

LOS INMIGRANTES COMO TITULARES DE DERECHOS SOCIALES ¹

ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ

*Profesora Titular de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid
Letrada del Tribunal Constitucional*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, don Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, doña María Camino VIDAL FUEYO, don José Ramón DE HOCES ÍÑIGUEZ y don Pedro POVEDA GÓMEZ.

Extracto:

EN contextos de crisis económica se acentúan los riesgos de ruptura de la cohesión social. Esos riesgos son aún mayores si se hace referencia a la cuestión de la integración de los extranjeros-inmigrantes en las sociedades que sufren la crisis. Partiendo de esta realidad, y de la convicción de que los derechos sociales son un instrumento útil para garantizar la cohesión social, en este trabajo se analiza la posición de los extranjeros como titulares de los derechos sociales en España. El análisis que se realiza pretende eliminar los obstáculos teóricos en la plena igualdad de extranjeros y nacionales en el disfrute de los derechos sociales constitucional y legalmente reconocidos.

Palabras clave: inmigrantes, derechos sociales, cohesión social, inmigración, integración.

¹ Una versión larga y completa de este trabajo se publicará por la editorial Aranzadi a lo largo del año 2012, en la obra colectiva titulada *Derechos Sociales*, que coordina y dirige el profesor Guillermo ESCOBAR.

IMMIGRANTS AS SOCIAL RIGHTS HOLDERS ¹

ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ

*Profesora Titular de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid
Letrada del Tribunal Constitucional*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, don Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, doña María Camino VIDAL FUEYO, don José Ramón DE HOCES ÍÑIGUEZ y don Pedro POVEDA GÓMEZ.

Abstract:

THE risks social cohesion stability increase in contexts of economic crisis. Those risks become even higher in relation with the social integration of immigrant population. On the basis of this reality, and assuming that social rights are a useful tool for ensuring social cohesion, this paper focuses on the role of immigrant and foreign individuals as holders of social rights in Spain. The analysis carried out is intended to remove theoretical barriers to the full equality of foreign and national citizens in the enjoyment of social rights, constitutional and legally recognized.

Keywords: immigrant population, social rights, social cohesion, immigration, integration.

¹ Una versión larga y completa de este trabajo se publicará por la editorial Aranzadi a lo largo del año 2012, en la obra colectiva titulada *Derechos Sociales*, que coordina y dirige el profesor Guillermo ESCOBAR.

Sumario

1. Contexto y normas para la integración.
2. El acceso de los inmigrantes a los servicios sociales.
3. El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes.
4. El siempre complejo problema del derecho a la educación y la extranjería.
5. Derecho al trabajo y libertad de trabajar.
6. Derecho a una vivienda digna y adecuada.
7. ¿Qué podemos concluir?

1. CONTEXTO Y NORMAS PARA LA INTEGRACIÓN

Si el contexto de crecimiento económico entre los años 2000 y 2007 marcó claramente un escenario de llegada masiva de inmigrantes a nuestro país (con una media aproximada de más de medio millón de inmigrantes cada año), el contexto actual del panorama migratorio viene marcado también muy claramente por la situación de crisis económica. Desde el año 2009 y hasta la fecha, el número de inmigrantes llegados a España ha caído drásticamente, lo que constituye una manifestación probatoria inequívoca de que, en la mayoría de los supuestos, solo la ausencia de perspectivas económicas, y no las leyes migratorias más o menos restrictivas, consigue frenar realmente los flujos migratorios masivos. Desde luego, en España, así ha sido ². Puede decirse, por tanto, que una de las consecuencias de la crisis ha sido el descenso del flujo migratorio, afirmación a la que se añadiría la que constata que la crisis en el mercado laboral ha afectado a nacionales y extranjeros en una medida muy similar, sin que pueda decirse que el colectivo inmigrante se haya visto más perjudicado que el de la población autóctona por el notable incremento de las tasas de desempleo.

Junto a todo lo anterior, y quizá paradójicamente, las actitudes sociales ante la inmigración no parece que hayan cambiado de manera radical. No existen casos graves de conflictividad social, aunque sí se descubren, en algunos medios de comunicación y en el discurso de algunos partidos políticos minoritarios de nuevo cuño (España 2000 o Plataforma per Catalunya, por ejemplo), notas de rechazo a los extranjeros, que se camuflan en el argumento de que los recortes en materia de política social afectarán más a los nacionales porque los inmigrantes son beneficiarios principales de las ayudas sociales. Estas evidencias permiten entroncar las reflexiones sobre la inmigración en contexto de crisis con las reflexiones sobre los extranjeros como titulares de derechos sociales ³.

² Corroboran esta afirmación los datos contenidos en el anuario de la inmigración en España de 2010 (última edición publicada): AJA, E., ARANGO, J. y OLIVER, J. (dir.): *Inmigración y crisis económica. Anuario de la inmigración en España*, edición 2010, Fundación Cidob, 2011.

³ Uno de los primeros trabajos sobre derechos sociales de los inmigrantes en España fue una reflexión de Javier DE LUCAS titulada «Sobre las garantías de los derechos sociales de los inmigrantes», publicada en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, num. 4, 2001. Después de eso, han sido muchos quienes se han dedicado a tan compleja cuestión: del propio DE LUCAS MARTÍN, F.J.: «Derechos sociales de los inmigrantes: ciudadanía y exclusión», en GARCÍA AÑÓN, J., AÑÓN ROIG, M.J.: *Lecciones de derechos sociales*, 2002, págs. 303-326; MOLINA NAVARRETE, C. y MONEREO PÉREZ, J.L.: «Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona. Puntos críticos a la luz de la nueva reforma "pactada"», en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, 8, 2003 (ejemplar dedicado a: Mercado de trabajo e inmigración), págs. 99-144; ANDRÉS JUSTE, P.: «Inmigración y derechos sociales. Una introducción al marco legal de los servicios sociales para los inmigrantes», en *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 7, 2004, págs. 267-295; RODRÍGUEZ CABRER, G.: «Prestaciones sociales y servicios asistenciales a la población inmigrante: el desarrollo de los derechos sociales de los inmigrantes», en TEZANOS TORTAJADA, J.F. (coord.): *Tendencias en exclusión*

En el contexto de la crisis económica o fuera del mismo, el fenómeno de la integración social de las personas de origen extranjero ocupa un lugar central en la construcción de sociedades (a nivel nacional, regional o local) bien cohesionadas. Y si hablamos de integración, hablamos de acomodación del extranjero a la sociedad de acogida y de la sociedad de acogida al extranjero, proceso en el cual el derecho al trabajo, la educación, el acceso a la atención sanitaria y a una vivienda digna, la promoción de la igualdad de oportunidades, son indudablemente centrales, como indudablemente se enmarcan en el ámbito de los que denominamos, desde el punto de vista teórico, *derechos sociales*.

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. 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 al diseño de la titularidad de los derechos fundamentales realizado por nuestra Constitución y desarrollado por las sucesivas leyes y reglamentos de extranjería aprobados desde el año 1978 y hasta la fecha, y el segundo al complejo sistema de reparto de competencias establecido entre Estado y Comunidades Autónomas por lo que hace a la materia migratoria.

Por lo que hace a la **PRIMERA CUESTIÓN**, la Constitución Española de 1978 (CE) no establece la igualdad absoluta entre españoles y extranjeros en lo que hace a la titularidad de los derechos fundamentales de manera expresa. 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 autonómicas, salvo que se naturalicen previamente (art. 13.2 CE), como tampoco podrán acceder a determinadas funciones y cargos públicos en la condición funcional (art. 56 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público), dimensión esta de la participación pública también contenida, como el derecho de sufragio, en el artículo 23 de la CE.

En segundo lugar, el artículo 14 de la 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».

social y políticas de solidaridad, 2005, págs. 359-384; LÓPEZ DE CEBALLOS, P.: «Derechos sociales y laborales de los inmigrantes», en *Migraciones: claves del intercambio entre Argentina y España*, 2005, págs. 105-112; LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Una mirada a los derechos sociales de los inmigrantes desde su dignidad», en *Estudios de derecho judicial*, núm. 76, 2005, págs. 23-52; TERRÁDEZ SALOM, D.: «Los derechos sociales de los extranjeros en los ordenamientos constitucional español y europeo de la teoría a la realidad», en *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 15, 2007, págs. 73-90; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (coord.): *Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea*, Murcia: Laborum, 2008. La monografía de GARCÍA VÁZQUEZ, S.: *El estatuto jurídico constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, 2007, recoge también capítulos sobre derechos sociales de sumo interés.

Por último, aunque quizá sea esta la característica más relevante en la configuración del estatuto jurídico del extranjero, se cede al legislador⁴ la responsabilidad de regular el régimen de ejercicio de los derechos de los no nacionales (art. 13.1 CE). Esta cesión ha sido articulada por el legislador en la elaboración de varias leyes de extranjería desde que se aprobara la primera en 1985 (LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España⁵).

Tras ese hito inicial habrá que esperar 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 que provocó la sucesión de dos leyes orgánicas de extranjería –inspiradas en filosofías diversas– en el plazo de unos pocos meses. Así se aprobaría la Ley Orgánica 4/2000 (en adelante LODYLE) sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, el 11 de enero del año 2000, y el 22 de diciembre del mismo año –con una mayoría parlamentaria diversa– la Ley Orgánica 8/2000, introduciría la condición de residencia para el ejercicio de algunos derechos fundamentales⁶. En las Sentencias 236/2007, 259/2007 y 260/2007, el Tribunal Constitucional (TC) 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 que se contiene, respecto de los derechos de reunión y manifestación, asociación y sindicación. En el interin entre la aprobación de la Ley Orgánica 8/2000 y los pronunciamientos del TC, se introdujeron dos nuevas modificaciones parciales a la LODYLE, a través de las Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre⁷,

⁴ No puede olvidarse, aunque por razones de espacio tampoco se puede entrar al detalle de esta cuestión, que junto a la legislación eminentemente nacional, existe una serie de tratados internacionales referidos, específicamente a los derechos de los inmigrantes. El instrumento más importante a este respecto es 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, instrumento no ratificado por España.

⁵ Desarrollan esta disposición legal los Reales Decretos 1119/1986, de 26 de mayo, y 155/1996, de 2 de febrero. Algunos de sus 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.

⁶ 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 LODYLE), reunión y manifestación (art. 7.1 LODYLE), tutela judicial efectiva en su dimensión, entre otras, de asistencia jurídica gratuita (art. 22.2 LODYLE) y para el acceso a derechos sociales como la sindicación (art. 11.1 LODYLE), la huelga (art. 11.2 LODYLE) y la educación no obligatoria de los menores, es decir, la comprendida entre los 16 y 18 años (art. 9.3 LODYLE). Por esta razón la LO 8/2000 será objeto de 9 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 8 sentencias del TC –uno de los recursos decayó por desistimiento de los sujetos legitimados que lo interpusieron, en concreto las Illes Balears–, aunque solo 3 de las 8 sentencias –la 236/2007, la 259/2007 y la 260/2007– incluyeron pronunciamientos innovadores (véanse SSTC 236/2007 y 259 a 265/2007, así como el comentario a estos pronunciamientos de GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. y VIANA GARCÉS, A.: «El puente está quebrado: reflexiones sobre las causas y consecuencias de la STC 236/2007», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 27, julio-septiembre de 2008, págs. 437-477).

⁷ Esta ley, 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 LODYLE. En materia de extranjería, los objetivos de esta reforma 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

y 14/2003⁸, de 20 de noviembre, esta última sometida también al examen del TC y pendiente aún de su pronunciamiento⁹. La siguiente revisión «global» de la ley no llegaría hasta el año 2009 (LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social). Esta, hasta ahora última reforma de la LODYLE, se apoyaba en tres causas fundamentales: la necesidad de incorporar a la ley orgánica la jurisprudencia del TC 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 todas las anteriores, también ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad, pendiente aún de sentencia, planteado 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, la LODYLE ha conocido ya tres reglamentos: el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, el Real Decreto 2393/2004¹⁰, y el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, en vigor desde el 30 de junio de 2011, que desarrolla la «última versión» de la LODYLE¹¹.

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.

⁸ Esta norma introduce modificaciones en la LODYLE, en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. En materia de derechos de los extranjeros modifica la 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.

⁹ El recurso pendiente es el RI 1024/2004 interpuesto por el Parlamento Vasco, que cuestionaba la constitucionalidad de la cesión de datos de los extranjeros por parte de 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 LODYLE, las reformas introducidas en la misma no alteran los problemas sustantivos planteados en este recurso de inconstitucionalidad.

¹⁰ Este ha sido objeto de dos reformas, una del año 2006 (RD 1019/2006, de 8 septiembre) circunscrita al artículo 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 2009 (RD 1162/2009, de 10 de julio), 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.

¹¹ Junto a la legislación «de extranjería» en sentido estricto también es preciso recordar 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 subsidiaria.

Con el marco constitucional apuntado, el TC no ha construido (quizá no ha podido) un estatuto igualitario entre españoles y no nacionales, sino que se ha limitado a reconocer, y dar por bueno, el hecho de que los inmigrantes pueden ver «modulado» el ejercicio de sus derechos fundamentales por la acción del legislador¹², y ha ido analizando, en la mayoría de los casos de forma sumamente casuística, los límites constitucionales a esa capacidad de modulación legislativa, que podría 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 la ubicación de los derechos a lo largo de esa horquilla resulta una clasificación que, desde el punto de vista didáctico, es útil e ilustrativa:

- 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 de la CE. La dificultad radica, en este caso, en definir qué derechos «pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano», es decir, qué derechos están más vinculados a la dignidad humana. En la Sentencia del TC 236/2007, el tribunal reconoce 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. Ahora bien, el tribunal intenta precisar los criterios para la determinación de la vinculación apuntada, y afirma 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, y 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 de la CE¹³.
- 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).

¹² Así el TC ha establecido que la regulación del artículo 13.1 de la CE 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 de la CE se reconocerán a los extranjeros con arreglo a su configuración legal (por todas, SSTC 99/1985 y 130/1995).

¹³ 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 haya 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 esta, a la asistencia jurídica gratuita. Véanse las SSTC 107/1984, 99/1985, 144/1990, 137/2000 y 95/2003.

- 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, como sucede en la tipología citada en el apartado a), existe un listado certero, ni siquiera uno suficientemente orientativo, aunque sí ha dicho de manera clara que los 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 ¹⁴, 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 ¹⁵, o con el derecho a la asistencia sanitaria ¹⁶.

Por lo que hace a la SEGUNDA CUESTIÓN problemática apuntada más arriba respecto de la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros, es preciso reconocer que el reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas dificulta la elaboración de una política nacional común de integración social de los inmigrantes, constatación que no lleva implícita una valoración sobre las ventajas o inconvenientes de tal política común, ni sobre la descentralización política en sentido más amplio.

La razón deriva de la compleja interpretación dada al artículo 149.1.2.^a de la 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 doctrina ¹⁷ en dos bloques materiales. El primer bloque, de competencia estatal tal y como se deduce de la lectura conjunta y la interpretación sistemática de los artículos 13, 137, 140 a 142 y 149.1.2.^a de la CE, integra el control de fronteras y la política de flujos, es decir, el establecimiento de los criterios de entrada y residencia; el régimen de nacionalidad; el diseño del estatuto jurídico básico de los inmigrantes o, dicho de otro modo, su régimen de titularidad de los derechos fundamentales; la colaboración 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 inmigrantes y la coordinación de los órganos de la Administración del Estado. La Ley Orgánica 2/2009 introduce un nuevo artículo 2 bis en la LODYLE, recogiendo por primera vez las competencias estatales de manera expresa a nivel legislativo.

El segundo bloque, materialmente identificable por afectar al ámbito denominado «integración social de los inmigrantes», sería competencia de las Comunidades Autónomas, quienes la ejercen con ayuda y colaboración de los municipios. Las Comunidades Autónomas que aún no han reformado sus Estatutos de Autonomía en el siglo XXI anclan su competencia en la conexión que las medidas de

¹⁴ STC 94/1993 y, en el mismo sentido, SSTC 242/1994 y 24/2000.

¹⁵ STC 107/1984.

¹⁶ STC 95/2000.

¹⁷ Se detiene particularmente en esta construcción MONTILLA MARTOS, J.A.: «Las funciones y las competencias de las Comunidades Autónomas en inmigración», en AJA, E., MONTILLA, J.A. y ROIG, E. (coords.): *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Valencia: Tirant lo Blanch, Institut de Dret Public, 2006, págs. 23-75.

integración tienen con competencias materiales estatutariamente asumidas¹⁸, como la asistencia social (art. 148.1.20.^a CE), la sanidad (art. 148.1.20.^a CE), la ejecución de la legislación laboral (art. 149.1.7.^a CE), el desarrollo y ejecución del régimen de la Seguridad Social, (art.149.1.17.^a CE), el desarrollo y ejecución del derecho a la educación (art.149.1.30.^a CE), etc. Por su parte, alguna de las Comunidades Autónomas que sí han reformado sus Estatutos desde el año 2006 ya han incluido uno o más títulos competenciales relativos a la cuestión migratoria, siendo tal el caso de los Estatutos de Cataluña (arts. 42 y 138)¹⁹, Andalucía (art. 62)²⁰, Aragón (arts. 29 y 57.6.^o)²¹, Valencia (arts. 10.3.3.^o y 59.5)²², Islas Baleares (arts. 16.3, 30.49 y 32.18)²³, Castilla y León (arts. 10 y 70.12.^o)²⁴, y Extremadura (arts. 7.17, 9.28, y 11)²⁵, siendo los más interesantes, por la innovación realmente profunda de su articulado, los tres primeros. Además de referirnos al reconocimiento estatutario, es preciso apuntar que el Parlamento catalán aprobó la Ley 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña. 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 por primera vez, o a quienes regresan a este territorio, desarrollando para ello un derecho de acceso al servicio de primera acogida²⁶.

A este complejo panorama normativo se superpone, además, el ámbito de lo municipal, caracterizado por un prolífico casuismo, por su alto interés en materia de buenas prácticas, y por la falta de cobertura constitucional de sus competencias en la materia²⁷. No puede olvidarse que los entes

¹⁸ Para profundizar en esta cuestión véase MONTILLA MARTOS, J.A. y VIDAL FUEYO, M.C.: «Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas», Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección Foro. *Inmigración y ciudadanía*, núm. 15, 2007.

¹⁹ La reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña ha sido aprobada por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, y declarada inconstitucional en unos pocos de sus preceptos por la STC 31/2010. Las competencias más específicas en materia de inmigración se contienen en el artículo 138 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, 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.

²⁰ Ley Orgánica 2/2007, de 19 marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

²¹ Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

²² Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

²³ Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears.

²⁴ Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

²⁵ Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

²⁶ 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 artículo 3 de la 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.^a de la CE». A juicio de la Defensora, la interpretación conforme que el TC hace en la STC 31/2010 del artículo 138.1 a) del Estatuto de Autonomía de Cataluña 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.

²⁷ 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

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 ²⁸.

En este contexto normativo y jurisprudencial, que nos ha permitido diseñar a grandes rasgos un Estatuto jurídico del extranjero que parte de la desigualdad con el nacional, y que modula la normativa estatal y autonómica, siendo particularmente dúctil en lo que hace al ejercicio de los derechos sociales, conectados íntimamente con las competencias autonómicas en materia asistencial, nos detenemos ahora, singularmente, en la titularidad y ejercicio de estos derechos sociales por parte de los inmigrantes, entendiendo que estos son una subcategoría dentro del gran colectivo de extranjeros, que se congrega en torno a su alto riesgo de exclusión social y, por tanto, en torno a sus potencialidades para quebrar la cohesión social.

2. EL ACCESO DE LOS INMIGRANTES A LOS SERVICIOS SOCIALES

El artículo 41 de la 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 cons-

competencias a los entes locales ha de buscarse en la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (arts. 2 ter, 6.4, 18, 42.5 y 68), en la Ley de Bases de Régimen Local (art. 25.1 principalmente) y en los Estatutos de Autonomía de cada Comunidad, aunque en realidad, de entre los «nuevos» Estatutos de Autonomía, solo 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.

²⁸ 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 inscrito (ALONSO MAS, M.J.: «Territorio y población», *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*, Civitas, Cizur Menor, 2005, pág. 320), con lo cual condiciona el acceso a ciertos derechos sociales. Por esta y otras razones que no pueden ser detalladas en este momento, 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 Síndic 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, fundamentalmente el derecho a la educación y a la asistencia sanitaria.

titucional 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 LODYLE²⁹ entre los servicios sociales básicos o generales y los especializados o específicos. De la dicción literal de este precepto se deduce que solo los servicios sociales básicos se reconocen a todos los extranjeros con independencia de cuál sea su situación administrativa. 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 LO 1/1996, Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor). 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 exclu-

²⁹ 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».

sión social, la acogida, etc. En cualquier caso, sí podría decirse que la prestación de servicios sociales se convierte en una «macrocompetencia» en la que se incluyen un buen número de acciones destinadas a lograr la cohesión social.

3. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS INMIGRANTES

El artículo 43.1 de la 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 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, 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) de la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud³⁰, por su parte, remite al artículo 12 de la LODYLE, que dibuja, junto con la legislación concordante y en materia de titularidad del derecho a la salud, el siguiente cuadro:

- Los extranjeros residentes 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 RD 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes)³¹.

³⁰ Es importante destacar que seguidamente el artículo 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 solo 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: por ejemplo, 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. Por último, el artículo 3.2 establece que «las Administraciones públicas orientarán sus acciones en materia de salud incorporando medidas activas que impidan la discriminación de cualquier colectivo de población que por razones culturales, lingüísticas, religiosas, sociales o de discapacidad, tenga especial dificultad para el acceso efectivo a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud».

³¹ En este sentido, GARCÍA VÁZQUEZ, S.: *El estatuto jurídico constitucional del extranjero en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

- Los residentes irregulares empadronados se acogerán al mismo régimen que los extranjeros residentes legalmente en España y que los españoles.
- Los residentes irregulares no empadronados no gozarán del derecho a la prestación sanitaria salvo en tres circunstancias:
 - a) 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 20 de enero, de ordenación de las prestaciones sanitarias).
 - b) Menores de 18 años que tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (art. 10.3 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, LO 1/1996, de 15 de enero).
 - c) Y embarazadas, quienes 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 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño ³²).

En el panorama señalado, 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 solo 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 expresión ³³), 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 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 de la Ley de Bases de Régimen Local 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 de la Ley Orgánica General de Sanidad ³⁴. Dentro de este marco normativo, son muchos los entes locales que

³² En el mismo sentido se pronuncia el artículo 12.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979.

³³ MALGESINI, G.: «Migraciones, sanidad y salud», en CLAVIJO, C. y AGUIRRE, M. (eds.): *Políticas sociales y Estado de bienestar en España: las migraciones*, Madrid: Fundación Hogar del Empleado, 2002, págs. 289-290.

³⁴ 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:

1. El control sanitario del medio ambiente: contaminación atmosférica, abastecimiento de aguas, saneamiento de aguas residuales, residuos urbanos e industriales.
2. Control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones.

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 sociosanitarias para inmigrantes; 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. EL SIEMPRE COMPLEJO PROBLEMA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA EXTRANJERÍA

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 LODYLE).

Partiendo de ese presupuesto sociológico, el marco jurídico constitucional viene dado por lo contenido en el artículo 27 de la Constitución, 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 públi-

3. 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.
4. 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).
5. Control sanitario de los cementerios y policía sanitaria mortuoria, importante también en relación con el control de ritos funerarios propios de culturas extranjeras.
6. 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.
7. Conservación y mantenimiento de los consultorios locales.

cos 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 Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), como en la LODYLE.

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 LODYLE, con lo cual, el reenvío nos obliga a analizar en detalle su artículo 9, ese análisis en detalle nos obliga a repasar los avatares asociados a la redacción del precepto. En su redacción original (la de enero del año 2000), este precepto³⁵ 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 vio sustancialmente limitado 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 España³⁶. Esto es, en la redacción vigente entre diciembre de 2000 y noviembre de 2007, el artículo 9.1 de la LODYLE garantizaba la igualdad entre los menores españoles y los menores extranjeros solo 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 significaba 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. Ciertamente es que este régimen no se aplicaba a los menores extranjeros no acompañados que, según el artículo 92.5 del Reglamento de Extranjería entonces en vigor, tendrían acceso a aquellas actividades o progra-

³⁵ La dicción literal del mismo era la siguiente: «1. Todos los extranjeros menores de 18 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».

³⁶ Lo hacía en estos términos: «1. Todos los extranjeros menores de 18 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 anterior 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».

mas de educación o formación que a criterio de la entidad de protección de menores competente redundaran en su beneficio. Pero el resto de menores veían su derecho a la educación limitado en el caso de no ser residentes legales, puesto que solo 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 5.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sentencia 1233/2004, de 4 de noviembre) 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 Orgánica 8/2000 planteados por distintas Comunidades Autónomas, recursos a los que ya hemos hecho referencia más arriba, y de entre los cuales 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 LODYLE.

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 14.^a, 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 TC, al resolver los recursos de inconstitucionalidad a que hemos hecho referencia, también avaló la posición «rebeldes» frente a la LODYLE y declaró inconstitucional, en la Sentencia del TC 236/2007, el artículo 9.3 de la misma en la redacción que le hubiera dado la Ley

Orgánica 8/2000. La reflexión del TC 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 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y el artículo 2 del Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 20 de marzo de 1952, 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 aquella 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».

Tras ello, en un salto lógico un tanto acrobático en el que se trae a colación la Sentencia del TC 86/1985, el tribunal afirma que la dimensión prestacional del derecho consagrado en el artículo 27.1 de la 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 artículo 27.1 de la 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 artículo 27.1 de la 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 artículo 1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (CEDH), "a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante". Esta expresión contenida en el artículo 1 del CEDH, interpretada conjuntamente con el artículo 14 del CEDH (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH–, 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 artículo 10.1 de la CE del derecho a la educación garantizado en el artículo 27.1 de la CE incluye el acceso no solo 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 18 años sin autorización de estancia o residencia acceder a la enseñanza secundaria 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 16 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 artículo 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por el artículo 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. Y es que a resultas de lo establecido por el Tribunal Constitucional en su sentencia, el legislador, a través de la Ley Orgánica 2/2009, da nueva redacción al artículo 9 de la LODYLE³⁷, resultando de esa nueva regulación que:

- 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 mayor 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.

³⁷ El precepto dice literalmente: «1. Los extranjeros menores de 16 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 18 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 18 años en el transcurso del curso escolar, conservarán ese derecho hasta su finalización. 2. Los extranjeros mayores de 18 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 18 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».

- La educación postobligatoria de los mayores de 18 años es reconocida solo 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 Sentencia del TC 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. Mientras algunas Autonomías han tomado 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 consideración³⁸, otra, particularmente la Comunidad Navarra representada por su Parlamento, ha decidido plantear recurso de inconstitucionalidad (RI 2085 2010) contra el artículo 9 de la LODYLE en la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, al entender que el hecho de que en el mismo solo 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 de la Constitución, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del TC 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 de la LODYLE 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 Sentencia del TC 236/2007? El recurrente cree que sí, y que tal respuesta conduce indefectiblemente a entender que el nuevo artículo 9.2 es inconstitucional. Cierto 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 TC puede deducirse:

- Que el derecho a la educación garantizado en el artículo 27.1 de la CE (donde no se introducen matices vinculados a la edad) corresponde a todos, nacionales y extranjeros regulares

³⁸ Como ejemplo el caso de 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 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en el sistema educativo. 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 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); 3. que los extranjeros mayores de 18 años podrán incorporarse 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).

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 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 de la 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 Sentencia del TC 236/2007, porque ni siquiera se planteó este problema. De hecho, en el último inciso del fundamento jurídico 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 Sentencia 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 Sentencia del TC 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 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 solo 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 solo 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 de la LOE relativo al equilibrio en la admisión de alumnos que «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», estableciendo «para ello la proporción de alumnos de estas características que deban ser escolarizados en cada uno de los centros públicos y privados concertados» y «garantizando los recursos personales y económicos necesarios a los centros para ofrecer dicho apoyo».

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 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 Autóno-

mas (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 ³⁹. 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 ⁴⁰.

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 Ley de Bases de Régimen Local y en los artículos 8.1 y 67 de la 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, 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 aparte de la lengua propia de la Comunidad Autónoma.

³⁹ En sentido contrario 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. Estas medidas son las siguientes: a) 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 periodo de preinscripción y matrícula, que no puede sobrepasar el inicio de curso; b) 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 por 100 del número de plazas escolares por grupo; c) 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; d) 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; e) 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.

⁴⁰ En este sentido se pronuncia el Síndic de Greuges en el informe al Parlamento catalán del año 2009.

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 «tomaran 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 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.

5. DERECHO AL TRABAJO Y LIBERTAD DE TRABAJAR

El artículo 35.1 de la 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 LODYLE 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 dé 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 claramente el artículo 36.1 de la LODYLE, «los extranjeros mayores de 16 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 artículo 40 de la 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 de 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 accedan a un puesto de trabajo. Esta justificación, además, se pone de relieve precisamente cuando la LODYLE 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.
- 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 ley lo prevé de este modo en el apartado 5 del mismo artículo 36 de la LODYLE: «La carencia de la autorización de residencia 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 4.^a,

de Madrid, de 11 de octubre de 2004); la prestación por incapacidad temporal (SSTSJ de Aragón, de 1 de abril de 2004; de Madrid, de 5 de septiembre de 2002) o la prestación por incapacidad permanente (STSJ de 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 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 Tribunal Superior de Justicia que estiman que ese tiempo no se computa a la hora de calcular el derecho a la prestación por desempleo (STSJ de Valencia, de 15 de julio de 2008) y Tribunales Superiores de Justicia que entienden que sí ha de computarse, una vez el extranjero ha accedido a la condición de residente legal (STSJ de Cataluña, de 8 de julio de 2008).

Este derecho tiene como correlato la obligación del empresario de cotizar por el trabajador, aunque sea irregular (STS, Sala 3.^a, 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 halla 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 de la LODYLE.

Esta situación imposible encuentra salida, en el ordenamiento español, a través de las regularizaciones (ordinarias) por motivos excepcionales. Así, el artículo 31.3 de la LODYLE, y el artículo 124 de su reglamento, aprobado por Real Decreto 557/2011, prevén la concesión de permisos de residencia por arraigo laboral o por arraigo social. En el primer caso, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo 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 seis meses. En el segundo, podrán acceder a un permiso de residencia temporal los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo 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 la Comunidad Autónoma 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 ejemplo, 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.

6. DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA

La Constitución establece en el artículo 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». Aunque el precepto se refiere solo a los españoles, la LODYLE alude al acceso a la vivienda como derecho de los extranjeros. Así el artículo 13 de la ley 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»⁴¹.

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 Ley catalana 18/2007, de

⁴¹ Sobre las especiales dificultades de los extranjeros para acceder a la vivienda véase PEREDA, C., ACTIS, W. y DE PRADA, M.A.: «Inmigración y vivienda en España», *Documentos del observatorio permanente de la inmigración*, núm. 7, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, págs. 76 y ss.

28 de diciembre, de derecho a la vivienda ⁴², desarrollada por 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 ⁴³; la Ley Foral 9/2008, de 30 de mayo, del derecho a la vivienda en Navarra ⁴⁴, y la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía.

Esta última disposición, posterior ya a la aprobación de la reforma de la LODYLE que da la redacción que hemos visto al artículo 13, afirma en su artículo 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 de la LODYLE. Además, en el caso de la legislación andaluza, 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 ins-

⁴² La ley actuará sobre la oferta de vivienda destinada a políticas sociales, en aras de evitar la segregación espacial de las clases más pobres; 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 definir 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 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) Y, por último, 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.

⁴³ Este reglamento establece 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 de 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 periodo mínimo de empadronamiento para acceder a este tipo de ayudas.

⁴⁴ 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 periodo mínimo de empadronamiento.

critas, salvo que el ayuntamiento, motivadamente, exija un periodo 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.

7. ¿QUÉ PODEMOS CONCLUIR?

La pregunta que nos planteamos es muy sencilla, ¿existen particularidades en el reconocimiento y ejercicio de los derechos sociales por parte de los extranjeros? La respuesta sin duda es positiva. Y se puede ir más lejos afirmando que el ejercicio de los derechos sociales recibe un trato particularmente restrictivo cuando sus titulares son los inmigrantes.

Según algunos autores⁴⁵, la fórmula de la vinculación de los derechos fundamentales a la dignidad humana, 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 es mucho mayor que la que posee al desarrollar los derechos fundamentales en 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 huelga, el derecho de sindicación y el derecho a la educación (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 1.ª 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, 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 de la CE y, por

⁴⁵ Por todos AZNAR LÓPEZ, M.: «Los derechos sociales de los extranjeros en España», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 8, 2001, págs. 129-174. 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.

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 de la CE, a cuya limitada titularidad ya nos hemos referido, y pasaríamos a la que nos ofrece el artículo 9.2 de la 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 efectiva ⁴⁶.

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 constitucional ⁴⁷, 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 se 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, ¿precisarían de este tipo de medidas los alemanes jubilados residentes en España, 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 solo pretende abrir la caja de Pandora teórica, pero no es fácil aprehender el problema, y quizá no sea conveniente hacer experimentos precisamente en este periodo constitucional porque, a mi juicio, las medidas de discriminación positiva han de contar con un respaldo sociopolítico que estaría ausente en este momento, de modo que la exploración de esas medidas seguramente provocaría un indeseado efecto *boomerang*.

⁴⁶ A este respecto resulta de sumo interés el trabajo de ESCOBAR ROCA, G.: «Vías constitucionales para la integración social de los inmigrantes», en ALBERTÍ, E. y GARCÍA ROCA, J.: *Treinta años de Constitución*, actas de la Asociación de Constitucionalistas de España, Tirant lo Blanch, pág. 675 a 694.

⁴⁷ Para muestra un botón: la constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que contiene clarísimas medidas de reintegración de la igualdad material ex artículo 9.2 de la CE, ha sido cuestionada en numerosas ocasiones ante el Alto Tribunal, siendo declarada constitucional en cada una de ellas, y particularmente en la Sentencia 59/2008, de 14 de mayo, replicada en varias sentencias desestimatorias posteriores (SSTC 164/2009, 166/2009, 167/2009, 178/2009, 201/2009, 202/2009, 203/2009 y 213/2009).