derechos que, a mi juicio, debe ser expansivo y tendente a la universalidad, se sustente en una finalidad coherente con la garantía de la continuidad del propio Estado social y democrático de derecho.

Y llegados a este punto, corresponde recordar cuál es el tema general de esta obra y preguntarse ¿y todo esto cómo se aplica al disfrute por parte de los extranjeros de los derechos sociales?

Según algunos autores⁸², la fórmula de la vinculación de los derechos fundamentales a la dignidad humana (*infra*, 6), que excluiría la posibilidad de limitar su ejercicio a los extranjeros, no se aplicaría a los derechos sociales, que apenas serían considerados más que como derechos subjetivos. Evidentemente detrás de esta afirmación está la convicción acerca de que los derechos sociales se vinculan en menor medida a la dignidad humana que los derechos y libertades civiles y políticos y que, en el fondo, no son sino derechos de configuración legal, por lo que la libertad del legislador al definirlos en mucho mayor que la que posee al desarrollar los derechos fundamentales en

82. Por todos, AZNAR LÓPEZ, 2001. No obstante el propio AZNAR reconoce que podría intentarse otorgar por conexión el carácter de intangibilidad a algunos derechos sociales por su conexión con derechos que inequívocamente se consideren como inherentes a la persona, como es el derecho a la vida, conectado claramente con el derecho a la salud, al menos en alguna de sus manifestaciones como es la asistencia sanitaria urgente.

sentido estricto. No obstante, ni siquiera el máximo intérprete de la Constitución ha realizado nunca esta asociación, y de hecho ha reconocido en las sentencias 236/2007 y 259/2007 la imposibilidad de limitar el ejercicio del derecho a la huelga⁸³, el derecho de sindicación⁸⁴ y el derecho a la educación⁸⁵ (tres derechos sociales por excelencia) en razón del origen nacional de su titular. Bien es cierto que estos tres derechos sociales se integran en nuestro texto constitucional en el núcleo duro de garantía de los derechos fundamentales (Sección primera del Capítulo II del Título I), pero no es menos cierto que se trata, por su origen histórico y por sus particulares características, de derechos sociales.

En cualquier caso, tampoco nos interesa utilizar la vía de argumentación que encontramos en la jurisprudencia constitucional y que se refiere a la vinculación entre determinados derechos y la dignidad humana. Y no nos interesa porque es una vía técnicamente defectuosa, y teóricamente arriesgada, además de tremendamente manipulable. Desde la teoría general de los derechos fundamentales, todos y cada uno de los derechos reconocidos al ser humano se vinculan de igual modo a la dignidad humana, porque existen, se configuran y se proclaman en virtud de esa estrecha conexión. Por tanto si todos los derechos se asocian a la dignidad humana por igual,

83. La STC 259/2007 establece que el contenido esencial del derecho a la huelga no permite establecer distinciones en cuanto a sujetos titulares del derecho sino que «de manera coherente con su consideración de medio legítimo para la defensa de los intereses de los trabajadores, lo reconoce de manera general a todos ellos», independientemente de que sean nacionales o extranjeros regulares o irregulares.
84. La STC 236/2007, en su FJ 9 establece que «en nuestra jurisprudencia hemos vinculado la titularidad del derecho de libertad sindical a "todos" los trabajadores en su caracterización material, y no jurídico-formal, y a "todos" los sindicatos (art. 28.1 en relación con el art. 7 CE), entendiendo de este modo la proyección universal subjetiva que de dicho derecho efectúan los tratados internacionales [...] Siendo así, no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para su ejercicio por parte de los trabajadores extranjeros, aunque lo sea para la celebración válida de su contrato de trabajo».
85. El FJ 8 de la STC 236/2007 establece al respecto que «de las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación, interpretadas de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales referidos, se deduce que el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad. Por otra parte, también de las disposiciones examinadas y de su recta interpretación se obtiene que el derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE corresponde a "todos", independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España. Esta conclusión se alcanza interpretando la expresión del art. 27.1 CE de acuerdo con los textos internacionales citados, donde se utilizan las expresiones "toda persona tiene" o "a nadie se le puede negar" el derecho a la educación».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

entonces es preciso recurrir al otro eje argumentativo que emplea el TC, es decir a la fórmula de la preservación del contenido esencial de los Derechos, técnica que nos permite llamar a la puerta del artículo 10.2 CE y por tanto recurrir a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España para definir el contenido básico del Derecho en liza. Una vez sea determinado ese contenido esencial, y sin que el mismo pueda verse afectado, se valorarán los límites impuestos por el legislador al ejercicio del derecho por parte de los extranjeros sometiendo esa actividad del legislador a un adecuado *test* de proporcionalidad, test al que, por lo demás, nos tiene muy acostumbrados en sus argumentaciones el Tribunal de Estrasburgo.

Vayamos un poco más lejos: ¿sería justificable un trato desigual pero no ya restrictivo, sino más favorable para el inmigrante en razón de su especial vulnerabilidad?, es decir, ¿nuestra Constitución daría cobertura a acciones a favor de los inmigrantes que supusieran un trato diferenciado respecto de los españoles? Seguramente la respuesta técnica sería afirmativa, porque, en este caso, saldríamos de la órbita del artículo 14 CE, a cuya limitada titularidad ya nos hemos referido, y pasaríamos a la que nos ofrece el artículo 9.2 CE que, al referirse a la igualdad material, insta a los poderes públicos a remover los obstáculos que la impiden, sin incluir en este caso condiciones relacionadas con la nacionalidad de los destinatarios de las políticas públicas encaminadas a promover la igualdad real y efectiva⁸⁶.

Otra cosa es que la sociedad española de esta década esté preparada para asumir políticas de este tipo. Baste observar la polémica que generan las acciones de discriminación positiva destinadas a promover la igualdad de género, polémica traducida en una altísima conflictividad en sede de jurisdicción constitucional⁸⁷, y ello sobre una discusión de fondo mucho menos contaminada políticamente como es la lucha por la igualdad entre hombre y mujer. ¿Qué sucedería si las medidas de discriminación positiva pretendieran lograr la igualdad real entre españoles y extranjeros? y, aún más complicado ¿cómo ser articularían unas medidas dirigidas a un colectivo cuyo único punto en común es el hecho de no ser nacionales españoles, pero que no presentan una estructura homogénea en su seno?. Dicho de otro modo ¿prestarían de este tipo de medidas los alemanes jubilados residentes en España,

86. A este respecto resulta de sumo interés ESCOBAR ROCA, 2010, pp. 675-694.

87. Para muestra un botón: la constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que contiene clarísimas medidas de reintegración de la igualdad material *ex* art. 9.2 CE, ha sido cuestionada en numerosas ocasiones ante el Alto Tribunal, siendo declarada constitucional en cada una de ellas, y particularmente en la STC 59/2008, replicada en varias Sentencias desestimatorias posteriores (SSTC 164/2009, 166/2009, 167/2009, 178/2009, 201/2009, 202/2009, 203/2009 y 213/2009).

o quienes las precisan son los originarios de países en vías de desarrollo que están en condiciones socioeconómicas precarias en España?... en fin, el planteamiento de todas estas interrogantes sólo pretende abrir la caja de Pandora teórica, pero no es fácil aprehender el problema, y quizá no sea conveniente hacer experimentos precisamente en este período constitucional porque, a mi juicio, las medidas de discriminación positiva han de contar con un respaldo socio-político que estaría ausente en este momento, de modo que la exploración de esas medidas seguramente provocaría un indeseado efecto boomerang.

4. DERECHOS COMUNES

4.1. DERECHO A LOS SERVICIOS SOCIALES

El artículo 41 CE establece literalmente que «los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo». El precepto constitucional no nos dice demasiado con lo cual es preciso acudir a la normativa de desarrollo para saber cuál es la administración prestadora de esos servicios, y cuál es el contenido concreto de este derecho.

Respecto de la titularidad del derecho por parte de los extranjeros las cosas tampoco están excesivamente claras. Y es que lo primero que se exige para determinar dicha titularidad es comprender la distinción (nada evidente) que establece el artículo 14 de la Ley de Extranjería entre los servicios sociales básicos o generales y los especializados o específicos. El precepto dice literalmente, refiriéndose al derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales, que: «1. Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles. 2. Los extranjeros residentes tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles. En cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico. 3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas».

De la dicción literal del precepto, que haya nueva redacción en la Ley Orgánica 2/2009, se deduce que sólo los servicios sociales básicos se reconocen a todos los extranjeros con independencia de cuál sea su situación admi-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nistrativa. Los servicios sociales especializados, así como las prestaciones y servicios de la Seguridad Social, se reconocen en iguales condiciones que a los españoles únicamente a los extranjeros que sean residentes legales en el municipio, a los menores y discapacitados empadronados, y a los menores no acompañados o en situación de riesgo, a quienes no se les ha exigido la residencia legal en España para disfrutar de las prestaciones sociales (art. 10.3 LOPJM). Ahora bien, dado que la legislación estatal no especifica cuáles son los servicios sociales básicos o generales y cuáles los específicos, la concreción de los mismos debe derivarse de los contenidos de la legislación Autonómica y de las regulaciones locales sobre la materia.

En términos generales la prestación de los servicios sociales a inmigrantes se enmarca dentro de los servicios que en tal sentido prestan las diversas entidades territoriales, sin que la condición de inmigrante dé lugar a la obtención de servicios y prestaciones sociales específicos. Con todo, algunas Comunidades Autónomas han promulgado leyes sobre asistencia social en las cuales se da cuenta específicamente de la atención a la inmigración como uno de los focos de acción de los servicios sociales. En este sentido el fenómeno migratorio es reconocido específicamente en la exposición de motivos de la Ley asturiana de servicios sociales y en el articulado de las respectivas Leyes de servicios sociales de la Rioja y de la Comunidad de Murcia. En la misma línea la Ley 12/1998, de 22 de mayo, contra la exclusión social del País Vasco establece que pueden ser destinatarios de la prestación aquellos inmigrantes que estén en situación administrativa regular. Así mismo, las Cartas de derechos sociales del País Vasco y de la Comunidad Foral de Navarra han desarrollado algunos aspectos relacionados con los servicios sociales a inmigrantes.

Ahora bien, esta ausencia general de discriminación por diferenciación o de acciones positivas no significa un trato absolutamente igual en todas las circunstancias. De hecho el acceso a los servicios sociales puede estar, en la práctica, diferenciado, según la opción adoptada por las Comunidades Autónomas o los Ayuntamientos de normalizar la prestación de servicios sociales a este colectivo o de abrir una red de atención paralela y específica.

También entra en la esfera de la casuística la amplitud de servicios que cada región o cada ente local incluye en este ámbito de los servicios sociales, en los cuales se contiene desde la orientación y mediación intercultural, hasta la promoción sociolaboral, la asistencia jurídica, la asistencia en la gestión de recursos, la prevención de la exclusión social, etc. En cualquier caso sí podría decirse que la prestación de servicios sociales se convierte en una «macro-competencia» en la que se incluyen un buen número de acciones destinadas a lograr la cohesión social. En este marco, y con la conciencia de

que lo que acabo de apuntar sugiere la dificultad de ser exhaustiva en la descripción, resulta interesante resaltar algunas prestaciones sociales concretas que tienen a los inmigrantes como destinatarios fundamentales:

- a) La acogida. Las acciones de primera asistencia para los recién llegados suelen afrontar dos tipos de contexto: los que exigen una respuesta rápida a situaciones de urgencia, y los que suponen una situación socioeconómica estable de los recién llegados que soportan, no obstante, déficit en cuanto a conocimiento e información de los procedimientos, servicios, ayudas, y trámites existentes en la administración española.

Así pues, y tal y como establece el Plan Estratégico estatal 2007-2010 las políticas de acogida tendrán como objetivo «proporcionar a las personas inmigrantes las herramientas para alcanzar un grado de autonomía suficiente para el acceso a bienes y servicios, ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes en igualdad de condiciones respecto de la población autóctona». Además el Plan, siempre en lo que hace a las políticas de recepción de inmigrantes, presta especial atención a la promoción de la acogida y el asentamiento de inmigrantes en el medio rural, para favorecer, a través de esta vía, la repoblación de zonas rurales que se están viendo abandonadas por los ciudadanos autóctonos, ofreciendo al tiempo una alternativa de integración para ciudadanos de origen extranjero.

En esta línea, las administraciones (autonómica y local especialmente) suelen trabajar en: a) la creación de centros de primera acogida; b) la elaboración de guías de recursos en diversas lenguas; c) la información y asistencia en oficinas propias creadas al efecto o en dependencias municipales en relación con temas como el censo, el empadronamiento, lo relativo al catastro, lo que hace a la Seguridad Social y a los trámites vinculados con la Agencia Tributaria, lo relativo al INEM u organismos asimilables, turismo, trámites judiciales y relacionados con el Registro Civil, Instancias de todo tipo, Policía Local, reglamentos y ordenanzas municipales, etc. Además, en el ámbito relativo a la información, la asesoría en asuntos socio-jurídicos ocupa un lugar destacado.

- b) La mediación y la sensibilización. La mediación es un método de trabajo con la sociedad de acogida y los inmigrantes que pretende, a través de los mediadores (sujetos neutrales y especializados), lograr soluciones pacíficas a los problemas de convivencia que puedan surgir en el entorno local. A su vez la sensibilización social se procura a

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

través de programas de formación que se dirigen esencialmente a la población autóctona. Prácticamente todos los municipios en los cuales se verifica la presencia de inmigrantes desarrollan labores de mediación y sensibilización de forma más o menos institucionalizada. Junto a ello parece de interés resaltar también las acciones destinadas a formar a los funcionarios o trabajadores de los servicios sociales que habrán de ocuparse de atender al colectivo de extranjeros. Pero no son éstas las únicas actividades existentes en materia de mediación y sensibilización. En este mismo grupo habría que incluir todas actuaciones referidas al desarrollo de actividades interculturales, a la educación para la convivencia, a la promoción del trabajo de las asociaciones y voluntariado, interesados en los problemas de mediación y convivencia, etc. En resumen, se incluiría en este ámbito cualquier tipo de actuación destinada a fomentar el establecimiento de foros de encuentro entre la población inmigrante y la población autóctona.

- c) La atención a la infancia y la juventud. Uno de los temas más problemáticos en relación con la atención a la infancia y juventud es el relativo a la asistencia a los menores desamparados. A este respecto ha de recordarse que son las Comunidades Autónomas las encargadas de asumir, en la mayoría de los casos, la tutela de los menores no acompañados, con todo lo que ello supone de asistencia y acompañamiento. Por su parte los municipios han de ejercer competencias relacionadas con la intervención integral sobre el menor, la dotación de educadores de calle especializados, la formación de la policía municipal en relación con este género de situaciones, la organización de servicios de atención primaria, la prestación de servicios educativos, la protección y asistencia en combinación con la Comunidad Autónoma, etc. De hecho son muchos los entes locales que tienen programas específicos de prevención de situaciones de exclusión social para jóvenes inmigrantes, y entre ellos destacan los de las ciudades de Madrid y Barcelona, los de diversos municipios de las comunidades autónomas canaria y andaluza, y los de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.
- d) La atención a los colectivos de atención preferente. A pesar de que el colectivo inmigrante es, por sí mismo, objeto de atención preferente de las políticas asistenciales, la administración reconoce que, dentro de este colectivo, existen subgrupos en situación de especial vulnerabilidad, como pueden ser las mujeres –víctimas o no de violencia de género–, los menores, los drogodependientes, y las mino-

rías étnicas, y son muchos los programas específicos destinados a estos grupos.

4.2. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

El artículo 43.1 CE reconoce el derecho a la protección de la salud, sin establecer mayores precisiones en cuanto a su titularidad. El precepto se completa estableciendo las obligaciones de los poderes públicos en relación con este derecho, obligaciones que se concretan en la competencia para organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas, prestaciones y servicios que sea menester y a través del fomento de la educación sanitaria, la educación física, el deporte y la adecuada utilización del ocio. Junto a ello la Constitución prevé que será la ley la que establezca los derechos y deberes de todos en relación con el acceso a la salud y en relación con las obligaciones de las administraciones públicas de cara a garantizar la protección de la salud.

En desarrollo de esta reserva de ley, el artículo 1.2 LGS atribuye la titularidad del derecho a la salud (no necesariamente su gratuidad) a «los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional». El artículo 3.1.a) LCC⁸⁸, por su parte, remite al artículo 12 LE, que establece, en la nueva redacción prevista por la Ley Orgánica 2/2009, lo siguiente: «1. 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. 2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. 3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto».

Este precepto y la legislación concordante, dibuja, en materia de titularidad del derecho a la salud, el siguiente cuadro:

88. Es importante destacar que seguidamente el art. 3.1 incluye a los ciudadanos comunitarios y a los demás extranjeros (se entiende, en ambos casos si no son residentes en España), entre los «titulares» del derecho a la salud, pero sólo en la medida en que se lo reconozca el Derecho comunitario o los tratados y convenios suscritos. En realidad, esta remisión en blanco nos sitúa fuera del contenido constitucional del derecho: p. ej., si se concede la asistencia sanitaria ante enfermedades no graves a los ciudadanos comunitarios dicha asistencia formará parte del contenido adicional del derecho, careciendo de trascendencia constitucional directa.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

- Los extranjeros residente legales (regulares), y que sean trabajadores por cuenta ajena serán beneficiarios del régimen general o especial de la Seguridad Social que les corresponda en razón de su actividad, y de la asistencia sanitaria que corresponda a ese régimen.
- Los residentes regulares sin trabajo, sin cotizaciones a la Seguridad Social y cuya renta anual esté por debajo del salario mínimo interprofesional se beneficiarán de la asistencia sanitaria gratuita (art. 2 del RD 1088/1989, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes)⁸⁹.
- Los residentes irregulares empadronados se acogerán al mismo régimen que los extranjeros residentes legalmente en España y que a los españoles.
- Los residentes irregulares no empadronados no gozarán del derecho a la prestación sanitaria, salvo en tres circunstancias: contracción de enfermedades graves o accidentes, en cuyo caso se tiene derecho a la asistencia sanitaria pública «de urgencia» y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica (RD 63/1995, de ordenación de las prestaciones sanitarias); menores de 18 años, que tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (art. 10.3 LOPJM); y embarazadas, que tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y posparto (cobertura que podría entenderse concedida en relación con el ánimo de protección al menor del art. 24 CDN⁹⁰).

En el panorama comparado esta configuración del derecho a la salud de los empadronados, sea cual sea su nacionalidad y su condición administrativa, puede ser valorada muy positivamente. Sintetizando el cuadro que acaba de presentarse podría decirse que sólo los extranjeros mayores de edad no empadronados, y que no están en situación de precisar asistencia urgente (habría que ver qué contenido se da a esta ambigua expresión⁹¹), quedan desprotegidos. Si se tiene en cuenta que, al menos en principio y como idea general, el acceso al padrón de habitantes es muy sencillo, no parece desproporcionada la condición de acceso al derecho a la salud, ni ilegítima la finalidad de la limitación de acceso que no puede ser otra más que la sostenibilidad de un sistema sanitario con graves problemas de déficit. Dicho de otro

89. En este sentido, GARCÍA VÁZQUEZ, 2007.

90. En el mismo sentido se pronuncia el art. 12.2 CEDAW.

91. MALGESINI, 2002, pp. 289-290.

modo, no parece ser una medida que busque la sanción indirecta de los extranjeros irregulares, sino más bien evitar el «turismo sanitario».

Por su parte la acción de las administraciones públicas no ya en materia de acceso al derecho a las prestaciones sanitarias en sentido estricto, sino en el ámbito de la promoción de la salud es también tremendamente rica. Por ejemplo los municipios están legitimados por lo previsto en los artículos 25 y 28 LBRL, para participar en la gestión de la atención primaria de la salud. Esa actuación se articula a través de lo previsto en el artículo 42 LGS. En este contexto normativo, y como regla general que puede verse alterada por la normativa autonómica en la materia, los municipios ejercerán las siguientes funciones: a) control sanitario del medio ambiente (contaminación atmosférica, abastecimiento de aguas, saneamiento de aguas residuales, residuos urbanos e industriales); b) control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones; c) control sanitario de edificios y lugares de viviendas y convivencia humana, especialmente en centros de alimentación, peluquerías, saunas y centros de higiene personal, hoteles y centros residenciales, escuelas, campamentos turísticos y áreas de actividad física, deportiva y de recreo (esta función es básica para la concesión, por ejemplo, del certificado de habitabilidad de la vivienda necesario para la reagrupación familiar, y para garantizar unas condiciones de vida y salubridad mínimamente respetuosas con la dignidad humana de los inmigrantes en peores condiciones socioeconómicas); d) control sanitario de la distribución y suministro de alimentos, bebidas y demás productos, directa o indirectamente relacionados con el uso o consumo humano, así como los medios de transporte. Esta actividad es relevante en relación con algunas costumbres alimenticias de personas de origen extranjero (*halal*, para los musulmanes o *kasher* para los judíos, fundamentalmente); e) control sanitario de los cementerios y policía sanitaria mortuoria, importante también en relación con el control de ritos funerarios propios de culturas extranjeras; f) desarrollo de programas de promoción de la salud, educación sanitaria y protección de grupos sociales con riesgos específicos, uno de los cuales, evidentemente, es el colectivo inmigrante, en ocasiones con hábitos sanitarios e higiénicos muy distintos y distantes de los de las sociedades de acogida, y en ocasiones con carencias de base –vacunación, educación reproductiva y sexual– que es preciso paliar; g) conservación y mantenimiento de los consultorios locales.

Dentro de este marco normativo, son muchos los entes locales que desarrollan acciones en materia de promoción de la salud a través de la aprobación de Ordenanzas relacionadas con el tratamiento de los alimentos y la salubridad en espacios públicos como por ejemplo en los mercados; a través de la publicación de guías socio sanitarias para inmigrantes (es interesante

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

la publicada por San Sebastián de los Reyes, Madrid); a través del desarrollo de programas formativos para profesionales de la salud, o para mediadores; a través de la promoción de la participación de la población inmigrante en programas de educación para la salud (en algunos municipios se hace hincapié en la formación en pediatría, prevención del embarazo no deseado y enfermedades de transmisión sexual).

Estas acciones en ocasiones se articulan a través de la Red Española de Ciudades Saludables, asociada a la FEMP y que observa, entre sus actuaciones básicas, el trabajo sobre el entorno sanitario de la población inmigrante.

4.3. DERECHO A LA EDUCACIÓN

Un acceso adecuado al derecho a la educación es clave para lograr la cohesión social. Lo es mucho más cuando son los inmigrantes los que se hallan en riesgo de exclusión social, y por tanto los que amenazan con romper la cohesión por sus dificultades de integración cultural y lingüística, por las dificultades que acompañan su vida laboral, varada en muchas ocasiones en razón de una formación deficiente. Además el acceso a una educación de calidad es el único mecanismo conocido para lograr que las segundas generaciones pasen a formar parte de la comunidad que acogió a sus padres, y que es la suya desde su nacimiento, en términos de igualdad con los hijos de los nacionales. La propia Ley Orgánica 2/2009, reconoce que la incorporación de los inmigrantes al sistema educativo, garantizándose en todo caso la escolarización en la edad obligatoria, así como el aprendizaje de las lenguas oficiales del estado, son factores esenciales de la integración (art. 2 ter LE).

Partiendo de ese presupuesto sociológico, el marco jurídico constitucional viene dado por lo contenido en el artículo 27 CE, que establece en su apartado primero que *todos* tienen el derecho a la educación, reconociéndose además la libertad de enseñanza, en su apartado cuarto que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita y en su apartado quinto que los poderes públicos garantizan el derecho *de todos* a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.

Este reconocimiento, innegablemente amplio del derecho a la educación, se concreta, en el ámbito de la titularidad del derecho tanto en la LOE como en la LE.

Así, respecto de los alumnos extranjeros, la LOE señala que todo lo relacionado con la escolarización, obtención de títulos y acceso al sistema general de becas y ayudas al estudio será aplicable al alumnado extranjero

«en los términos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre» (DA 19), con lo cual, el reenvío nos obliga a analizar en detalle el artículo 9 LE. Y ese análisis en detalle nos obliga a repasar los avatares asociados a la redacción del precepto.

La redacción original del artículo 9 LE establecía que: «1. Todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas. 2. Los extranjeros tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación infantil y superiores a la enseñanza básica y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas. 3. Los extranjeros residentes podrán acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes. Asimismo podrán crear y dirigir centros de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes».

Esto es, el artículo reconocía sin ningún tipo de limitación el derecho a la educación de los extranjeros, independientemente de su situación administrativa, de su edad o del tipo de educación (obligatoria o no obligatoria) al que se estuviera haciendo referencia. Junto a ello el precepto remitía a la normativa pertinente en lo que a libertad de enseñanza se refiere.

Este reconocimiento amplio se ve sustancialmente limitado con las modificaciones introducidas a la redacción de la ley por la Ley Orgánica 8/2000, ya que la misma suprimía el derecho a la educación no obligatoria de los extranjeros entre 16 y 18 años sin autorización legal de residencia en España. Y lo hacía en estos términos: «1. Todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas. 2. En el caso de la educación infantil, que tiene carácter voluntario, las Administraciones públicas garantizarán la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite. 3. Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado ante-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

rior y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas. 4. Los poderes públicos promoverán que los extranjeros residentes que lo necesiten puedan recibir una enseñanza para su mejor integración social, con reconocimiento y respeto a su identidad cultural. 5. Los extranjeros residentes podrán acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes. Asimismo podrán crear y dirigir centros de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes».

Esto es, el artículo 9.1 LE garantizaba la igualdad entre los menores españoles y los menores extranjeros sólo en lo que hace a la educación básica, obligatoria y gratuita, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas. Esto significa que los menores extranjeros comprendidos en la franja de los 0 a los 6 años y de los 16 a los 18 años no veían garantizado su derecho a la educación por ley. Así, verían su derecho a la educación limitado en el caso de no ser residentes legales, puesto que sólo podían acceder a la enseñanza básica obligatoria, y no a las enseñanzas de bachillerato, formación profesional de grado medio, enseñanzas profesionales de las artes plásticas y diseño de grado medio y enseñanzas deportivas de grado medio (art. 3.4 LOE, en relación con la definición de las enseñanzas secundarias postobligatorias).

Este recorte evidente fue abiertamente contestado por algunas administraciones públicas, especialmente por la autonómica catalana. Esa rebelión abierta se puso de manifiesto en el artículo 4.6 del Decreto 188/2001 de la Generalitat, de 26 de junio, sobre los extranjeros y su integración social en Cataluña. Este precepto salvaba de la excepción de acceso al derecho a la educación de los menores con edades comprendidas entre los 16 y los 18 años, al establecer que «el Departamento de Enseñanza y el Departamento de Bienestar Social adoptarán las medidas necesarias para facilitar el acceso de los extranjeros inscritos en el padrón de cualquiera de los municipios de Cataluña a la enseñanza de naturaleza no obligatoria y a los centros de formación de adultos, respectivamente». Precisamente por salvar la excepción establecida en la Ley estatal, el abogado del Estado interpuso en su día recurso contencioso administrativo contra el artículo citado alegando que la regulación autonómica no respetaba el estatuto jurídico del extranjero diseñado por la normativa estatal, dándole la razón la sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sentencia nº 1233/2004 de 4 de noviembre de 2004) y procediendo a anular el artículo 4.6 del Decreto autonómico 188/2001.

El otro escenario de la rebelión, fue la interposición de varios recursos

de inconstitucionalidad contra la Ley 8/2000 planteados por distintas Comunidades Autónomas. De entre esos recursos, el planteado por el Parlamento de Navarra (resuelto por la STC 236/2007) y el interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (resuelto por la STC 262/2007), impugnaron el punto 7 del artículo primero de la Ley 8/2000, que daba nueva redacción al apartado 3 del artículo 9 de la Ley Orgánica 4/2000.

Antes de resolverse los recursos, y como tercer escenario en que se escenificó la falta de consenso sobre este tema, el Reglamento de Extranjería aprobado por el Ejecutivo socialista en la legislatura siguiente a la aprobación de la Ley Orgánica 8/2000, en su disposición adicional 14ª preveía que las Administraciones educativas podrían facilitar el acceso de los extranjeros menores de edad empadronados en un municipio a los niveles de enseñanza postobligatoria no universitarios y a la obtención de la titulación académica correspondiente en igualdad de condiciones que los españoles de su edad. Aparece aquí el requisito de la inscripción en el padrón, pero se incorpora a los irregulares al disfrute del derecho controvertido siempre y cuando las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus propias competencias, estimen pertinente realizar esta extensión del derecho. Dicho de otro modo, el Reglamento, *a posteriori*, venía a avalar la actuación de la Generalitat de Cataluña.

Finalmente el Tribunal Constitucional, al resolver los recursos de inconstitucionalidad a que hemos hecho referencia también avaló la posición «rebeldes» frente a la LE y declaró inconstitucional, en la STC 236/2007, el artículo 9.3 de la misma en la redacción que le hubiera dado la Ley Orgánica 8/2000.

La reflexión del Tribunal Constitucional parte de un interesante presupuesto, cual es la consideración de que el contenido del derecho a la educación que está en juego en este asunto, corresponde con la dimensión prestacional del mismo, esto es con su dimensión más evidente de derecho social. Después de plantear la cuestión en estos términos el Tribunal recorre la normativa internacional sobre derecho a la educación, evocando especialmente el artículo 26 DUDH, el artículo 13 PIDESC y el artículo 2 del Protocolo adicional al CEDH, para afirmar a renglón seguido que «de las disposiciones transcritas se deduce la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para "establecer una sociedad democrática avanzada", como reza el preámbulo de nuestra Constitución».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Tras ello, en un salto lógico un tanto acrobático en el que se trae a colación la STC 86/1985, el Tribunal afirma que la dimensión prestacional del derecho consagrado en el artículo 27.1 CE no ha de limitarse a la educación básica, sino que la misma deberán hacerla efectiva los poderes públicos, garantizando «el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza» (art. 27.5 CE), para continuar diciendo que «el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad».

Y concluye el Tribunal su razonamiento con tres párrafos que nos parece interesante transcribir literalmente: «Por otra parte, también de las disposiciones examinadas y de su recta interpretación se obtiene que el derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE corresponde a "todos", independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España. Esta conclusión se alcanza interpretando la expresión del art. 27.1 CE de acuerdo con los textos internacionales citados, donde se utilizan las expresiones "toda persona tiene" o "a nadie se le puede negar" el derecho a la educación. Según se ha visto, el acceso a los establecimientos escolares y el derecho a utilizar, en principio, los medios de instrucción que existan en un momento determinado, debe garantizarse, de acuerdo con el art. 1 CEDH, "a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante". Esta expresión contenida en el art. 1 CEDH, interpretada conjuntamente con el art. 14 CEDH (SSTEDH caso Irlanda contra Reino Unido, de 18 de enero de 1978, § 238; caso Príncipe Hans Adams II de Lichtenstein, de 12 de julio de 2001, § 46), debe entenderse que incluye también a aquellas personas no nacionales que se encuentren en una situación irregular o ilegal. La supresión de la residencia para el derecho a la educación no obligatoria no entrañaría, como alega el Abogado del Estado, una discriminación en perjuicio de los extranjeros regulares, puesto que aquellos que carezcan de autorización para residir pueden ser expulsados siguiendo los procedimientos legalmente establecidos, pero mientras se encuentren en territorio español no pueden ser privados de este derecho por el legislador. En conclusión, el contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.1 CE del derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir. El precepto impugnado impide a los extranjeros menores de dieciocho años sin autorización de estancia o residencia acceder a la enseñanza secundaria

Capítulo XVIII. Inmigrantes

postobligatoria, a la que sin embargo pueden acceder, según la legislación educativa vigente, aquellos que hayan obtenido el título de graduado en educación secundaria obligatoria, normalmente a la edad de dieciséis años. Ese derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor. Por ello, debemos declarar la inconstitucionalidad del inciso "residentes" del art. 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por el art. 1, punto 7, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre».

No vamos más allá en el comentario en este momento, porque nuestra intención es retomarlo inmediatamente. Veamos por qué.

A resultas de lo establecido por el Tribunal Constitucional en su sentencia, el legislador, a través de la Ley Orgánica 2/2009, da la siguiente nueva redacción al art. 9 LE: «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. 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».

Lo que resulta de este precepto parece ser lo siguiente, simplificando al máximo un problema realmente complejo:

- La educación básica, obligatoria y gratuita, esto es la comprendida entre los 6 y los 16 años, es reconocida a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa. Si un extranjero ma-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

yor de 18 años está escolarizado aún en algún nivel de la educación básica, también se le reconoce el derecho esté o no en situación de regularidad en España.

- La educación preobligatoria (entre los 3 y los 5 años) también queda reconocida a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa.
- La educación postobligatoria (entre los 16 y los 18 años) es reconocida a todos los extranjeros que, efectivamente, sean menores de 18 años independientemente de su situación administrativa.
- La educación postobligatoria de los mayores de 18 años es reconocida sólo a los extranjeros residentes, esto es a aquellos con autorización de estancia o residencia. En ese contexto el sistema público de becas para facilitar el acceso a este tipo de educación se reserva también a los extranjeros residentes.

Simplificando aún más. Ahora el punto de inflexión es la edad del extranjero. Así, los *mayores de 18 años no residentes* no tendrán reconocido el derecho a la educación postobligatoria.

Pues bien, este complejo normativo, y la lectura que el legislador hace de la STC 236/2008, ha generado dos tipos de reacciones diversas en las Comunidades Autónomas, que son las Administraciones encargadas de gestionar, administrativamente, el acceso tanto a las enseñanzas obligatorias como a las postobligatorias.

La primera reacción ha sido la determinación de excluir a los extranjeros mayores de 18 años y no residentes de la educación postobligatoria, esto es aplicar la ley sin mayor consideración. En este sentido la Comunidad Valenciana reactivará mediante Resolución de 22 de diciembre de 2009, la Resolución de 9 de febrero de 2005, del Director General de Enseñanza, por la que se dictan instrucciones para la aplicación de la LE y del RE. Esta Resolución impone a los centros docentes de la Comunidad Valenciana un procedimiento de actuación a la hora de proceder a la matrícula de los extranjeros, estableciendo: 1) que todos los extranjeros menores de 18 años que deseen incorporarse a la Educación Infantil, la Educación Primaria o la Educación Secundaria Obligatoria, podrán hacerlo, según su edad o nivel académico de conformidad con lo previsto en la legislación vigente; 2) que los extranjeros menores de 18 años podrán incorporarse a las enseñanzas postobligatorias no universitarias si cumplen con los requisitos académicos y de escolarización previstos en la normativa vigente y si poseen o bien NIE, o bien certificado de empadronamientos o bien tarjeta de estudiante (o visado de estudios); y 3) que los extranjeros mayores de 18 años podrán incorpo-

rarse a las enseñanzas postobligatorias no universitarias si cumplen los preceptivos requisitos académicos o de escolarización, y si poseen o bien NIE o bien tarjeta de estudiante (o visado de estudios).

Refirámonos a la segunda reacción. La misma viene escenificada por la decisión del Parlamento de Navarra de plantear recurso de inconstitucionalidad (RI 2085 2010) contra el artículo 9 LE en la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, al entender que el hecho de que en el mismo sólo se garantice a los extranjeros mayores de 18 años el derecho a la educación postobligatoria si tienen autorización de residencia en España, vulneraría lo dispuesto en el artículo 27 CE, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en la STC 236/2007, es decir, en la misma sentencia que declaró inconstitucional la anterior redacción del mismo precepto hoy de nuevo impugnado, al estimar que el inciso «residentes» del artículo 9.3 LE era contrario a la Constitución.

Aquí el problema ya no es si cabe distinguir entre menores residentes y menores no residentes en el acceso al derecho a la educación, sino que el problema se sitúa en la determinación de si cabe establecer legalmente una distinción entre los mayores de edad residentes y los mayores de edad no residentes en el acceso al derecho a la educación no obligatoria. Y la cuestión que plantea el Parlamento de Navarra es interesante: ¿da respuesta a este problema la STC 236/2007? El recurrente cree que sí, y que tal respuesta conduce indefectiblemente a entender que el nuevo artículo 9.2 es inconstitucional. Ciertamente es que los planteamientos generales volcados en los tres párrafos transcritos anteriormente parecen dar respuesta a la cuestión planteada en el sentido percibido por el Parlamento de Navarra. Así, de lo dicho por el Tribunal Constitucional puede deducirse:

- Que el derecho a la educación garantizado en el artículo 27.1 CE (donde no se introducen matices vinculados a la edad) corresponde a todos, nacionales y extranjeros regulares o irregulares. Esta titularidad expansiva se deriva de la interpretación del sujeto del derecho reconocido en el precepto (*todos*), a la luz de los tratados internacionales firmados por España en los que también se reconoce este derecho y se hace concediendo su titularidad a toda persona, no admitiéndose la denegación del mismo a nadie.
- Que el derecho a la educación así reconocido comprende el derecho de acceso a los establecimientos escolares y a utilizar los medios de instrucción que existan en un momento determinado: esto es, creada una estructura educativa, es preciso permitir el acceso a la misma a todos los que estén bajo la jurisdicción de un Estado, sean nacionales

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

- o no nacionales, regulares o irregulares (art. 1 CEDH, interpretado a la luz del art. 14 CEDH por el TEDH en diversos pronunciamientos).
- Este reconocimiento no supone una ventaja del irregular sobre el regular, puesto que los extranjeros irregulares pueden ser expulsados «pero mientras se encuentren en territorio español no pueden ser privados de este derecho por el legislador».
 - En el caso de la estructura educativa creada por España, el derecho a la educación garantizado por el artículo 27.1 CE e interpretado como se ha venido diciendo, comprende el acceso a la enseñanza básica (obligatoria) y el acceso a la enseñanza no obligatoria.

Como puede observarse, el Tribunal no se refiere, hasta aquí, a la cuestión de la mayoría de edad como elemento que pueda introducir algún tipo de diferenciación. Así, sin leer más, podría entenderse que, en la medida en que la estructura educativa creada por España también incluye, por ejemplo, la enseñanza universitaria, el derecho a la educación incluye la misma, y por tanto no es posible impedir el acceso a los extranjeros mayores de edad irregulares a las enseñanzas postobligatorias asociadas a la mayoría de edad de forma evidente, esto es las enseñanzas universitarias. Pero también podría entenderse que el Tribunal no da respuesta a esta cuestión en la STC 236/2007, porque ni siquiera se planteó este problema. De hecho, en el último inciso del FJ 8, el Tribunal restringe su pronunciamiento y afirma que el «derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros *menores de edad* forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor». No cabe duda de que el mismo razonamiento podría aplicarse si habláramos de los mayores de edad, pero quizá el Tribunal debería decirlo expresamente para salvar el resquicio interpretativo al que se ha agarrado el legislador para, tras la STC 236/2007, continuar introduciendo límites al ejercicio del derecho a la educación, en este caso para los mayores de edad no residentes que desean acceder a la educación no obligatoria.

La gran duda es la siguiente: ¿entonces el legislador no puede modular en absoluto el acceso a la educación en ningún nivel a los extranjeros irregulares? ¿es lógica esta imposibilidad, si admitimos que existe, en un contexto en que el extranjero es expulsable? ¿tiene sentido que el Estado «invierta» en la formación universitaria de una persona a la cual devolverá a su país de origen en cuanto tenga ocasión? En fin, todas estas dudas también pueden ser acusadas de plantear un problema eminentemente teórico, y ser por tanto casi retóricas. Y es que debemos imaginar que el supuesto de un mayor de

edad irregular (y no regularizable), deseoso de acceder a la formación universitaria superior es altamente improbable. Seguramente un extranjero que desea realizar estudios universitarios en nuestro país, y que está en condiciones de hacerlo, será porque se ha formado en el sistema educativo español, o al menos porque lleva en España el tiempo suficiente como para haber homologado su título de enseñanza secundaria y para haber realizado la correspondiente prueba de acceso a la Universidad, de lo que se deduce que, seguramente estará en condiciones de solicitar la regularización por circunstancias excepcionales, y pasar por tanto de la situación de irregularidad a la de residencia legal.

En cualquier caso el problema teórico persiste ¿existe alguna razón que justifique la limitación que el legislador ha introducido en la reciente ley de extranjería? El Tribunal Constitucional pareciera decir en la STC 236/2007 que el ejercicio del derecho a la educación puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otras circunstancias como la situación administrativa. Bien es cierto que esta afirmación se refiere a los menores, pero tal y como está formulada es perfectamente aplicable a los mayores de edad. Ni el control de fronteras, ni la política de control de flujos parecen ser en este caso razones suficientes para limitar el ejercicio del derecho, puesto que esa limitación no va a favorecer una mejor gestión de esas políticas, ni parecen coadyuvar a la consecución de sus objetivos porque, evidentemente, ni la limitación del derecho permitirá expulsar con más facilidad a estos irregulares, ni favorecerá el control de acceso de futuros inmigrantes. La única razón parece asociarse a la voluntad de no identificar plenamente el estatuto de regulares e irregulares en este ámbito, esto es al deseo de «premiar» a los inmigrantes regulares, y marcar un punto de inflexión en las prestaciones a las que los extranjeros pueden acceder, esto es incidir en la idea del reconocimiento «progresivo» de derechos. La cuestión de si esta razón justifica o no la limitación está por decidir y deberá hacerlo, en su día, el Pleno del Tribunal Constitucional.

Hasta aquí el marco normativo, como vemos terriblemente complejo, y como parece deducirse de las últimas cuestiones descritas, eminentemente abierto. Si nos apartamos, no obstante el interés evidente que presenta, del análisis normativo, podemos adentrarnos en el planteamiento de los problemas que, en el ejercicio de este derecho, genera la presencia de personas inmigrantes. Las necesidades educativas de la población de origen extranjero se polarizan en torno a las cuestiones de la formación de adultos, la formación de jóvenes con problemas de fracaso escolar o de carencias educativas graves, y la integración escolar de los niños de familias inmigrantes (nacidos ya aquí o venidos de pequeños). Y las dificultades de acceso a una educación

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

adecuada en relación con estos polos se manifiestan en la falta de medios para poner en marcha la educación compensatoria que se requeriría, en un marcado absentismo escolar, especialmente entre los niños de determinadas nacionalidades y, sobre todo, en la excesiva concentración de niños de origen inmigrante en determinados centros escolares.

Las soluciones a estos problemas no son sencillas, y sobre todo, en un escenario de descentralización de las políticas educativas, no son uniformes en el territorio nacional. Es cierto que en todas las Comunidades Autónomas se ha articulado –mejor o peor– la necesidad de responder a las necesidades educativas especiales identificadas en la población de origen extranjero, y se ha hecho sobre la base de dos previsiones contenidas en la LOE.

La primera, incluida en los artículos 78 y 79 se refiere a los alumnos que se integran tardíamente en el sistema educativo español, esto es, a los alumnos que por proceder de otros países o, por otros motivos no especificados en la norma, se incorporan al sistema español en la edad de escolarización obligatoria pero no en sus primeros años. En relación con los mismos la LOE prevé que las Administraciones educativas garantizarán que su escolarización «se realice atendiendo a sus circunstancias, conocimientos, edad e historial académico, de modo que se pueda incorporar al curso más adecuado a sus características y conocimientos previos, con los apoyos oportunos, y de esta forma continuar con aprovechamiento su educación». Dicho de otro modo, se prevé que la incorporación a la escuela de los alumnos inmigrantes procedentes de otros sistemas educativos, se realice teniendo en cuenta no sólo su edad, sino sus particulares circunstancias de mérito y capacidad. Junto a ello, el artículo 79 establece un mandato a las Administraciones educativas, y por tanto a las Administraciones Autonómicas, que se traduce en la obligación de las mismas de «desarrollar programas específicos para los alumnos que presenten graves carencias lingüísticas o en sus competencias o conocimientos básicos, a fin de facilitar su integración en el curso correspondiente». Estos programas se desarrollarán de forma simultánea a la escolarización de los alumnos en los grupos ordinarios, esto es no supondrá la apertura de un sistema paralelo de enseñanza para los extranjeros, sino la normalización de los mismos en las escuelas ordinarias.

La segunda previsión se refiere a la educación compensatoria (arts. 80 y ss. LOE), que se prevé, no sólo en beneficio de los inmigrantes, pero que en la práctica se aplica fundamentalmente a los mismos. El objetivo fundamental de la educación compensatoria es hacer efectivo el principio de igualdad en el ejercicio del derecho a la educación. La propia Ley Orgánica establece que las políticas de educación compensatoria reforzarán la acción del sistema educativo de forma que se eviten desigualdades derivadas de factores

sociales, económicos, culturales, geográficos, étnicos o de otra índole, de modo que parece claro que los mayores beneficios de las mismas se sitúan en el tratamiento de los problemas que hemos identificado más arriba en relación con los alumnos de origen extranjero. Estos objetivos generales de la Ley serán concretados en cada Comunidad Autónoma, y desarrollados con arreglo a las políticas educativas de cada una de ellas.

Así pues la legislación contempla dos problemas y dos soluciones: el problema de los alumnos extranjeros que se incorporan al sistema educativo español avanzado ya el momento de afiliación inicial al mismo (esto es en primero de primaria), y el problema de los alumnos que, sin estar necesariamente en el primer caso, necesitan por razón de su situación socioeconómica o sociocultural, un apoyo educativo. Pero además la LOE atiende a la necesidad de solucionar los problemas asociados a las situaciones específicas descritas sin desatender la calidad de las enseñanzas que recibe el conjunto del alumnado, esto es, trata de dar las pautas para no caer en el problema de la segregación escolar, aunque bien es cierto que lo hace (no puede ser de otro modo) de una forma muy «discreta». Así establece el artículo 87 LOE relativo al equilibrio en la admisión de alumnos que: «1. Con el fin de asegurar la calidad educativa para todos, la cohesión social y la igualdad de oportunidades, las Administraciones garantizarán una adecuada y equilibrada escolarización del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo. Para ello, establecerán la proporción de alumnos de estas características que deban ser escolarizados en cada uno de los centros públicos y privados concertados y garantizarán los recursos personales y económicos necesarios a los centros para ofrecer dicho apoyo. 2. Para facilitar la escolarización y garantizar el derecho a la educación del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo las Administraciones educativas podrán reservarse hasta el final del período de preinscripción y matrícula una parte de las plazas de los centros públicos y privados concertados. Asimismo, podrán autorizar un incremento de hasta un diez por ciento del número máximo de alumnos por aula en los centros públicos y privados concertados de una misma área de escolarización para atender necesidades inmediatas de escolarización del alumnado de incorporación tardía. 3. Las Administraciones educativas adoptarán las medidas de escolarización previstas en los apartados anteriores atendiendo a las condiciones socioeconómicas y demográficas del área respectiva, así como a las de índole personal o familiar del alumnado que supongan una necesidad específica de apoyo educativo».

Ahora bien estas previsiones no han logrado evitar la concentración de alumnado de origen extranjero. Por un lado porque la concentración espacial de los inmigrantes en determinados barrios de determinadas ciudades

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

condiciona la adscripción de sus hijos a las escuelas de esos barrios, por la misma razón que el domicilio de los nacionales condiciona su acceso a determinados centros escolares: la proximidad geográfica. Por otro lado porque las políticas de algunas Comunidades Autónomas (siempre en el ejercicio de sus competencias) han buscado favorecer a los centros concertados «preservándoles» de la presencia masiva de alumnos necesitados de educación compensatoria. No obstante, la mayoría de los déficits identificables en materia de segregación educativa parecen explicarse por la decisión política de realizar la planificación educativa con el objetivo principal de satisfacer la elección de las familias que participan en el proceso de admisión, por encima de la voluntad y el deber de garantizar la equidad del sistema educativo en su conjunto. En este sentido se pronuncia el Síndic de Greuges en su Informe al Parlamento Catalán del año 2009.

En este ámbito es destacable la propuesta de la Ley 12/2009, de 10 julio, de Educación de Cataluña, que prevé en el artículo 48 algunas medidas para evitar la segregación escolar, medidas que el Departamento de Educación de la Generalitat de Cataluña prevé estén implantadas en el año 2011. Estas medidas son las siguientes:

- La Administración educativa debe establecer territorialmente la proporción máxima de alumnos con necesidades educativas específicas que pueden ser escolarizados en cada centro en el acceso a los niveles iniciales de cada etapa y, si procede, la reserva de plazas escolares que, como mínimo, es preciso destinarles. Esta reserva puede mantenerse hasta el final del período de preinscripción y matrícula, que no puede sobrepasar el inicio de curso.
- Para atender necesidades de escolarización derivadas de la atención a los alumnos con necesidades educativas específicas, considerándose también como tales las que se derivan de la incorporación tardía, el Departamento puede autorizar, de forma excepcional y motivada, una reducción y, exclusivamente para atender necesidades inmediatas de escolarización de alumnos de incorporación tardía, un incremento de hasta el 10 % del número de plazas escolares por grupo.
- La Administración educativa debe garantizar la igualdad en la aplicación de las normas de admisión, lo cual incluye el establecimiento de las mismas áreas de influencia para los centros públicos y los centros privados concertados.
- La Administración educativa debe adoptar las medidas de escolarización establecidas en los apartados 1, 2 y 3 atendiendo a las condiciones socioeconómicas y demográficas de las respectivas áreas de influencia.

Capítulo XVIII. Inmigrantes

- La Administración educativa aporta recursos adicionales a los centros que prestan el Servicio de Educación de Cataluña en función de las características socioeconómicas de la zona, la tipología de las familias de los alumnos que atiende el centro.

Junto al evidente protagonismo de la Administración Autonómica en el diseño de adecuadas políticas educativas, tendentes a solventar los problemas educativos del colectivo inmigrante no se puede olvidar la acción de los entes locales. Los municipios, en virtud de lo dispuesto en la LBRL y en los artículos 8.1 y 67 LOE: participarán en la programación de la enseñanza; cooperarán con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, interviniendo en sus órganos de gestión; participarán en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria; y participarán en la educación de personas adultas, especialmente en la enseñanza de las lenguas oficiales en España a los inmigrantes, que podrá realizarse por las administraciones educativas en coordinación con los entes locales.

Pero además, la LOE impone a las corporaciones locales la obligación de coordinarse con el resto de administraciones con competencias educativas para asegurar una mayor eficacia en la asignación, distribución y utilización de los recursos destinados a la educación.

En este punto en concreto, los municipios pueden trabajar para evitar la concentración del alumnado inmigrante en unos pocos centros o aulas (ya que la asignación de centro es responsabilidad municipal), o desarrollando programas para la reducción del absentismo escolar, o colaborando con los centros educativos en la acogida de inmigrantes a través de la cesión de materiales o de personal para facilitar la integración de los alumnos de origen extranjero.

Por su parte las responsabilidades municipales en la formación de adultos, se traducen, por lo que hace al colectivo inmigrante, en la necesidad de colaborar en la formación permanente de personas adultas de origen extranjero, especialmente en lo que hace a la enseñanza del castellano, y en el caso de Comunidades Autónomas en las que existe una segunda lengua oficial de la lengua propia de la Comunidad Autónoma.

Sería conveniente cerrar este apartado con una mención al artículo 15 del Convenio Europeo relativo al Estatuto jurídico del trabajador inmigrante, de 24 de noviembre de 1977, que establece que los Estados Partes interesados «tomarán medidas de común acuerdo con vistas a organizar, en lo posible, cursos especiales para los hijos de los trabajadores inmigrantes, destinados a enseñarles la lengua materna del trabajador, y a facilitar, entre otras cosas, el

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

retorno a su Estado de origen». Hasta la fecha la normativa española no prevé este tipo de medidas, sin perjuicio de que en el ámbito de la educación no formal se puedan estar desarrollando programas, por parte de Ayuntamientos y Organizaciones no Gubernamentales en este sentido.

4.4. DERECHO AL TRABAJO

El artículo 35.1 CE reconoce el derecho al trabajo a «los españoles» en los siguientes términos: «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo».

En desarrollo de las previsiones constitucionales la LE afirma en su artículo 10.1 que «los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente». Esto es, no reconoce el derecho a quienes se encuentren ilegalmente en España.

El mismo precepto reconoce a todos los extranjeros en general la posibilidad de acceder al empleo público en los términos previstos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Esta disposición prevé que los extranjeros residentes podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles, y que su acceso a la condición de funcionario estará limitada a un cierto número de supuestos: que se trate de un ciudadano comunitario, que se trate del cónyuge de un ciudadano español o comunitario, de sus hijos o de los de su cónyuge, que exista una previsión legal eximente específica, o que exista un tratado internacional que de cobertura a la excepción.

Al derecho al trabajo constitucionalmente reconocido puede otorgársele claramente una dimensión de derecho de libertad y una dimensión prestacional. La dimensión vinculada al *droit liberté* implicaría la exigencia a las administraciones públicas de no imponer trabas al acceso a un determinado puesto de trabajo. Esta exigencia se vería claramente incumplida en el caso de los extranjeros, a quienes se les demanda, con carácter obligatorio, una autorización para trabajar.

Si bien este requisito es avalado por la jurisprudencia constitucional (STC 107/1984, FJ 4) el mismo puede ser calificado, sin muchas dudas, como una intervención sobre la libertad de trabajar. Y es que, como dice clara-

mente el artículo 36.1 LE «1. Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente».

Esta intervención, para ser considerada como constitucionalmente admisible, debe resultar justificada en otros derechos o bienes constitucionales y respetar el principio de proporcionalidad. La justificación puede encontrarse en el art. 40 CE que establece que los Poderes Públicos habrán de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico, ocupándose en especial de realizar una política orientada al pleno empleo. En aras a lograr el pleno empleo, se justifica que el legislador establezca limitaciones destinadas a poner trabas al acceso al mercado laboral, procurando de ese modo que todos (o la mayoría) de los ubicados en el mercado acceden a un puesto de trabajo. Esta justificación, además, se pone de relieve precisamente cuando la LE contempla los supuestos en los cuales no se tendrá en cuenta la situación nacional del empleo para conceder permisos de trabajo. Estas excepciones incluyen:

- Los familiares reagrupados en edad laboral, o el cónyuge o hijo de extranjero residente en España con una autorización renovada, así como al hijo de español nacionalizado o de ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Espacio Económico Europeo, siempre que estos últimos lleven, como mínimo, un año residiendo legalmente en España y al hijo no le sea de aplicación el régimen comunitario.
- Los titulares de una autorización previa de trabajo que pretendan su renovación.
- Los trabajadores necesarios para el montaje por renovación de una instalación o equipos productivos.
- Los que hubieran gozado de la condición de refugiados, durante el año siguiente a la cesación de la aplicación de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados, por los motivos recogidos en el supuesto 5 de la sección C de su artículo 1.
- Los que hubieran sido reconocidos como apátridas y los que hubieran perdido la condición de apátridas el año siguiente a la terminación de dicho estatuto.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

- Los extranjeros que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española.
- Los extranjeros nacidos y residentes en España.
- Los hijos o nietos de español de origen.
- Los menores extranjeros en edad laboral con autorización de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan su integración social, y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen.
- Los extranjeros que obtengan la autorización de residencia por circunstancias excepcionales en los supuestos que se determinen reglamentariamente y, en todo caso, cuando se trate de víctimas de violencia de género o de trata de seres humanos.
- Los extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada, durante dos años naturales, y hayan retornado a su país.
- Los extranjeros que hayan renunciado a su autorización de residencia y trabajo en virtud de un programa de retorno voluntario.
- La cobertura de puestos de confianza y directivos de empresas.
- Los profesionales altamente cualificados, incluyendo técnicos y científicos contratados por entidades públicas, universidades o centros de investigación, desarrollo e innovación dependientes de empresas, sin perjuicio de la aplicación del régimen específico de autorización aplicable de conformidad con la presente Ley.
- Los trabajadores en plantilla de una empresa o grupo de empresas en otro país que pretendan desarrollar su actividad laboral para la misma empresa o grupo en España.
- Los artistas de reconocido prestigio.

Dicho de otro modo, hay supuestos en los cuales el propio legislador estima que el objetivo de lograr el pleno empleo no justifica por sí solo la imposición de barreras de acceso al mercado de trabajo.

Eso sí, esta limitación, que haya forma en la decisión administrativa de conceder o no un permiso de trabajo, no supone que, en el caso de que un extranjero trabaje efectivamente (en la economía sumergida, se entiende), no se le reconozca, eventualmente, el derecho de acceso a determinadas prestaciones contributivas del régimen de la Seguridad Social. La LE lo prevé de este modo en el artículo 36.5: «La carencia de la autorización de residen-

Capítulo XVIII. Inmigrantes

cia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero».

Una paradoja más del sistema: los extranjeros sin autorización administrativa para trabajar, evidentemente, no pueden celebrar un contrato de trabajo, lo que no obsta que si trabajan efectivamente por cuenta ajena el contrato entre extranjero irregular y empleador sea válido a los efectos de generación de responsabilidades en materia de Seguridad Social. Esto significa que, si existen convenios internacionales que así lo prevean, el irregular podrá obtener las prestaciones «que sean compatibles con su situación», lo cual es tanto como no decir nada.

Parece evidente que los trabajadores en situación irregular no pueden estar afiliados ni dados de alta en la Seguridad Social, pero ello no impide, tal y como establece la nueva regulación en la que se decanta una rica jurisprudencia previa, que el extranjero pueda obtener ciertas prestaciones, como la prestación por accidente de trabajo y enfermedad profesional, viudedad y orfandad en el caso de que un trabajador fallecido en accidente laboral haya dejado viuda/o y descendencia (STSJ, Sala 4ª, de Madrid, de 11 de octubre de 2004); la prestación por incapacidad temporal (Sentencias de los TSJ de Aragón, 1 de abril de 2004; Madrid de 5 de septiembre de 2002) o la prestación por incapacidad permanente (STSJ Castilla y León de 30 de julio de 2004). En cualquier caso parece que no se reconoce a los extranjeros en situación irregular el derecho a las prestaciones por contingencias comunes, o a la prestación de desempleo asistencial, y no existe jurisprudencia a unívoca sobre el derecho a la prestación contributiva por desempleo en casos de residencia ilegal en momentos previos a la demanda de la prestación. Es decir, no es incontrovertido el problema del cómputo de tiempo en que se ha desempeñado un trabajo y se ha tenido una relación laboral estando en situación irregular, sucediendo que hay TSJ que estiman que ese tiempo no se computa a la hora de calcular el derecho a la prestación por desempleo (TSJ Valencia de 15 de julio de 2008) y Tribunales Superiores de Justicia que entienden que si ha de computarse, una vez el extranjero ha accedido a la condición de residente legal (TSJ de Cataluña de 8 de julio de 2008).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Este derecho tiene como correlato la obligación del empresario de cotizar por el trabajador, aunque sea irregular (STS, Sala Tercera, de 2 de diciembre de 1998), obligación que se traduce en la práctica en que si un empresario es sancionado por emplear a un extranjero en situación irregular dicha sanción se incrementa en la cuantía de las cuotas de cotización a la Seguridad Social que le hubiera correspondido abonar desde el comienzo de la prestación de trabajo hasta su conclusión.

Es evidente que el gran problema que no resuelve una regulación restrictiva del acceso al mercado de trabajo como la que estamos describiendo es la de la situación de los irregulares. En estos casos el extranjero se haya efectivamente en España, sin permiso para residir y sin permiso para trabajar, lo cual le impide, en principio, acceder en algún momento a la residencia legal: si no se puede trabajar, en principio no se accede a un puesto de trabajo, al menos a un puesto de trabajo «declarado» y si no se posee trabajo no se puede a su vez acceder a la residencia legal, puesto que el permiso de trabajo y el de residencia van indisolublemente unidos en la mayoría de los casos, y dejando a salvo las excepciones previstas en el artículo 41 LE.

Esta situación imposible encuentra salida, en el ordenamiento español, a través de las regularizaciones (ordinarias) por motivos excepcionales. Así el Reglamento de la LE prevé la concesión de permisos de residencia por arraigo (arts. 123 y ss.). En el primer caso podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año. En el segundo podrán acceder a un permiso de residencia temporal los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año y bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes, bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual. En ambos casos, como se puede apreciar, la existencia de una relación laboral, o la expectativa de una relación laboral (esto es del desempeño efectivo de un trabajo) son condición *sine qua non* para poder pasar a la situación de residencia legal.

Por otro lado el trabajo de las administraciones públicas, fundamentalmente las Comunidades Autónomas y los municipios en materia de integración laboral de los inmigrantes es fundamentalmente promocional: por ejem-

plo se incluye a los inmigrantes como colectivo destinatario de las ayudas a la contratación de colectivos en riesgo de exclusión social en el Plan de Empleo de Entidades Locales, y se procura darles formación específica que les ayude en su integración laboral.

Las acciones concretas que conforman los programas de integración laboral de los inmigrantes, y que son desarrolladas por los municipios y las Comunidades Autónomas se centran en: a) fomentar la participación de la población inmigrante en los cursos de formación para el empleo; b) aumentar la concienciación de la población inmigrante en el tema de la prevención de riesgos laborales; c) ayudar a la regularización de los inmigrantes en situación irregular; d) crear una bolsa de trabajo específica para inmigrantes.

4.5. DERECHO A LA VIVIENDA

La Constitución, establece en el art. 47 que «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

Ya ha sido descrita en otro lugar de esta obra la compleja problemática que rodea el acceso al derecho a la vivienda digna y adecuada (*supra*, XI). Aquí tan sólo cumple reiterar (*supra*, XI, 5.1.2) que los inmigrantes sufren aún con mayor intensidad que los autóctonos las dificultades de acceso a la vivienda en alquiler y a la vivienda en propiedad. Las razones se localizan en distintos estudios, especialmente el realizado por el colectivo IOÉ⁹² y podrían resumirse así:

- a) El acceso a la vivienda depende estrechamente del poder adquisitivo de las personas, lo que dificulta tal acceso a aquellas personas con un nivel de renta más bajo. Los inmigrantes de países periféricos se encuentran, en principio, en esta situación.
- b) En el mercado se dan condiciones (así ha sido en los últimos años) que colocan en una posición más favorable en la negociación a los propietarios y a los financiadores, con lo cual se pueden permitir escoger a los compradores o los de mandantes de alquiler (a los consumidores y usuarios de vivienda, en suma). Eso perjudica al extranjero frente al autóctono, porque los prejuicios, las condiciones

92. PEREDA, ACTIS y DE PRADA, 2005, pp. 76 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

económicas de los inmigrantes, y las dificultades ligadas a su situación jurídica (precariedad jurídica, irregularidad, ausencia de contratos a tiempo in determinado o de nóminas, etc.) les hacen «menos preferibles» que los ciudadanos nacionales a los ojos de propietarios y financiadores.

- c) A los inmigrantes les faltan muchas veces redes de apoyo, avales, información, lo cual dificulta aún más su acceso a la vivienda.

Las soluciones a que se recurre en España pasan por la adecuación de la planificación urbanística a las necesidades actuales de acceso a la vivienda, de manera que se libere terreno para la construcción de viviendas protegidas (o dicho de otro modo, a precio controlado), y por el desarrollo de una política de ayudas económicas que permita el acceso a la vivienda en régimen de compra o de alquiler.

La LE se centra en este último tipo de medidas al referirse al acceso a la vivienda, como derecho de los extranjeros. Así el artículo 13 (tras la reforma introducida en el mismo por la LO 2/2009) establece que «los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda en los términos que establezcan las Leyes y las Administraciones competentes. En todo caso, los extranjeros residentes de larga duración tienen derecho a dichas ayudas en las mismas condiciones que los españoles».

Puede comprobarse que la legislación nacional limita a los extranjeros residentes la titularidad del derecho a la vivienda en la dimensión prestacional clara de acceso a las ayudas que las administraciones competentes prevean en materia de promoción de la vivienda. Eso sí, al tiempo establece una condición a la normativa autonómica, a quien compete en su caso desarrollar este derecho, al establecer que en todo caso los residentes de larga duración tendrán derecho a las ayudas para acceder a la vivienda en idénticas condiciones que los españoles.

La normativa autonómica a la que parece referirse la ley estatal toma forma de ley hasta la fecha en tres disposiciones.

La Comunidad Autónoma de Cataluña, aprobó el 28 de diciembre de 2007 la Ley 18/2007, del Derecho a la Vivienda (DOGC n° 5044 9 de enero de 2008). El objetivo de esta ley se recoge claramente en su exposición de motivos: «La Ley apuesta por la creación de un parque específico de viviendas asequibles que permita atender las necesidades de la población que necesita un alojamiento. [...] La llamada "cuestión urbana", según la cual la segregación de las personas en el espacio en función de sus niveles de renta es uno de los peligros más graves que amenazan a la convivencia en Europa

Capítulo XVIII. Inmigrantes

occidental, es una preocupación a la que la Ley quiere dar respuesta. Para impulsar la creación de un parque específico de viviendas a un precio al alcance de las rentas bajas y medias, la Ley regula del modo más riguroso posible la vivienda de protección oficial en Cataluña, y no solo ésta, sino también otras formas de vivienda asequible que permitan conseguir, a medio y largo plazo, el auténtico parque específico que la sociedad reclama. Es preciso resaltar el objetivo de que, en el plazo de veinte años, el 15 % de las viviendas principales existentes sean viviendas destinadas a políticas sociales. Sin embargo, además de la regulación de este parque específico de vivienda asequible, una ley de nuestros tiempos no puede renunciar a impulsar políticas concertadas con los agentes de iniciativa social o privada que actúan sobre el mercado libre de la vivienda, que es el que, actualmente, responde mayoritariamente a las demandas y necesidades de la ciudadanía. Por este motivo, gran parte del texto está dedicado a la protección de la parte más desfavorecida en las relaciones que se dan en el mercado libre regulando la protección de los consumidores y usuarios de viviendas, la calidad y los requisitos exigidos a las viviendas y las medidas de intervención administrativa en los casos de utilización anómala».

Dicho de forma simplificada, la ley actuará sobre la oferta de vivienda destinada a políticas sociales, en aras a evitar la segregación espacial de las clases más pobres, y sobre los actores del mercado libre de vivienda, para proteger consumidores y usuarios de vivienda (compradores y arrendatarios), que son considerados como la parte más débil de ese mercado.

Y aunque esta disposición normativa no va destinada específicamente a los inmigrantes, sino a todos los residentes en Cataluña, se realizan menciones específicas al colectivo. a) al definirse lo que es la vivienda dotacional pública [art. 3.j)], porque dice que es la vivienda destinada a satisfacer las necesidades temporales de personas con dificultades de emancipación o que requieren acogida o asistencia residencial, como por ejemplo los inmigrantes; b) al referirse al Plan territorial sectorial del vivienda [art. 12.2.f)], cuando establece que dicho Plan debe contener una estimación de las de las necesidades, déficit y desequilibrios en materia de vivienda, estimación que exigirá, entre otras cosas, el análisis de los datos demográficos básicos relacionados con la vivienda, especialmente en relación con los colectivos vulnerables, que incluyen los inmigrantes; c) al definir las viviendas destinadas a políticas sociales (art. 74) que serán todas las acogidas a cualquiera de las modalidades de protección establecidas por la presente ley o por los planes y programas de vivienda, los cuales pueden incluir, además de las viviendas de protección oficial de compra o alquiler o de otras formas de cesión de uso, las viviendas de titularidad pública, las viviendas dotacionales públicas, los alojamientos de acogida de inmigrantes, etc.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En desarrollo de esta disposición legal el Decreto 106/2009, de 19 de mayo, por el que se regulan el Registro de Solicitantes de Viviendas con Protección Oficial de Cataluña y los procedimientos de adjudicación de las viviendas con protección oficial, establece, entre otros, que es requisito para constar en el Registro de Solicitantes de Viviendas y por tanto para tener acceso a una vivienda de Protección Oficial el residir en un municipio de Cataluña. Aclara además la norma reglamentaria que la residencia se acredita mediante el empadronamiento en un municipio de Cataluña y es exigible, como mínimo, a la persona solicitante de la inscripción. Está claro, por tanto, que no se exige la residencia legal y tampoco un período mínimo de empadronamiento para acceder a este tipo de ayudas.

Por su parte la Ley Foral 9/2008, de 30 de mayo, del derecho a la vivienda en Navarra tiene por objetivo garantizar, mediante la introducción de nuevas medidas en la Ley Foral 8/2004, de 24 de junio, de Protección Pública a la Vivienda en Navarra, el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada a tenor de lo establecido en la Constitución Española en su artículo 47. Esta ley prevé en su artículo 5, relativo al acceso a la vivienda protegida, que quien desee acceder a la misma ha de contar, en el caso en que sea exigible, con el correspondiente permiso de residencia y, por supuesto ha de estar empadronado en algún municipio de Navarra. En ningún caso se establece un período mínimo de empadronamiento.

Finalmente la reciente Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía, posterior ya a la aprobación de la reforma de la LE que da la redacción que hemos visto al artículo 13, afirma en su art. 1 que «La presente Ley tiene por objeto garantizar, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía y al amparo de lo previsto en el artículo 56.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, el derecho constitucional y estatutario a una vivienda digna y adecuada, del que son titulares las personas físicas con vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma de Andalucía en las condiciones establecidas en la misma». Así la Ley define como titulares del derecho a la vivienda digna y adecuada a las personas físicas con vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía.

No está claro que esta previsión se compadezca adecuadamente con la limitación que la ley de extranjería formula en relación con el acceso de los extranjeros irregulares a las ayudas en materia de vivienda. La vecindad administrativa viene definida por la inscripción en el padrón de habitantes, y no por la situación de residencia legal y, de hecho, como ya hemos visto, la inscripción en el padrón de los inmigrantes irregulares está fuera de toda duda. Exactamente en el mismo caso se encuentra la legislación catalana, si bien la misma es anterior a la reformulación del artículo 13 LE.

En el caso de la legislación andaluza se incrementan cuando el artículo 5 de la Ley autonómica, al referirse al derecho de acceso a la vivienda protegida, y por tanto cuando hace específica mención a un tipo determinado de ayuda de acceso a la vivienda, afirma que son condiciones para su ejercicio, junto a otras que no vienen al caso, «contar con tres años de vecindad administrativa en el municipio de la Comunidad Autónoma de Andalucía en cuyo Registro Público Municipal de Demandantes de Vivienda Protegida se encuentren inscritas, salvo que el ayuntamiento, motivadamente, exija un período de empadronamiento menor». Así pues, la legislación andaluza no prevé limitar el acceso a las ayudas en materia de vivienda a los inmigrantes irregulares, estableciendo como única condición del ejercicio del derecho el empadronamiento en una localidad de Andalucía.

5. DERECHOS ESPECÍFICOS

5.1. EL DERECHO DE ENTRADA Y RESIDENCIA

Reiterada jurisprudencia del TC (fundamentalmente las SSTC 242/1994, 53/2002 y 72/2005) afirma que el derecho de entrada en territorio nacional, contemplado por el artículo 19 CE sólo se reconoce constitucionalmente a los españoles mientras que para aquellos extranjeros que estén «de hecho» en España se reconoce el mismo derecho, pero se le califica como derecho de configuración legal, pudiendo por tanto solicitar a los jueces y tribunales su protección, y estando éstos obligados a tutelarlos de acuerdo con las exigencias del artículo 24 CE, precepto éste que sí recoge un derecho constitucional del que son titulares los extranjeros.

Además el extranjero que no ha estado nunca en España, no puede invocar la libertad de residencia para amparar una conducta, el rechazo en frontera, por ejemplo, que se sitúa en el ámbito definido por el tipo de un derecho distinto y que sería el derecho de entrada en territorio nacional (STC 72/2005).

5.2. EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

Dice el artículo 39 de nuestra carta magna: «1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

Este precepto, primero de la sección constitucional dedicada a los principios rectores de la política social y económica, proclama la necesaria protección de la familia y de los niños.

A este derecho se asocia la facultad para que los extranjeros con residencia legal en España puedan reunirse con las familias que dejaron en sus países de origen, trayéndolas a vivir a nuestro país, facultad que se reconoce como derecho subjetivo en los artículos 16 y ss. LE. Dicho de otro modo el derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros residentes, que viene reconocido en el apartado 2 del artículo 16 LE (dentro de su Título I «Derechos y libertades de los extranjeros», el Capítulo II se rubrica «Reagrupación familiar»), se configura como un derecho ligado a la vida en familia y a la intimidad familiar (art. 16.1 LE)⁹³.

Ahora bien, este derecho a la reagrupación familiar, a pesar de la denominación y sistemática otorgada por el legislador al artículo 16 LE, no forma parte del contenido del derecho consagrado en el artículo 18 CE, que regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal. El derecho a la intimidad familiar es un derecho fundamental, pero el derecho a la reagrupación familiar es un derecho de configuración legal y en consecuencia sometido a límites que la propia LE y el RE pueden establecer⁹⁴.

No obstante es innegable la conexión entre el derecho a la reagrupación familiar y el derecho a la vida privada y a fundar una familia, y si bien aquél no se reconoce como tal en ninguno de los tratados ratificados por España, el derecho a la vida privada y familiar se consagra en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 8.1 CEDH), y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en distintos pronunciamientos en los que se ha visto avocado a manifestarse sobre la conexión entre el derecho a la reagrupación familiar y las previsiones del art. 8.1 CEDH, ha puesto de relieve que:⁹⁵

- En materia de inmigración no se puede interpretar que el artículo 8.1 CEDH implique para un Estado la obligación general de respetar la elección de residencia de las parejas o de permitir la reagrupación familiar en su territorio.
- El alcance de la obligación estatal de admitir en su territorio a familia-

93. SERRANO VILLAMANTA y otros, 2008, p. 1.

94. *Idem*, p. 2.

95. SANTOLAYA MACHETTI, 2005, pp. 499-500.

res de los inmigrantes depende de la situación de los interesados y del interés general.

- De acuerdo con un principio de Derecho internacional absolutamente asentado, los Estados tienen derecho, sin perjuicio de sus competencias internacionales, a controlar la entrada de los no nacionales en su territorio. Es decir, es prerrogativa de los Estados Miembros del Consejo de Europa establecer las condiciones de entrada y permanencia de los no nacionales en su territorio, si bien esta prerrogativa está sujeta a ciertos límites, entre los que están algunos derechos fundamentales de los extranjeros como el respeto a la vida privada o familiar.
- Sólo en los supuestos en los que la vida familiar no es posible en ningún otro lugar por impedimento legal o fáctico podría llegar a actuar el artículo 8 CEDH como límite de la capacidad de los Estados a la hora de establecer su política de reagrupación familiar.

Así pues el Tribunal de Estrasburgo ha reconocido el derecho a la reagrupación familiar con muchas cautelas y casi siempre en aquellos supuestos en que se trataba de evitar una expulsión, porque la misma había de entrañar un riesgo cierto de quebrar la vida familiar preexistente⁹⁶. Ello no impide que, más allá de supuestos de expulsión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también haya utilizado el derecho a la vida familiar como límite al margen de actuación estatal en el ámbito de la toma de decisiones de no renovación o no concesión de permisos de residencia (que indirectamente suponen la expulsión)⁹⁷, o en el de procedimientos de reagrupación familiar en sentido estricto⁹⁸.

A pesar de esta jurisprudencia europea, jurisprudencia que vincula a España, y a sus jueces y tribunales por la vía de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE, nuestro Tribunal Constitucional parece desmarcarse un poco de la posición de Estrasburgo. Así en los FF JJ 10 y 11 de la STC 236/2007, se ha negado a recoger sin condiciones la jurisprudencia de Estrasburgo en este punto, alegando que nuestro artículo 18 CE, relativo a la intimidad familiar, tiene un contenido distinto al del citado artículo octavo del Convenio de

96. SSTEDH *Al-Nashif y otros* contra Bulgaria, de 20 de junio de 2002; *Amrollahi* contra Dinamarca, de 11 de julio de 2002; *Üner* contra Países Bajos, de 18 de octubre de 2006; y *Mublilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga* contra Bélgica, de 12 de octubre de 2006
97. SSTEDH *Boultif* contra Suiza, de 2 de agosto de 2001; y *Rodríguez da Silva y Hoogkamer* contra Países Bajos, de 31 de enero de 2006.
98. SSTEDH *Abduzaziz, Cabales y Balkandali* contra Reino Unido, de 28 de mayo de 1985; *Gül* contra Suiza, de 19 de febrero de 1996; *Ahmut* contra Países Bajos, de 28 de noviembre de 1996; y *Sen* contra Países Bajos, de 21 de diciembre de 2001.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Roma, alusivo a la vida familiar, y que este derecho, el derecho a la vida familiar, no cabe en nuestro precepto constitucional. Así pues la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal relega el derecho a la reagrupación familiar a la exclusiva condición de derecho subjetivo.

Conviene detenerse en esta jurisprudencia. Al ser preguntado el Alto Tribunal sobre la constitucionalidad de la, entonces nueva y hoy superada, redacción de los preceptos de la LE referidos al derecho a la reagrupación familiar que hacía una remisión a los reglamentos poco compatible, a juicio de los recurrentes, con la reserva de ley asociada a la regulación de los derechos fundamentales, el Tribunal se ve avocado a afirmar que el derecho a la reagrupación familiar no es un derecho fundamental, razón por la cual no le afecta el principio de legalidad que sí le sería aplicable de entender que la reagrupación familiar integra el contenido esencial del derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE. El Tribunal dice en el FJ 11 de esta Sentencia: «La denunciada inconstitucionalidad de las remisiones reglamentarias sólo puede apreciarse si previamente se comprueba que los preceptos recurridos versan sobre el derecho fundamental a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE, el cual es objeto de las reservas de ley establecidas en los arts. 81.1 y 53.1 CE, presuntamente infringidos. [...] Este derecho a la reagrupación familiar, sin embargo, no forma parte del contenido del derecho consagrado en el art. 18 CE, que regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia. [...] En suma, el derecho reconocido en el art. 18.1 CE atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida [...] El art. 8.1 CEDH establece que "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia". La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en contraste con la de este Tribunal, ha deducido de aquel precepto un "derecho a la vida familiar", que comprendería como uno de sus elementos fundamentales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía (STEDH caso Johansen, de 27 de junio de 1996, § 52). Sin embargo, no ha llegado a reconocer explícitamente un auténtico derecho a la reagrupación familiar derivado del art. 8 CEDH (SSTEDH caso Abdulaziz, de 28 de mayo de 1985, § 68; caso Ahmut, de 28 de noviembre de 1996, § 67; caso Gül, de 19 de febrero de 1996, §§ 39 43), que sólo sería eficaz en el supuesto de que la vida familiar no fuera posible en ningún otro lugar, por impedimento legal o fáctico (SSTEDH caso Sen, de 21 de diciembre de 2001, §§ 28 40; caso Boultif, de 2 de agosto de 2001, §§ 53 56). Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido que en algunos casos el art. 8.1 CEDH puede actuar como límite a

la posibilidad de aplicación de las causas legales de expulsión de los extranjeros, si bien teniendo en cuenta a su vez los límites impuestos por el art. 8.2 CEDH, las circunstancias del caso y la ponderación de los intereses en juego (entre muchas, STEDH caso Dalia, de 19 de febrero de 1988, §§ 39 45, 52 54)».

Si nos quedásemos con la argumentación transcrita podríamos pensar que el Tribunal Constitucional español muestra una posición de franca rebeldía frente a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pero hay que leer los fundamentos jurídicos de las sentencias en su contexto, y el de éste es un recurso de inconstitucionalidad en el que la pretensión del recurrente era que se reconociese el carácter de fundamental al derecho a la reagrupación familiar. Y seguramente es cierto que no estemos, todavía, en condiciones de reconocer tal cosa.

Además una lectura muy crítica de lo que se dice en esta sentencia, una lectura por lo demás que es la que se repite por parte de la doctrina, deja poco margen de maniobra al Tribunal Constitucional que, seguramente, y salvo que mediase condena expresa de Estrasburgo tendría dificultades para dar un giro copernicano a su jurisprudencia, asumiendo que se equivocó, e incorporar plenamente la jurisprudencia europea en esta materia. Por eso parece más adecuado reconocer que, quizá es cierto que nuestro artículo 18 CE no contiene un derecho a la vida familiar, pero que ello no impide que asumamos que el derecho a la vida familiar es un principio rector de la política social y económica, por su asociación con la protección de la familia y de los hijos contenida en el artículo 39 CE y como tal un valor de relevancia constitucional que ha de ser tenido en cuenta a la hora de otorgar permisos de residencia y trabajo, de conceder permisos de reagrupación familiar o de poner veto a las expulsiones.

De hecho, en este sentido es necesario leer la STC 140/2009. La misma resuelve un recurso de amparo planteado por un extranjero en situación irregular al que se decide expulsar –a resultas de un expediente sancionador abierto a causa de esa situación de irregularidad a pesar de tener familia (mujer e hijos) en España–. El recurrente en amparo no acudió al Tribunal invocando su derecho a la intimidad familiar, sino su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) al considerar que tanto la administración como el juez que había revisado su expediente de expulsión no habían tenido en cuenta sus circunstancias personales, con lo cual su decisión estaba insuficientemente motivada. Es preciso recordar aquí que en nuestro ordenamiento la sanción principal para la estancia irregular es la multa, siendo la expulsión una sanción accesoria, razón por la cual la elección de esta última ha de estar convenientemente justificada, pues no depende de la absoluta

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

discrecionalidad de la Administración⁹⁹. Pues bien, en este caso el Tribunal Constitucional concedió el amparo al entender que, efectivamente, la Administración no había motivado adecuadamente la decisión de expulsar, máxime teniendo en cuenta las circunstancias familiares del extranjero. Y el argumento del Alto Tribunal se expresa, en los FF JJ 5 y 6 en los siguientes términos: «Pues bien, la resolución sancionadora impugnada, que se limita a constatar la mera existencia de la conducta infractora, no contiene fundamentación alguna a partir de la cual puedan conocerse las razones de la Administración sancionadora por la que resulta procedente la expulsión. [...] La ausencia de motivación resulta especialmente evidente en el presente caso, toda vez que el recurrente alegó insistentemente el hecho de tener una pareja estable y cuatro hijos menores de edad escolarizados en Pamplona en favor de la aplicación del principio de proporcionalidad para que no se sustituyera la pena de multa por la de expulsión, recibiendo como única respuesta que las circunstancias personales son absolutamente irrelevantes en este tipo de expedientes. Pues bien, habida cuenta de que el art. 55.3 de la Ley Orgánica 4/2000 prevé expresamente que para la graduación de las sanciones en materia de extranjería el órgano competente se ajustara a criterios de proporcionalidad, la negativa a valorar dichas circunstancias debe ser considerada una decisión arbitraria, máxime teniendo en cuenta que la situación personal alegada por el recurrente está en conexión con intereses de indudable relevancia constitucional, por lo que su ponderación, si así es solicitado, resulta obligada. En efecto, baste recordar a esos efectos, teniendo presente que por mandato del art. 10.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconocen deben ser interpretados de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España, que el art. 39.1 CE establece que los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia, y que, en relación con ello, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que en los supuestos de expulsión, tanto cuando son consecuencia de una infracción penal como en aplicación de la normativa administrativa de extranjería, el arraigo familiar puede actuar como límite a la expulsión, porque la ejecución de la misma podría no resultar proporcionada al fin legítimo perseguido por la medida, esto es la garantía del orden público, vulnerando de ese modo el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8.1 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH; por todas, SSTEDH de 2 de agosto de 2001, caso Boultif c. Suiza, o de 17 de abril de 2003, caso Yilmaz c. Alemania). Igualmente, tampoco cabe

99. Así se deduce de los arts. 50, 55.3, y 57 LE y del art. 131 LPC.

obviar que el art. 39.4 CE establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos y, en relación con ello, que el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño (ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 y publicada en el BOE n° 313, de 31 de diciembre de 1990), establece que en todas las medidas que tomen, entre otros, las autoridades administrativas en que puedan resultar concernidas los niños de ser de consideración primordial atender a los intereses superiores del niño».

Quizá esta sentencia sea un pasito del Tribunal en una dirección que le lleve a converger, en un futuro no muy lejano, con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo que hace a la protección de la familia en el caso de los ciudadanos extranjeros.

6. LIMITACIONES

Los límites legales al ejercicio de los derechos fundamentales en general y de los derechos sociales en particular vienen impuestos, en este caso, por razón de la nacionalidad del titular del derecho, y serán determinados por la libertad de configuración del legislador. Ahora bien, esa libertad de configuración se ve a su vez limitada por la construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional, que determina hasta donde puede ir el legislador a la hora de definir la titularidad de los derechos de los extranjeros.

Esa jurisprudencia pivota en torno a dos ejes argumentativos relativamente distantes que se sintetizan, para ofrecer un escenario realmente confuso, en las sentencias más recientes sobre la materia¹⁰⁰.

El primero vendría a establecer que existen tres categorías de derechos en nuestro ordenamiento, estructuradas en torno a quienes son los sujetos titulares de los mismos:

- a) Así existirían derechos predicables de todas las personas y por tanto abiertos a su disfrute por parte de los extranjeros en condiciones plenamente equiparables a las de los españoles. Estos derechos son los que pertenecen a la persona en cuanto tal, por estar asociados directamente a la dignidad humana que contempla el artículo 10.1 CE. La dificultad radica, en este caso, en definir qué derechos «perte-

100. Se realiza este tipo de aproximación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en materia de extranjería y a la síntesis de la misma ofrecida por las sentencias sobre la constitucionalidad de la LO 8/2000, de reforma de la LO 4/2000, en GÓMEZ y VIANA GARCÉS, 2008.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

necen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano», es decir, qué derechos están más vinculados a la dignidad humana. Y ahí el propio Tribunal ha debido reconocer en la STC 236/2007 que no es sencillo establecer la existencia o inexistencia de este vínculo porque lo que caracteriza a los Derechos Fundamentales es, precisamente, su existencia como mecanismo de garantía de la dignidad humana. Además el TC no llega a elaborar nunca un listado exhaustivo de los derechos que se integrarían en este grupo, pero va resolviendo caso por caso, en los asuntos que se presentan a su conocimiento, si un derecho se halla o no en el mismo, concluyendo que lo integran, al menos, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad ideológica, a la intimidad, a la libertad y la seguridad, a la no discriminación, a la asociación, a la manifestación, a la reunión, a la tutela judicial efectiva y dentro de ésta, a la asistencia jurídica gratuita¹⁰¹.

- b) En un segundo grupo se incluirían los derechos a los que no pueden acceder en ningún caso los extranjeros porque así lo dispone la propia Constitución. Estaríamos hablando del derecho de sufragio en las elecciones nacionales y autonómicas (*ex arts. 13.2 y 23 CE*) y del derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (*art. 23 CE*).
- c) Y el tercero sería el que comprende los derechos de los cuales los extranjeros serán titulares en la medida que establezcan los tratados y las leyes, y por tanto con sometimiento a los límites que las mismas impongan. Tampoco en este caso existe un listado certero, ni siquiera uno suficientemente orientativo, aunque si ha dicho de manera clara que lo extranjeros no tienen derecho de entrada en España, salvo que cumplan los requisitos establecidos en la ley, ni de residencia o desplazamiento salvo que respeten tales requisitos (SSTC 94/1993, 242/94 y 24/2000), y lo mismo sucedería, por ejemplo, en relación con el derecho al trabajo, o con el derecho al acceso a determinadas prestaciones de la Seguridad Social derivadas de la condición de trabajador (STC 107/84), o con el derecho a la asistencia sanitaria (STC 95/2000).

Hasta aquí el primer eje argumentativo. El segundo, que se identifica por primera vez en la STC 144/1990, retoma la jurisprudencia clásica del TC en torno al contenido esencial de los Derechos Fundamentales, estableciéndose que el legislador puede establecer condiciones al ejercicio de los dere-

101. SSTC 107/1984, 99/1985, 144/1990, 137/2000 y 95/2003.

chos por parte de los extranjeros, siempre que esas condiciones no afecten directamente al contenido esencial de los mismos.

En la jurisprudencia más reciente, inaugurada con la STC 236/2007 a la que nos referiremos posteriormente con mayor amplitud, el TC utiliza las dos líneas argumentativas mezclándolas, para resolver así las dudas de constitucionalidad que presentaba la ley. Así, introduciendo una notable confusión en el sistema de interpretación de la titularidad de derechos por parte de los extranjeros el Tribunal establecerá que:

Todos los derechos son inherentes a la dignidad humana, pero existen diversas graduaciones en la conexión entre dignidad y derechos. Así los derechos efectivamente conectados a la dignidad humana no admitirán condiciones que limiten su ejercicio por parte de los extranjeros.

La determinación de ese grado de conexión, deriva del análisis del contenido esencial del derecho, y de su relación con la idea de dignidad. Para realizar tal identificación es preciso acudir a instrumentos hermenéuticos como el análisis de la literalidad del texto constitucional o el recurso a los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que sea parte España, es decir, el recurso a la pauta interpretativa apuntada en el artículo 10.2 CE.

Los problemas que genera esta jurisprudencia son fundamentalmente dos. Primero es sencillamente imposible realizar una gradación de la conexión entre dignidad humana y derechos si se parte, como se hace aquí, de un planteamiento universalista de los derechos: todos son igualmente fundamentales para la dignidad humana, sin distinciones y sin graduaciones. Segundo, el recurso al artículo 10.2 CE es tramposo, porque si admitimos que este precepto fuerza la interpretación de los derechos contenidos en la Constitución a la luz de los tratados sobre derechos humanos ratificados por España, es preciso reconocer que esa vinculatoriedad no se refiere sólo al contenido de los derechos, sino también a la proclamación de la titularidad de los mismos, y ese reconocimiento nos obliga a admitir que muchos de los tratados de derechos humanos firmados y ratificados por España impiden la diferenciación jurídica entre nacionales y extranjeros. Así, siendo coherentes con las implicaciones del uso del artículo 10.2 CE, lo primero que habría que analizar, al acudir a un tratado de este tipo, es si establecen o no, o si admiten o no, la distinción entre nacional y foráneo en lo que hace al disfrute del derecho o derechos reconocidos en el tratado. Este problema, relevado hace ya tiempo, ha sido salvado gracias al argumento de que el criterio exegético del artículo 10.2 CE no es el único de aplicación en relación con el texto constitucional, y que si se aplican el resto (literal, o sistemático por

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

ejemplo) es posible justificar la existencia de límites al ejercicio de ciertos derechos por parte de los extranjeros.