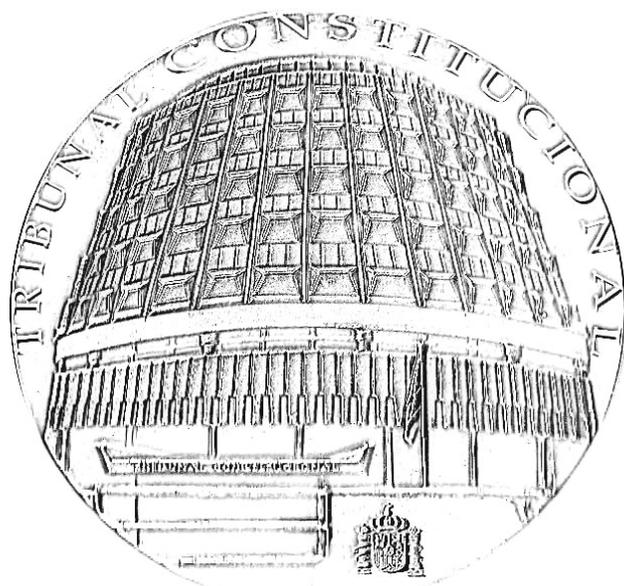


XVIII Conferencia Trilateral
6-8 de octubre 2016
Roma



**Prestaciones sociales
y ciudadanía**

España

**DERECHO A TENER DERECHOS: PARTICIPACIÓN Y COHESIÓN SOCIAL
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.
PRESTACIONES SOCIALES Y CIUDADANÍA**

ADELA ASÚA BATARRITA. VICEPRESIDENTA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
ESPAÑOL

ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ. LETRADA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

*ENCUENTRO TRILATERAL. TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE ITALIA, PORTUGAL Y ESPAÑA.
OCTUBRE 2016*

SUMARIO

**DERECHO A TENER DERECHOS: PARTICIPACIÓN Y COHESIÓN SOCIAL EN EL SISTEMA
CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.**

Prestaciones sociales y ciudadanía

Adela Asúa Batarrita. Vicepresidenta del Tribunal Constitucional Español

Itziar Gómez Fernández. Letrada del Tribunal Constitucional Español

***Encuentro Trilateral. Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España. octubre
2016***

Sumario

1.- Introducción

2.- La titularidad de los derechos en el texto de la Constitución de 1978

3.- La concreción de la titularidad de los derechos en las “leyes de extranjería”. El alcance de los límites a la titularidad.

4.- La limitación de los límites: la jurisprudencia constitucional sobre la titularidad de derechos fundamentales por los extranjeros

4.1.- El desarrollo de un canon de examen específico

4.2.- la compleja aplicación del canon: “clasificar” los derechos para justificar sus límites.

4.3.- Los derechos de “los otros”: configuración legal de los derechos propios de los extranjeros

5.- Ciudadanía, participación y exclusión política

6.- Ciudadanía, prestaciones e integración social

6.1.- Derecho a la educación

6.2.- Derecho a la salud

7.- La palabra del juez constitucional y la palabra del constituyente en la construcción de la ciudadanía

8.- Bibliografía



1.- INTRODUCCIÓN

HANNAH ARENDT formula la idea del derecho a tener derechos en la obra “Los orígenes del totalitarismo”, y lo hace en los siguientes términos:

Llegamos a ser conscientes de la existencia de un derecho a tener derechos (y esto significa vivir dentro de un marco donde uno es juzgado por las acciones y las opiniones propias) y de un derecho a pertenecer a algún tipo de comunidad organizada, sólo cuando emergieron millones de personas que habían perdido y que no podían recobrar estos derechos por obra de la nueva situación política global.

No podemos negar que, hoy, la Europa Occidental vuelve a ver emerger millones de personas que han perdido sus derechos por haber dejado de pertenecer a una comunidad organizada. Esas personas se agolpan a uno y otro lado de nuestras fronteras como metáfora de la lucha de Europa contra sí misma¹. Como realidad insostenible para la Europa de los derechos. Por eso las reflexiones de una de las mayores filósofas políticas del S. XX vuelven a interpelarnos porque nuestros ordenamientos constitucionales siguen construyendo el edificio de los derechos fundamentales sobre la base de la definición del “derecho a tener derechos”, sobre la base de la configuración de la titularidad de los derechos y, en esa configuración, se impone una visión “nacional” y no “transnacional” del sistema. La ciudadanía se vincula a la nacionalidad, y la ciudadanía es el herraje de enganche a los derechos fundamentales. A partir de ahí los ordenamientos se abren más o menos a la atribución de derechos a los no nacionales, pero esa apertura no lo es nunca en términos de igualdad absoluta. Así, quien pierde sus derechos por haber dejado de pertenecer a una comunidad organizada (voluntaria o involuntariamente) no los recupera en plenitud si no se incorpora a otra comunidad por la vía de la adquisición de la nacionalidad de esa comunidad receptora. Si la metamorfosis no se completa, no se puede ejercer plenamente el derecho a tener derechos. Y ese vínculo no parece responder a la idea de ciudadanía transnacional² que se ajusta mejor a la omnipresente noción del mundo globalizado, y que atiende con más acierto a lo que llamamos la “edad de los derechos”³.

Yendo de las reflexiones más generales y abstractas a las más concretas, hemos de asumir que, para entender cómo se define “el derecho a tener derechos” en el sistema jurídico español, es necesario realizar una descripción en perspectiva tridimensional, atendiendo a la descripción de la titularidad de los derechos fundamentales en el texto de la Constitución, en las sucesivas leyes de extranjería, y en la jurisprudencia constitucional. Cualquiera de las tres perspectivas nos habla de un “derecho a tener

¹ RODOTÁ, S., (2014) p. 45.

² Se habla también de la construcción de las identidades supranacionales o de ciudadanía de residencia.

³ RODOTÁ, S., (2014) p. 47.

derechos” condicionado por la nacionalidad, y que puede verse relativizado en virtud del derecho concreto sobre el que se proyecte.

Solo mirando a través del prisma que configuran estas tres dimensiones es posible entender cuál es el estatuto jurídico de los extranjeros en España, y cómo la titularidad de sus derechos adquiere una importancia teórica y práctica fundamental. Práctica porque somos frontera sur de Europa y eso nos obliga a dividirnos, de forma casi esquizofrénica, entre nuestro papel como garante de las fronteras de Europa y una preminente vocación universalista en la defensa de los derechos humanos. En demasiadas ocasiones, vivimos una de ellas actualmente, la situación política no facilita una aproximación dogmáticamente pura y lógica a las construcciones teóricas. Y eso sucede sin duda cuando hablamos del tema de la titularidad de los derechos fundamentales porque a la reflexión puramente intelectual sobre la evolución del constitucionalismo y de las garantías de los derechos en ese marco, se le une la reflexión o el discurso securitario defensivo de ese constitucionalismo y sus valores, una reflexión que en ocasiones se nos antoja abiertamente contraria a los valores mismos cuya defensa nos proponemos.

2.- LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS EN EL TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

La Constitución Española no establece un vínculo incontrovertido entre la noción de ciudadanía y la definición de la titularidad de los derechos fundamentales. Ello ha obligado a la jurisprudencia constitucional a tejer ese vínculo a partir de las previsiones contenidas en los arts. 11 y 13 de la Constitución, que formulan las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o, dicho de otro modo, los elementos que configuran la titularidad de los derechos constitucionalmente reconocidos.

El art. 11 CE, siguiendo los parámetros del constitucionalismo clásico, establece como pórtico de entrada a los derechos la posesión de la nacionalidad, siendo esta una condición de la que no puede ser privado ningún español de origen y cuya adquisición derivada será regulada por la ley, concretamente por el Código Civil (art. 22 CC). Y el art. 13 CE, modificando los precedentes históricos de forma notable⁴, admite que los extranjeros pueden quedar excluidos o no de la titularidad de los derechos constitucionalmente reconocidos en virtud de lo que establezcan los tratados internacionales y la ley. El precepto dice literalmente que *“los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”*.

A esta mención, necesitada de desarrollo jurisprudencial en el sentido que veremos, sigue una exclusión expresa al establecer la Constitución que solamente los

⁴ Para desarrollar en profundidad esta consideración sobre el constitucionalismo histórico y el tratamiento de los extranjeros en las Constituciones españolas desde 1812 véase GÓMEZ FERNÁNDEZ (2012), pp. 1958-1961.

españoles serán titulares de los derechos de sufragio activo y pasivo. Esta exclusión admite, no obstante una doble excepción: la existencia de un tratado o una ley que confiera el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales a quienes no tienen la condición de nacional, y el cumplimiento del criterio de reciprocidad de modo que en el país de origen del “no nacional” se reconozca el derecho de sufragio a los españoles.

Así pues, la Constitución Española reconoce e identifica al nacional y al extranjero como sujetos de derecho diversos, admitiendo que el segundo, por su condición de no nacional, verá definido su estatuto por la ley y los tratados y no directamente por la Constitución.

En paralelo, el texto constitucional no se refiere a la noción de ciudadanía europea, ausencia que se contextualiza en el marco de la total falta de mención del proceso de integración europeo como tal. El Tribunal Constitucional, en la Declaración 1/1992, de 1 de julio negó la posibilidad hermenéutica de asimilar la ciudadanía europea con la ciudadanía “nacional”, propuesta interpretativa planteada por el Gobierno que fue quien planteó el recurso previo de inconstitucionalidad resuelto en aquella Declaración. En aquel momento el Tribunal reconoció la existencia de un triple estatuto en lo que a la consideración de la titularidad de derechos constitucionales se refiere: el del nacional español, el de ciudadano comunitario y el de extranjero extracomunitario.

Partiendo de la constatación de que la Constitución no define quiénes son españoles, misión que compete al legislador tal y como establece el art. 11.1 CE, el Tribunal entiende que el art. 13 CE introduce reglas imperativas en relación con el reconocimiento de derechos constitucionales a favor de los no nacionales, siendo una de ellas la reserva a los españoles de la titularidad y el ejercicio de algunos derechos fundamentales que no pueden ser atribuidos a los extranjeros más que mediante la reforma de la Constitución.

La DTC 1/1992 también afirma que el legislador no puede soslayar la exclusión descrita a través de la creación de categorías particulares en relación con la nacionalidad. Así, se dice expresamente que el legislador de la nacionalidad debe definir quiénes son españoles, pero no puede manipular esa condición, “reconociéndola solamente a determinados efectos con el único objeto de conceder a quienes no son nacionales un derecho fundamental, que, como es el caso del sufragio pasivo, les está expresamente vedado por el art. 13.2 de la Constitución”. De esta afirmación se deduce que la “ciudadanía europea” que surge con el Tratado de Maastricht, cuyo ajuste a la Constitución es valorado en la Declaración del TC 1/1992 no es asimilable enteramente a la nacionalidad española.

Desde la posición descrita es fácil reconocer la existencia de un triple estatuto: el de nacional, el de ciudadano europeo, y el de ciudadano no comunitario. Cada uno será titular de un elenco determinado y preciso de derechos fundamentales. A saber:

- El nacional español, aquellos reconocidos en la Constitución y que las leyes desarrollarán desde un estricto respecto a su contenido esencial (art. 53.1 CE).

- El ciudadano (comunitario) europeo⁵, aquellos que le confieran los tratados fundacionales de la Unión, esto es, y visto en perspectiva, los contenidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o Carta de Niza (art. 6 TUE), y los que contempla la Constitución española para los nacionales, salvo el derecho de sufragio activo y pasivo para las elecciones autonómicas y a las Cortes Generales.

- El extracomunitario, esto es el extranjero en la acepción que resulta más reconocible del término hoy en día en nuestro imaginario político, aquellos derechos que le reconozcan los tratados internacionales y la ley, pero en particular esta última.

Volviendo a la idea de que la definición de la titularidad de los derechos fundamentales conforma la esencia de la actual reflexión sobre el alcance, eficacia y garantía de dichos derechos, es preciso detener la reflexión en los derechos que se proclaman de quienes ostentan un estatuto menguado, esto es los extranjeros no comunitarios. Tal preocupación nos lleva, como teóricos y como prácticos del derecho constitucional, a buscar y traer al debate las razones que justifican la diferenciación de estatus entre quien posee y no posee una condición, la nacionalidad, vinculada a algo que hoy –en este planeta globalizado– es tan aleatorio como el lugar de nacimiento propio o la nacionalidad de los progenitores de cada uno.

Esas razones, en la práctica, se expresan en la ley y se cuestionan en las sentencias constitucionales. Procedamos a su análisis.

3.- LA CONCRECIÓN DE LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS EN LAS “LEYES DE EXTRANJERÍA”. EL ALCANCE DE LOS LÍMITES A LA TITULARIDAD.

Emulando la terminología que habla de las edades de los derechos fundamentales, podemos decir que la legislación de extranjería en España ha pasado por también por “cuatro edades” o períodos, marcados por dos leyes orgánicas, una de ellas reformada sustancialmente en tres ocasiones, y cuyo objeto ha sido regular el régimen de extranjería desde dos ángulos: de un lado el diseño normativo de la política de flujos y por tanto del control de fronteras, y de otro la configuración del estatuto del extranjero, es decir, del elenco de sus concretos derechos y deberes en relación con su régimen migratorio.

⁵ El art. 1.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción dada por el apartado uno del artículo único de la 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, confirma la diferenciación normativa entre comunitarios y extranjeros, al establecer que “los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”.

La ley orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (LOEx) y la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LODYLE), son las dos normas que han configurado el estatuto jurídico de los extranjeros en España. Las dos han sido objeto de pronunciamientos del Tribunal Constitucional llamado a manifestarse sobre la constitucionalidad de la configuración de ese estatuto. A esos pronunciamientos haremos referencia de inmediato.

Pero una descripción somera del contenido de las leyes citadas se hace imprescindible para comprender, en su contexto, el alcance de los pronunciamientos del Tribunal y la configuración que se ha venido decantando, en nuestro ordenamiento, del “derecho a tener derechos”⁶.

a. La Ley Orgánica 7/1985⁷ regula por primera vez en una sola norma desde el Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, el estatuto de los no nacionales, en un contexto histórico en el que España era un Estado con un saldo migratorio positivo configurado en la década de los ochenta por “retornados”⁸. Si bien esta tendencia fue cambiando progresivamente acentuándose el flujo de migrantes de origen extranjero, pasarían algunos años y tendríamos que acercarnos al S. XXI para que el saldo migratorio positivo aumentase exponencialmente gracias a los inmigrantes económicos procedentes del norte de África (Marruecos fundamentalmente) y de algunos países de América Latina (Ecuador, Colombia, Bolivia...)

En este contexto inicial, la exposición de motivos de la Ley afirmaba su vocación por la universalización de los derechos y la equiparación entre nacionales y no nacionales. Tal equiparación partía de la proclamación contenida en el art. 4 LOEx al establecer que *“los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos”*, términos que determinaban que:

- Los derechos políticos de sufragio activo o pasivo y el derecho de acceder al desempeño de cargos públicos o que impliquen ejercicio de autoridad (art. 23 CE) no son titularidad de los extranjeros salvo lo relativo al derecho de sufragio activo en las elecciones municipales a los extranjeros residentes, en los términos y con las condiciones que establecidos por tratado o por ley bajo la premisa del respeto a las condiciones de reciprocidad (art. 5 LOEX)

⁶ Un análisis más exhaustivo sobre la evolución de la legislación de extranjería, centrada en la definición del estatuto jurídico de los extranjeros puede leerse en Aja, E. (2012), pp. 65 y ss.

⁷ Desarrollada por los Reales Decretos 1119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de ejecución de la ley orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985.

⁸ Según datos del INE entre 1981 y 1986 las entradas de retornados alcanzaban cifras de entre quince y diecinueve mil personas. Estos datos se encuentran en ROMERO VALIENTE (2004).

- La libertad de circulación y de elección de residencia (art. 19 CE) corresponde solo a los extranjeros regulares (art. 6 LOEX) que pueden ver condicionado este por razones de seguridad y en el sentido previsto en el precepto.

- Los derechos de reunión y manifestación (art. 21 CE) sólo corresponden a los extranjeros regulares (art. 7 LOEX) y la Administración podría prohibir su celebración de resultar “lesivas para la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los españoles”.

- El derecho de asociación sólo se reconoce a los extranjeros regulares (art. 8 LOEX), pudiendo ser suspendidas las actividades de asociaciones promovidas o integradas mayoritariamente por extranjeros cuando estuvieran en riesgo la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los españoles. El derecho de sindicación, como trasunto del derecho de asociación, y el correlativo derecho de huelga también se reconoce no sólo a los trabajadores extranjeros que se hallen legalmente en España (art. 10 LOEX)

- El derecho a la educación y a la libertad de enseñanza, así como el derecho de creación y dirección de centros docentes (art. 27 CE) se reconoce sólo a los extranjeros regulares (art. 9 LOEX)

En síntesis, la ley de extranjería de 1985 condiciona el ejercicio de determinados derechos fundamentales a la regularidad de la situación administrativa del extranjero. El Tribunal Constitucional, que se pronunciaría sobre esta Ley a instancias del Defensor del Pueblo en la Sentencia 115/1987, de 7 de julio, y que declarararía inconstitucionales, entre otros, parte del art. 7 y el art. 8.2 de la Ley, no se cuestionará sin embargo la condición de regularidad administrativa como determinante del estatuto del extranjero, es decir como criterio definidor de su condición de titular o no de determinados derechos, sino que se limitará a analizar el alcance de las limitaciones adicionales impuestas al ejercicio del derecho por los extranjeros “regulares”.

b. La norma de 1985 será reemplazada por la Ley Orgánica 4/2000 (LODYLE) que se aprueba en un contexto histórico muy diferente, concluida una década de los 90 caracterizada, desde el punto de vista demográfico, por verificar un crecimiento exponencial del número de migrantes originarios de otros países. El número de extranjeros en 1988 era de 25.000 personas y en el año 2001 la cifra giraba en torno a las 400.000 personas. Dicho en otros términos, la década de los 90 es la del cambio de tendencia, la que hace que España deje de ser un país de emigrantes para convertirse en un país de tránsito y de destino de los movimientos migratorios con origen en América Latina y en África principalmente. Razones geográficas y culturales explican este fenómeno sin excesivas dificultades⁹.

⁹ En todo caso, para profundizar en la cuestión puede acudir al texto coordinado POR AJA, E. Y ARANGO, J. (2006), pp. 86 y ss.

La LODYLE, reformada hasta la fecha hasta en 19 ocasiones, si bien se habla de tres grandes transformaciones¹⁰, se aprueba al final de la VI Legislatura y será sustancialmente modificada en el mismo año 2000, iniciada ya la VII Legislatura y habiendo sido alteradas tras la convocatoria electoral las mayorías parlamentarias. La redacción original de la LO 4/2000 proclama la igualdad entre españoles y extranjeros en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución (art. 3 de la Ley Orgánica). A partir de esa proclamación la Ley individualiza algunos de esos derechos para definir de forma taxativa la titularidad de los mismos y modificar el modelo anterior con carácter expansivo. Además, por primera vez, se incluirán en la “ley de extranjería” derechos de claro contenido prestacional que la Constitución coloca entre los principios rectores de la política social y económica¹¹.

Pero lo más relevante es que se reconoce a los extranjeros que se hallen en España, independientemente de su situación administrativa, la titularidad del derecho a la libertad de circulación y a la elección de residencia (art. 5 LODYLE)¹², de las libertades de reunión y manifestación en idénticas condiciones a las que se prevé para los nacionales (art. 7 LODYLE), de la libertad de asociación con la salvedad de que sólo podrán ser promotores de asociaciones los extranjeros residentes (art. 8 LODYLE), del derecho a la educación para los menores de 18 años, lo que incluye “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” (art. 9 LODYLE). Por lo que hace al derecho a la educación no obligatoria también se equipara a los extranjeros y a los españoles en lo relativo a las condiciones de ejercicio. Se exige, no obstante, la residencia, para acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica, y a la creación y dirección de centros. Los derechos laborales, esto es el derecho al trabajo y a la seguridad social (art. 10 LODYLE), el acceso al empleo público en régimen no funcionario (art. 10 LODYLE) y la libertad de sindicación y huelga (art. 11 LODYLE), son reconocidos a los extranjeros siempre que cumplan las condiciones que establece la ley

¹⁰ Se reconocen como reformas sustanciales de la Ley Orgánica 4/2000 las que introduce la LO 8/2000, la LO 14/2003, la LO 2/2009 y, posteriormente y con un alcance menor en realidad, la LO 10/2011.

¹¹ Son los derechos o principios contenidos en el Capítulo III del Título Primero de la Constitución, catalogados literalmente así, como “principios rectores de la política social y económica” y que recogen algunos derechos sociales de corte prestacional (art. 39 protección de la familia y de los hijos; art. 41 mantenimiento de un sistema de seguridad Social; art. 42, garantía de los derechos de los trabajadores españoles en el extranjero; art. 43 derecho a la protección de la salud; art. 44, derecho de acceso a la cultura; art. 45, derecho a un medio ambiente adecuado; art. 46, derecho a la conservación del patrimonio; art. 47, derecho a la vivienda, art. 50, derecho a las pensiones; art. 51, derechos de los consumidores y usuarios; art. 52 garantía de la existencia de organizaciones profesionales) y algunos principios orientadores de la actividad de las políticas públicas (art. 40, promoción del progreso social y económico y redistribución de la renta, orientación al pleno empleo; art. 48, promoción de la participación de la juventud e la sociedad, art. 49, promoción de los derechos de las personas con diversidad funcional).

¹² Reconociéndose en el apartado segundo del mismo precepto la posibilidad de establecer “medidas limitativas específicas cuando se acuerden en la declaración de estado de excepción o sitio en los términos previstos en la Constitución, y excepcionalmente de forma individualizada por el Ministro del Interior por razones de seguridad pública”.

respecto a la posesión del permiso de trabajo. El derecho a la asistencia sanitaria (art. 12 LODYLE) sólo exige la inscripción en el padrón de habitantes, y no la condición de regularidad administrativa, y se exime de la obligación de inscripción a los menores, a las mujeres embarazadas durante el embarazo, parto y postparto, y a los solicitantes de asistencia de urgencia. La titularidad del derecho a las ayudas en materia de vivienda (art. 13 LODYLE), ligeramente distinto del derecho a la vivienda que recoge el art. 45 CE, se atribuye a los extranjeros residentes y a los inscritos en el padrón, mientras que el derecho a la a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social es conferido por el art. 14 LODYLE a los extranjeros residentes, a quienes se reconoce también el acceso a los servicios y a las prestaciones sociales generales y específicos, restringiendo el acceso a los servicios y prestaciones sociales básicas a los extranjeros irregulares¹³ (art. 14.3 LODYLE).

c. La Ley Orgánica 8/2000 retorna en parte al modelo de la ley de 1985, pasada por el tamiz de la jurisprudencia constitucional, en el sentido de exigir la condición de la residencia legal para acceder al disfrute de 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), huelga (art. 11.2 LODYLE)¹⁴, educación no obligatoria de los menores (art. 9.3 LODYLE).

Esta Ley Orgánica será objeto de nueve recursos de inconstitucionalidad, que el Tribunal Constitucional resolverá en ocho sentencias¹⁵ de las que tres recogen pronunciamientos innovadores: las sentencias 236/2007, 259/2007 y 260/2007 siendo las demás (SSTC 261 a 265/2007) mera reiteración de doctrina. Sobre la base de un razonamiento que expondremos más adelante, estas sentencias declararían inconstitucional y nula la imposición de la condición de residencia “legal” para definir la titularidad de los derechos a la educación, huelga y asistencia jurídica gratuita, y meramente inconstitucionales los preceptos relativos a la titularidad condicionada de los derechos de reunión y manifestación, asociación y sindicación.

En el año 2003, una nueva reforma, introducida por las Leyes Orgánicas 11/2003 y 14/2003, contestada esta última por un nuevo recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento Vasco, vendría a afectar nuevamente al estatuto jurídico de los extranjeros en lo que a titularidad de los derechos se refiere. La LO 14/2003 reformará el procedimiento de reagrupaciones familiares para evitar las reagrupaciones

¹³ Adoptamos la noción de irregularidad que se contiene en la Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, siendo conscientes de que es un texto que, si bien no ha sido ratificado por España, es referente internacional en materia de derechos de las personas migrantes.

¹⁴ GÓMEZ FERNÁNDEZ (2012), p. 1976.

¹⁵ El ATC 29/2006 recoge el desistimiento del recurso planteado por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

en cadena, y establecerá un régimen particular en materia de protección de datos de los extranjeros, de un lado obligando a los transportistas a ceder a la Administración los datos sobre los viajeros que utilicen sus servicios para entrar en territorio nacional, y de otro permitiendo el acceso de los cuerpos y fuerzas de seguridad (Dirección General de la Policía) a los datos del padrón de habitantes, sin necesidad de autorización previa de los inscritos. Esta y otras cuestiones serán resueltas por la STC 17/2013, de 31 de enero.

d. La cuarta edad del régimen de extranjería viene dada por la tercera gran reforma de la Ley Orgánica 4/2000. **Esta reforma se contiene en la LO 2/2009** y viene marcada por la necesidad de ajustar la ley a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional del año 2007, aunque la exposición de motivos apela como causas de la reforma a otras dos: la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento las Directivas comunitarias en materia migratoria pendientes de trasposición, y la voluntad de adaptar el ordenamiento a la nueva realidad migratoria de España¹⁶.

4.- LA LIMITACIÓN DE LOS LÍMITES: LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA TITULARIDAD DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR LOS EXTRANJEROS

4.1.- EL DESARROLLO DE UN CANON DE EXAMEN ESPECÍFICO

Si bien el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de extranjería no puede “periodificarse”, como hemos hecho al exponer la legislación, tampoco puede obviarse el hecho de que el Tribunal Constitucional ha sido llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de cada una de las leyes de extranjería que conforman lo que hemos denominado las “edades” de la legislación sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Asimismo el Tribunal se ha pronunciado, a través de sentencias resolutorias de distintos recursos de amparo, sobre supuestos concretos en que se ventilaba la cuestión de la titularidad de derechos fundamentales por parte de personas de origen extranjero.

En ese devenir jurisprudencial el Tribunal Constitucional ha hecho un esfuerzo para crear categorías que le permitan resolver la cuestión jurídica de fondo relevante: ¿es posible limitar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas de origen extranjero por el hecho de serlo o por el hecho de que detenten o no determinada situación administrativa?

Lo paradójico del esfuerzo del Tribunal es que ha desarrollado un método y un sistema argumental específico para analizar los casos en los que el problema de fondo se

¹⁶ La norma de desarrollo de la LODYLE es el Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009 (en su redacción dada por el Real Decreto 844/2013, de 31 de octubre).

refiriera a introducción de límites a la titularidad de derechos fundamentales por parte de los “no nacionales”. Dicho en otros términos, para resolver si es constitucionalmente legítimo o no introducir diferencias entre españoles y extranjeros en el diseño de la titularidad de los derechos, el Tribunal formula una construcción teórica específica y distinta de la desarrollada en relación con los límites a los derechos fundamentales en sentido general y prescindiendo de quienes sean los titulares de los mismos. Por tanto se elaboran desde la jurisprudencia constitucional una serie de categorías propias y separadas para hablar de los límites al ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros. Así, el Tribunal va a justificar o no la diferencia de trato, desde la paradoja de la diferenciación teórica.

Por tanto, el estándar para analizar el ajuste constitucional de la limitación de los derechos fundamentales en general (o lo que es lo mismo en este caso, cuando los límites afectan a los ciudadanos españoles) no será el mismo –salvo excepciones muy concretas¹⁷- que el que se aplica para verificar la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos de que son titulares los extranjeros.

Así, el canon genérico se construye sobre la afirmación de que es posible limitar el alcance de los derechos fundamentales siempre y cuando la limitación supere un canon de control básico conformado por tres presupuestos: que el límite esté legalmente previsto, que persiga una finalidad constitucionalmente legítima y que responda al cumplimiento del principio de proporcionalidad, cuya verificación exige, a su vez, comprobar el cumplimiento de tres requisitos en este orden: que la medida restrictiva sea idónea o adecuada para la consecución de los fines que persigue, que sea necesaria en el sentido de que no pueda identificarse fácilmente otra medida menos restrictiva de derechos, y que se trate de una medida proporcionada en sentido estricto entre el alcance de la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, de otro (doctrina contenida, entre otras, en la STC 60/2010).

En cambio, el canon aplicable a los límites que condicionan el ejercicio de derechos por parte de los no nacionales es distinto. Si bien se parte de la misma aceptación inicial a la introducción de límites, en este caso se matiza admitiéndose la limitación, no ya del ejercicio, sino de la propia titularidad de los derechos fundamentales en razón de la nacionalidad del titular del derecho. A partir de ahí, el Tribunal asume la posición preminente del legislador en el diseño de los límites, afirmándose que los derechos que garantiza el Título I de la Constitución a los extranjeros se reconocen con arreglo a su configuración legal (por todas SSTC 99/1985 y 130/1995).

¹⁷ Esas excepciones vienen dadas por el juicio al que se someten los límites al derecho a la protección de datos personales, en la STC 17/2013, y al derecho a la huelga en la STC 259/2007. Véanse las notas al pie núm. 18 y 20.

La consideración precedente, aunque podría hacerlo, no da paso a la aplicación del canon genérico aplicable para controlar la limitación que puede formular el legislador sobre los derechos fundamentales en el desarrollo de su función normativa. En su lugar, el Tribunal formula una categorización previa de los derechos fundamentales en virtud de quienes pueden ser excluidos o no como titulares de los mismos. Esa categorización se decanta en una triple clasificación ya desde la STC 107/1984, la primera que se refiere a la cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros:

a) La primera categoría viene integrada por los derechos a los que no pueden acceder en ningún caso los extranjeros porque así lo dispone la propia Constitución, citándose entre ellos el derecho de sufragio en las elecciones nacionales y autonómicas (art. 13.2 y 23 CE) y el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 23 CE).

b) En un segundo grupo se incluirían los derechos que son predicables de todas las personas y por tanto abiertos a su disfrute por parte de los extranjeros en condiciones plenamente equiparables a las de los españoles. Estos derechos son los que pertenecen a la persona en cuanto tal, por estar asociados directamente a la dignidad humana que contempla el artículo 10.1 CE y los extranjeros, sea cual sea su condición administrativa, no pueden verse privados de la titularidad de los mismos. En su caso, las limitaciones aplicables al ejercicio de estos derechos serán las mismas que se proyecten a los derechos de que son titulares los españoles. La STC 107/1984, dejó sentado que los derechos titularidad de los extranjeros, por más que debieran considerarse derechos constitucionales, son en su contenido derechos de configuración legal. Y a partir de esa consideración, el Tribunal entiende que, para los derechos de este grupo, se permite al legislador prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular. La consecuencia inmediata es que se produce, en relación con los derechos ubicados en este grupo, una completa igualdad entre españoles y extranjeros.

Esta doctrina vendrá a matizarse en la STC 236/2007, que reconoce expresamente que todos los derechos son inherentes a la dignidad humana, sin perjuicio de que sea posible reconocer la existencia de diversas graduaciones en la conexión entre dignidad y derechos¹⁸. Así los derechos más estrechamente conectados a la dignidad humana, esto es los integrados en este segundo grupo, no admitirán condiciones que limiten su ejercicio por parte de los extranjeros.

c) Y en la tercera sección se incluirán todos los derechos cuya titularidad por parte de los extranjeros puede ser limitada sobre la base de la ausencia de la ciudadanía, siempre que dicha limitación se contenga en los tratados o en la ley. Dicho en otros

¹⁸ Quizá sería interesante, en este punto, acudir a las reflexiones de RODOTÀ sobre la dignidad como principio, unas reflexiones que hablan de la obligaciones de saldar cuentas con la indeterminación y que se contienen en RODOTÀ S. (2014), pp. 179 y ss.

términos, la libertad de configuración del legislador, mayor en este caso, permite a este “introducir la nacionalidad como elemento para la definición del supuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica establecida” (STC 107/1984, FJ 3).

Ahora bien, en relación con esta tercera tipología, el Tribunal no da respuesta completa al problema del alcance de los límites con la sola mención de que estos pueden basarse en la ausencia de la condición de ciudadano. La cuestión pasa a ser, en este punto, hasta donde es posible extender esos límites cuya razón de ser bascula bien sobre la condición de “no nacional”, bien sobre la condición de “no regular”, es decir de ausencia de autorización administrativa para permanecer en territorio nacional.

Y la respuesta evita de nuevo acudir al canon genérico aplicable a la limitación de derechos. En esta ocasión, y desde la STC 144/1990, se establece que el legislador puede establecer condiciones al ejercicio de los derechos por parte de los extranjeros siempre que esas condiciones no afecten directamente al contenido esencial de los mismos. Ahora bien, la determinación de la afectación directa no es tan sencilla, y la jurisprudencia en este punto vuelve de nuevo sobre la idea de preservación de la dignidad y de determinación del grado de conexión entre el derecho fundamental y la garantía de la dignidad humana. Dado el alto grado de indeterminación de tal ejercicio interpretativo el Tribunal, en la STC 236/2007, busca aclarar el parámetro y establece que, para realizar la identificación que se apunta es preciso acudir a instrumentos hermenéuticos como el análisis de la literalidad del texto constitucional o el recurso a los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que sea parte España, es decir, el recurso a la pauta interpretativa apuntada en el artículo 10.2 CE.

4.2.- LA COMPLEJA APLICACIÓN DEL CANON: “CLASIFICAR” LOS DERECHOS PARA JUSTIFICAR SUS LÍMITES.

Siendo la categorización relativamente clara, y sabiendo que esta se aplica salvo contadas excepciones siempre que se trata de resolver las dudas sobre la limitación en la titularidad de los derechos de los extranjeros, lo es mucho menos la individualización de los derechos que han de ubicarse en el segundo y el tercer grupo. Esta dificultad se agudiza si tenemos en cuenta que el Título I de la Constitución española distingue entre derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 15 a 29 CE), derechos y deberes de los ciudadanos (arts. 30 a 38 CE) y principios rectores de la política social y económica (arts. 39 a 52 CE), atribuyendo a cada una de las secciones un sistema de garantías específico y reconociendo al legislador un margen mayor de actuación cuanto mayor carga prestacional contemplan los derechos.

Estas y otras razones, vinculadas quizá al respeto estricto al principio de justicia rogada en la jurisdicción constitucional, justifican que el tribunal no haya elaborado un elenco cerrado atribuyendo cada uno de los derechos fundamentales contenidos en el Título I de la Constitución a uno u otro grupo, más allá de la expresa alusión constitucional

a los derechos de participación política y su vinculación indefectible –con los matices que veremos- con la posesión de la nacionalidad española. Dicho de otro modo, existiendo un canon metodológicamente claro, el mismo no se ha proyectado aún a la totalidad de los derechos constitucionalmente proclamados, de modo que sólo podemos clasificar en el segundo o en el tercer grupo aquellos derechos –que no son ni mucho menos todos- sobre los que ha existido un pronunciamiento específico del Tribunal Constitucional¹⁹.

Así, la jurisprudencia constitucional incluye en el segundo grupo, igualando en su disfrute a españoles y extranjeros, el:

- Derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE), el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), y la libertad ideológica (art. 16 CE), incluidos con carácter general y abstracto en este grupo por la STC 107/1984.
- Derecho a la libertad y la seguridad (art. 17 CE, SSTC 115/1987 y 17/2013 y jurisprudencia allí citada), con la correlativa garantía de habeas corpus (entre otras SSTC 169/2006, 259/2006).
- Derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE, STC 17/2013)²⁰.
- Derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE, SSTC 236/2007 y 115/1987).
- Derecho de asociación (art. 22, SSTC 236/2007 y 115/1987).
- Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE, SSTC 107/1984, 99/1985, 115/1987, 94/1993 y 236/2007), y dentro de esta, a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003 y 236/2007)²¹.
- Derecho a la educación (art. 27 CE, SSTC 236/2007 y 155/2015).
- Derecho de sindicación (STC 236/2007) y el derecho de huelga (art. 28 CE, STC 259/2007²²).

¹⁹ Intenta realizar tal proyección GOIG MARTÍNEZ, J.M. (2004), pp. 89 y ss.

²⁰ En este caso, la sentencia 17/2013 no aplica el canon propio de la extranjería, sino que proyecta, contra el criterio generalmente aceptado, el canon específico de la limitación del derecho a la protección de datos personales, es decir aplica a este caso el canon formulado en la STC 292/2000.

²¹ A este respecto véase GÓMEZ FERNÁNDEZ (2009)

²² Vale la pena matizar una cuestión en relación con el ejercicio del derecho de huelga. La sentencia de referencia en este caso, esto es la STC 259/2007 prioriza la dimensión de trabajador sobre la dimensión de la situación administrativa del inmigrante, y es tal condición de trabajador la determinante para definir la titularidad del derecho, rompiéndose, de algún modo, la lógica imperante en la aplicación del canon al que se viene haciendo referencia. Dice literalmente el FJ 7 de la sentencia: “Ese concepto de trabajador, relevante para la determinación del ámbito subjetivo del derecho de huelga, ha de entenderse, en línea con lo que ya hemos afirmado en la STC 236/2007 (FJ 9) en relación con el derecho a la libertad sindical del trabajador extranjero, en su caracterización material, independientemente de la legalidad o ilegalidad de situación, de suerte que en ella ha de incluirse a todo aquel que presta sus servicios retribuidos

Se cuentan entre los del tercer grupo, esto es, entre los que admiten limitaciones específicas asociadas a la condición nacional de sus titulares:

- El derecho a la igualdad (art. 14 CE), que es interpretado por el Tribunal Constitucional atendiendo a la dicción literal del art. 14 CE, que se refiere en exclusiva a los españoles, de modo que “son éstos quienes, de conformidad con el texto constitucional, «son iguales ante la Ley», y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros” (STC 107/1984, FJ 3).

- El derecho a la libertad de residencia y de desplazamiento (art. 19 CE²³), en la medida en que los extranjeros sólo gozan del derecho a residir en España en virtud de autorización concedida por autoridad competente, de conformidad con los Tratados internacionales y la ley (SSTC 99/1985, 94/1993 242/94 y 24/2000 y Declaración de 1 de julio de 1992).

- El derecho al trabajo afirmándose que no existe tratado alguno que imponga la igualdad de trato entre españoles y no españoles en el acceso al trabajo (STC 107/84).

- El derecho al mantenimiento y acceso al sistema público de Seguridad Social (art. 41 CE) (STC 95/2000).

- El reconocimiento del derecho a la salud (art. 43 CE) (SSTC 95/2000, 139/2016).

Pero ¿qué sucede con todos los demás derechos constitucionalmente reconocidos? ¿Qué pasa con el derecho a la libertad religiosa y de culto (art. 16 CE), el derecho al honor y la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones (art. 18), la libertad de expresión, el derecho a la información, la libertad de creación artística o la libertad de cátedra (art. 20 CE)? ¿Qué apuntar sobre los derechos y deberes contenidos en la Sección 2ª del Título I? Y la respuesta no será más sencilla si nos adentramos en los principios rectores de la política social y económica contenidos en el Capítulo 3º del Título I CE ¿Qué podemos decir entonces sobre los derechos de intenso contenido prestacional? ¿Qué del derecho a la vivienda (art. 47 CE), a la cultura (art. 44) o al medio ambiente (art. 45 CE)?

por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona. Siendo ello así no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores extranjeros, aunque la anterior situación resulte exigible para la celebración válida de su contrato de trabajo”.

²³ El art. 19 CE establece literalmente que “Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”.

El propio Tribunal ha reconocido, lo hizo en la STC 236/2007, que no es sencillo establecer la existencia o inexistencia del vínculo entre dignidad y derechos que la primera jurisprudencia constitucional apuntaba, y ello porque lo que caracteriza a los Derechos Fundamentales es, precisamente, su existencia como mecanismo de garantía de la dignidad humana. Esa dificultad, sin duda, es la que ha llevado al Tribunal a huir de la elaboración apriorística de una clasificación exhaustiva de los derechos fundamentales que puedan llegar a integrarse en uno u otro grupo. Por eso se ha ido resolviendo la adscripción caso a caso, bien en respuesta al planteamiento de recursos de amparo, lo que conduce a formulaciones mucho más apegadas al supuesto concreto, bien en contestación a recursos de inconstitucionalidad contra las leyes de extranjería, pronunciamientos en los que se identifica mayor grado de abstracción.

Pero, seas cuales sean las razones que justifican el desarrollo de la jurisprudencia anterior, y sean las que sean las que justifican que dicha jurisprudencia permanezca aún abierta, lo cierto es que la misma genera algunos problemas prácticos y teóricos que han sido puestos de relieve por la doctrina académica²⁴.

En el plano teórico el Tribunal no ha explicado nunca por qué razón desarrolla un canon específico respecto del control de los límites al ejercicio de los derechos en función de la titularidad de los mismos, y ello genera dudas y perplejidad en la doctrina que ve como a la triple clasificación constitucional que diferencia entre derechos fundamentales, derechos constitucionales y principios rectores de la política social y económica y que, de por sí, no responde con exactitud a la dicotomía más clásica y consolidada entre derechos civiles y políticos y derechos económicos sociales y culturales (o entre derechos de libertad y derechos de prestación), se complica con una triple clasificación adicional que, de forma transversal, reclasifica los derechos en función de si es la Constitución o la ley (entiéndase por tal ley en sentido estricto o tratados) quien define quienes son sus titulares.

Y desde la perspectiva práctica la crítica resulta evidente, y ya ha sido apuntada: es complicado, y al propio Tribunal no se le escapa esta complejidad tal y como reconoce en la sentencia 236/2007, establecer una gradación de la conexión entre dignidad humana y derechos, en particular si se parte de una perspectiva universalista de los derechos fundamentales inspirada en el derecho internacional de los derechos humanos. A mayor abundamiento el recurso al art. 10.2 CE como guía interpretativa no es realmente útil en este caso para calibrar el grado de conexión entre dignidad y derechos porque este precepto remite como parámetro interpretativo de constitucionalidad a textos que, rara vez, por su propia idiosincrasia como documentos de derecho internacional de los derechos humanos, fijan vínculos entre la titularidad de los derechos y la condición nacional de sus titulares.

²⁴ Por todos AJA, E (2012), p. 314 y ss. y GOIG MARTÍNEZ, J.M. (2004), pp. 83 yss.

La catalogación de derechos en que concluye la jurisprudencia constitucional, a la que se sujetan las leyes de extranjería, lleva aparejada como consecuencia la exclusión de los extranjeros “irregulares” de los derechos clasificados en el tercer grupo. Así, se exige la residencia legal para acceder al derecho al trabajo y a la Seguridad Social (art. 10 LODYLE), a la asistencia sanitaria (art. 12 LODYLE), a las ayudas en materia de vivienda (art. 13 LODYLE), al derecho a las prestaciones y servicios de la seguridad social (art. 14.1.2 LODYLE), al derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar del art. 16 LODYLE, y al derecho a la reagrupación familiar que abordaremos inmediatamente (art. 17 LODYLE). El vínculo entre ciudadanía y titularidad de los derechos queda aquí en parte desdibujado, puesto que la exclusión viene determinada por la condición administrativa. No obstante, resulta evidente que la situación de irregularidad solo es predicable de un “no nacional”, de un “no ciudadano”, de modo que el vínculo desdibujado normativamente, existe en cualquier caso y refuerza el argumento securitario que sustenta la exclusión de aquel que no ha sido llamado, ni aceptado en el territorio sobre el que la Constitución actúa²⁵.

4.3.- LOS DERECHOS DE “LOS OTROS”: CONFIGURACIÓN LEGAL DE LOS DERECHOS PROPIOS DE LOS EXTRANJEROS

Mención aparte merecen los “derechos” que, por su propia naturaleza o por expresa proclamación constitucional, son de titularidad exclusiva de los extranjeros, derechos que, pese a tener cierto anclaje constitucional, no son, en ningún caso, reconocidos como derechos fundamentales. Hablamos del derecho de asilo, del derecho a la reagrupación familiar y de las garantías contra las expulsiones colectivas.

a) El derecho de asilo

El art. 13.4 CE determina que “la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”. Nuestra jurisprudencia, atendiendo a la dicción literal del precepto, ha establecido que el de asilo, es un derecho de configuración legal, es decir, que no puede ser catalogado como derecho fundamental por expresa voluntad constituyente, y atendiendo a la ubicación sistemática del precepto en el texto constitucional (Capítulo I del Título I: “De los españoles y los extranjeros”). Esta proclamación, contenida de forma expresa en el FJ 4º de la STC 53/2002, supone un condicionante del alcance de la propia doctrina del Tribunal Constitucional sobre la cuestión del asilo, porque al negarle la naturaleza de derecho fundamental y situarlo en la esfera de la legalidad ordinaria, se está desplazando

²⁵ GARCÍA SAN JOSÉ, D. (2006), p. 63, afirma que la exclusión basada en la irregularidad administrativa es contraria al art. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos si de esa distinción se deriva una diferenciación en cuanto al ejercicio de derechos y libertades reconocidos en el Convenio Europeo.

a los Tribunales ordinarios la competencia para conocer los problemas jurídicos vinculados a la aplicación del mismo, dando prueba de ello la extensa jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de asilo y refugio²⁶.

Pero no solo se trata de una remisión a la jurisdicción ordinaria, también se trata de un reconocimiento de que la Constitución delega en el legislador ordinario la facultad para configurar el régimen de disfrute de este derecho constitucionalmente reconocido (STC 53/2002, FJ 14).

Y de esta remisión derivan dos consecuencias, que el texto que configura el alcance y los límites del derecho de asilo es la ley reguladora del mismo²⁷ y sus reglamentos de desarrollo²⁸ y que en la configuración legal referida tiene un peso fundamental el Derecho Comunitario. La sentencia 53/2002, en su FJ 3 a), determinó de forma expresa la relación triangular entre las políticas comunitarias de control de flujos migratorios, la preservación de la seguridad interior y la regulación del derecho de asilo haciendo expresa mención de la normativa comunitaria y de los principios de libre circulación, de control de las fronteras exteriores y de armonización de políticas nacionales en materia de visados y de condiciones entrada en sus territorios. En la medida en que el derecho de asilo se define como un derecho de configuración legal, el legislador puede limitarlo y condicionarlo, pero no supeditarlos absolutamente a las necesidades derivadas de la seguridad y del control de entrada de extranjeros en Europa, porque su regulación ha de respetar los dictados del resto de derechos contenidos en el ordenamiento internacional y constitucional. Así los derechos de la persona a la que se reconoce la condición de asilado o beneficiario de la protección subsidiaria serán los que establezca la Ley con la particularidad de que la misma debe respetar los derechos fundamentales que amparan a los extranjeros así como el derecho comunitario y los tratados internacionales vinculantes en este ámbito [véase el FJ 3. b) de la STC 53/2002]. Y entre esos derechos no está el de entrar libremente en el país para solicitar refugio, sino que, como extranjero que es sólo disfruta del derecho fundamental a entrar y circular libremente por España (art. 19 CE) en los términos que disponen los Tratados y

²⁶ Véanse a este respecto los comentarios de jurisprudencia sobre el derecho de asilo recogidos en el Anuario de la inmigración en España. CIDOB edicions, Barcelona.

²⁷ Véase la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, a la que se suman la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951(BOE de 21 de octubre de 1978), y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967 (BOE de 21 de octubre de 1978).

²⁸ Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas; el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida; y Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, por el Real Decreto 865/2001, por el Real Decreto 1325/2003 y por el Real Decreto 2393/2004.

la Ley (SSTC 55/1996 y 53/2002), eso es, cuando ya se le haya reconocido la condición de beneficiario del asilo o de la protección subsidiaria²⁹.

b) El Derecho a la reagrupación familiar³⁰

Podría decirse que la reagrupación familiar actúa como una suerte de derecho emergente que, poco a poco, adquiere cierto reconocimiento internacional³¹ a la par que viene contemplado en la ley nacional encargada de regular los derechos y libertades de los extranjeros. Los arts. 16 a 19 LODYLE se refieren a la reagrupación familiar como derecho, y en el primero de ellos se habla del derecho a la intimidad familiar, “colgando” del mismo el derecho a la vida en familia, y por tanto el derecho a reagrupar a los familiares en las condiciones que determina la Ley Orgánica.

No cabe duda, por tanto, de que la Ley reconoce el derecho. Y tampoco cabe duda alguna de que la Constitución y el Tribunal Constitucional, hasta la fecha, ni lo reconocen como derecho fundamental ni admiten su vinculación directa con el derecho a la intimidad familiar reconocido en el art. 18.1 CE.

La sentencia más elocuente al respecto es la STC 186/2013 que, apelando a la previa STC 236/2007, recuerda que nuestra jurisprudencia contrasta con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando aquel interpreta el art. 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales³², al no reconocer la existencia de un derecho a la vida familiar derivado del derecho a la intimidad familiar que observa el art. 18 CE. Dice expresamente la STC 186/2013 que “nuestra Constitución no reconoce un ‘derecho a la vida familiar’ en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues

²⁹ El Tribunal se ha pronunciado también sobre las condiciones de detención de los extranjeros solicitantes de asilo en frontera, y sobre las condiciones de tal “retención” en las SSTC STC 55/1996, 179/2000, FJ 2, y 53/2002, FJ 4. B, con expresa mención a la STEDH de 25 de junio de 1996, caso Amuur c. Francia. En todos estos pronunciamientos se sigue de cerca la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en la materia.

³⁰ Para profundiza en el tema véase SANTOLAYA MACHETTI, P. (2004)

³¹ En este sentido pueden consultarse los asuntos del Comité de Derechos Humanos de NNUU *Canepa c. Canadá* (Dictamen emitido el 3 de abril de 1997, comunicación 558/1993, International Human Rights Reports, vol. 5 (1998), p. 76, y *Stewart/Canadá* Dictamen emitido el 1 de noviembre de 1996, comunicación 538/1993, International Human Rights Reports, vol. 4-1997, p. 429). Asimismo resulta fundamental la consulta del Convenio sobre los derechos del niño de 1989, en particular sus arts. 9 y 10.

³² Véanse, en este sentido, entre otras, las SSTEDH *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, de 12 de octubre de 2006, *Üner c. los Países Bajos*, de 18 de octubre de 2006, *Rodríguez da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos*, de 31 de enero de 2006, *Sezen c. Países Bajos*, de 31 de enero de 2006.

ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 CE³³.

En síntesis, nuestra jurisprudencia en este punto se aleja sustancialmente de la del Tribunal de Estrasburgo, porque ni admitimos la fundamentalidad del derecho a la reagrupación familiar, ni asumimos, como sí hace el TEDH³⁴ que el derecho a la intimidad familiar pueda actuar como límite a la posibilidad de aplicación de las causas legales de expulsión de los extranjeros teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la ponderación de los intereses en juego.

Y no sólo existe una evidente distancia entre la jurisprudencia constitucional en este punto y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que también se marcan distancias con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE. Baste un ejemplo reciente para apoyar tal afirmación. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Cuarta), de 21 de abril de 2016 en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco entiende que la normativa europea en materia de reagrupación, y concretamente la Directiva 2003/86³⁵, no puede aplicarse de forma que se vulneren los derechos fundamentales establecidos, en particular, en el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión³⁶, que establece que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”. Si bien el TJUE reconoce el margen de apreciación de que disponen los Estados a la hora de examinar las solicitudes de reagrupación familiar, las normas de la Directiva 2003/86 deben interpretarse y aplicarse durante dicho examen, en especial, a la luz del mencionado artículo 7 de la Carta.

c) Las garantías contra las devoluciones colectivas

Esta cuestión se encuentra *sub iudice* ante el Tribunal Constitucional.

En nuestro sistema se ha generalizado el uso del término “devoluciones en caliente” desde el año 2013, y con ello se hace referencia a las devoluciones automáticas,

³³ Merece ser apuntado que el asunto que resolvió la STC 186/2013 en sentido desestimatorio de las pretensiones de la recurrente en amparo, fue elevado a la jurisdicción de Estrasburgo. La recurrente, extranjera objeto de una orden de expulsión –vinculada al cumplimiento previo de una condena penal por tráfico de estupefacientes- con una hija menor de edad española, planteó ante el TEDH la lesión de su derecho, y el de su hija, a la vida familiar ex. Art. 18.1 CEDH. El Estado español se aquietó a la pretensión de la parte reconociendo la lesión de los derechos y alcanzando un arreglo extrajudicial de la controversia.

³⁴ A título de ejemplo, SSTEDH Shevanova c. Letonia, de 15 de junio de 2006, Kaftailova contra Letonia, de 22 de junio de 2006, Bashir y otros c. Bulgaria, de 14 de junio de 2007, Musa y otros c. Bulgaria, de 11 de enero de 2007, Gablishvili v. Rusia, de 26 de junio de 2014.

³⁵ En este mismo sentido se había pronunciado ya la STJCE de 27 de junio de 2006, asunto Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea, as. C-540/03. Los pronunciamientos posteriores siguen la estela de lo dispuesto en aquella sentencia.

³⁶ A este respecto el TJUE se remite a la sentencia de 6 de diciembre de 2012, O y otros, C 356/11 y C 357/11, apartado 77).

inmediatas y sin procedimiento de extranjeros interceptados accediendo de forma irregular a territorio español desde Marruecos, por parte de la policía de fronteras española en Ceuta y Melilla.

Estos retornos o devoluciones se regulan en la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, que introduce una disposición adicional décima a la LODYLE, previendo un régimen especial de devoluciones para Ceuta y Melilla. Esta disposición ha sido objeto de los recursos de inconstitucionalidad 3848/2015 y 2896/2015, aún pendientes de resolución. Habrá que plantearse, en su momento, si es aplicable a la regulación española impugnada la interpretación realizada por el TEDH en la sentencia Hirsi Jamaa c. Italia, de 23 de febrero de 2012, al entender que vulneraba la prohibición de realizar expulsiones colectivas, la entrega por parte del Estado italiano a Libia de somalíes y eritreos que viajaban en una embarcación que las fuerzas de seguridad italianas habían interceptado cuando intentaba llegar a Lampedusa, y ello por haber realizado la devolución sin identificar de forma individualizada a los inmigrantes y sin hacer un examen de la situación de cada uno de ellos.

5.- CIUDADANÍA, PARTICIPACIÓN Y EXCLUSIÓN POLÍTICA

Evocando de nuevo a Hannah Arendt, en su obra sobre “los orígenes del totalitarismo”, decía lo siguiente: *“privado de todos los derechos políticos, el individuo, a quien la vida pública y oficial se presenta con una apariencia de necesidad, adquiere un nuevo y crecido interés en su vida privada y en su destino personal. Excluido de la participación en la gestión de todos los asuntos públicos, que corresponde a todos los ciudadanos, el individuo pierde su lugar adecuado en la sociedad y su conexión natural con sus semejantes”*³⁷.

La participación política de los individuos que integran una comunidad en el seno de la misma, la intervención en la toma de decisiones colectivas y la gestión, crítica o no, de las consecuencias derivadas de la aplicación de dichas decisiones son fundamento indispensable de la cohesión política de dicha comunidad y garantía –en un planteamiento más amplio y general- del funcionamiento democrático del sistema. En ese marco de reflexión la exclusión de determinadas personas de la posibilidad de desarrollar esa participación política introduce un elemento distorsionador si el objetivo último es lograr efectivamente la cohesión política entendida como la articulación racional, razonable y eficaz de un sistema político determinado³⁸. Existen distintas razones que justifican la exclusión, algunas de ellas se relacionan con finalidades

³⁷ Pp. 129 y 130 en la edición de Taurus, Madrid, 1998.

³⁸ En este sentido véanse las críticas a la asociación entre nacionalidad y plenitud de estatuto político incluidas en el texto de PRESNO LINERA, M. (2004), p. 35 y ss.

punitivas³⁹, otras con la garantía de la suficiencia de juicio de quienes ejercen el derecho y otras con la configuración “rígida” de la comunidad política. Esa configuración que hemos calificado como “rígida” asocia la posesión de la nacionalidad al pleno ejercicio de los derechos políticos que actúan como basamento de la participación política aceptando que, en todo caso, esta última irá más allá del mero ejercicio de los derechos apuntados y que se contemplan en el art. 23 CE.

Esta opción prima la seguridad que ofrece un vínculo determinado sujeto a reglas de adquisición claras y que se modifica con cierta dificultad, el de la nacionalidad, por encima de la volubilidad que se asocia a la consideración de la mera residencia en el seno de una comunidad como condición de ejercicio de los derechos⁴⁰. Si bien la residencia es una condición más realista respecto de la vinculación entre una persona y su comunidad política y social actual, la definición jurídica del vínculo es más compleja y exige despejar una serie de incógnitas, como el tiempo de residencia necesario para considerar a una persona integrada en una comunidad, o la posibilidad de exigir otras condiciones más allá de la estancia y que sean demostrativas de la creación de un vínculo de arraigo, como por ejemplo el conocimiento del idioma o idiomas en que se maneje la comunidad política mayoritaria.

Tratándose de un tema complejo no debe sorprender que fuera el único realmente problemático en la discusión constituyente en torno al art. 13 CE y que, a su vez, protagonizase una de las dos reformas constitucionales habidas en España.

La discusión en el seno de la constituyente concluyó con la exclusión absoluta de los extranjeros de la titularidad del derecho de sufragio pasivo (derecho a ser elegido), y con la exclusión relativa del derecho de sufragio activo (derecho a elegir) que podía reconocerse para la participación de los extranjeros en las elecciones locales. Para todos los demás derechos, la definición de la titularidad, como hemos visto, fue pospuesta a las futuras previsiones legales (entendiendo por tales las contenidas en los tratados firmados y ratificados por España o las contenidas en la ley).

Y la discusión sería reabierto con objeto de la ratificación del Tratado de Maastricht que, a la postre, exigiría para su concreción la primera reforma constitucional del texto de 1978, revisión que afectaría al art. 13.2 CE. Un resumen sintético de los términos de la discusión en el año 1992 exige recordar que el art. 8.B.1 del Tratado de Maastricht reconocía el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a todos

³⁹ Recuérdese que es posible, por sentencia judicial, imponer una pena privativa del derecho de sufragio a través de la pena de inhabilitación especial (arts. 40 y 44 del Código Penal). Además, también pueden verse privados de este derecho, siempre mediando intervención judicial mediante sentencia firme o mediante autorización, los declarados incapaces (arts. 199y 200 Código Civil) o los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial.

⁴⁰ PRESNO LINERA, M. (2004), afirma que la opción prima en realidad la aplicación de la teoría de los status de Jellinek. Véase p. 36 y 37 del trabajo citado.

los ciudadanos de la Unión, mientras que el texto constitucional español tan sólo abría la posibilidad de conceder el derecho de sufragio activo a los ciudadanos no nacionales.

Ante la evidente discrepancia literal entre los dos preceptos el Gobierno activó el mecanismo procesal previsto en los arts. 95 de la Constitución y 78 de la LOTC, esto es el procedimiento de control previo de constitucionalidad para los tratados internacionales. En respuesta a las cuestiones elevadas por el Gobierno, el Tribunal, en la declaración de 1 de julio de 1992 puso de manifiesto que la incompatibilidad material entre las normas sometidas a examen exigía la previa reforma constitucional llegado el caso de que el Estado optase por ratificar, en los términos negociados y sujetos a examen, el Tratado de la Unión Europea. En la medida en que esta fue la opción política escogida, fue necesario acometer una reforma mínima del texto constitucional que, a través del procedimiento previsto en el art. 167 CE, amplió la titularidad del derecho de sufragio pasivo en las elecciones locales a los extranjeros, siempre que exista un tratado internacional o una ley que den cobertura al ejercicio de tal derecho, siendo este el caso, obviamente, de los ciudadanos comunitarios que, adicionalmente, son titulares plenos del derecho al voto en las elecciones al Parlamento Europeo, tal y como se reconoce actualmente en los arts. 39 y 40 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

A partir de las consideraciones anteriores la única posibilidad de conocer efectivamente qué nacionales, más allá de los españoles, son titulares del derecho de sufragio y en qué condiciones para las elecciones municipales, es acudir a los tratados bilaterales sobre la materia, también denominados acuerdos de reciprocidad, que ha suscrito España con Noruega⁴¹, Ecuador⁴², Nueva Zelanda⁴³, Colombia⁴⁴, Chile⁴⁵, Perú⁴⁶,

⁴¹ Canje de Cartas, constitutivo de Acuerdo entre España y Noruega, reconociendo el derecho a votar en elecciones municipales a los nacionales noruegos en España y a los españoles en Noruega, realizado en Madrid el 6 de febrero de 1990, y Anejo. Publicado en el BOE núm. 153, de 27 de junio de 1991. Entrada en vigor 1 de abril de 1991.

⁴² Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Quito el 25 de febrero de 2009. Publicado en el BOE núm. 4 de 5 de enero de 2010. El acuerdo entró en vigor el 1 de enero de 2010.

⁴³ Acuerdo entre el Reino de España y Nueva Zelanda sobre participación en determinadas elecciones de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Wellington el 23 de junio de 2009. Publicado en el BOE núm. 5 de 6 de enero de 2010. El acuerdo entró en vigor el 1 de enero de 2010.

⁴⁴ Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia, sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid el 5 de febrero de 2009. Publicado en el BOE núm. 18 de 21 de enero de 2010. El acuerdo entró en vigor el 1 de enero de 2010.

⁴⁵ Canje de Notas, de 12 de mayo de 2009, constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Chile sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro. Publicado en el BOE núm. 35 de 9 de febrero de 2010. El acuerdo entró en vigor el 1 de febrero de 2010.

⁴⁶ Canje de Notas, de fecha 6 de febrero de 2009, constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República del Perú sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país

Paraguay⁴⁷, Islandia⁴⁸, Bolivia⁴⁹, Cabo Verde⁵⁰, República de Corea⁵¹ y Trinidad y Tobago⁵². Los nacionales de todos estos países pueden votar en las Elecciones Municipales y en las Elecciones a Órganos de Entidades Locales de Ámbito Territorial Inferior al Municipio (EATIM), siempre y cuando estén inscritos, a petición propia previa, en el censo electoral, tal y como se deduce del art. 176 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. La posibilidad se abrió efectivamente en la convocatoria electoral de mayo de 2011, y se consolidó la práctica en las elecciones locales de 2015.

La apertura y expansión de la titularidad del derecho de sufragio en el ámbito local es innegable en términos normativos. Pero si hacemos un análisis de esta apertura del derecho, analizando tal apertura a la luz de los datos que nos ofrece el Instituto Nacional de Estadística, podemos constatar que, de las quince comunidades procedentes de otros Estados con mayor presencia en nuestro territorio, quedan excluidos del derecho al voto en las elecciones locales los integrantes de la comunidad marroquí (la segunda más numerosa solo por detrás de Rumanía), los originarios de China, los procedentes de Ucrania, y los integrantes de las comunidades argentina y rusa.

Buena parte del resto de comunidades que se encuentran en ese listado de las quince con mayor número de integrantes lo son de ciudadanos comunitarios (Rumanía,

residentes en el territorio del otro. Publicado en el BOE núm. 122 de 19 de mayo de 2010. El acuerdo entró en vigor el 1 de junio de 2010.

⁴⁷ Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República del Paraguay sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid y Asunción el 13 de mayo de 2009. Publicado en el BOE núm. 150 de 21 de junio de 2010. El acuerdo entró en vigor el 1 de junio de 2010.

⁴⁸ Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Islandia sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid y París el 31 de marzo de 2009. Publicado en el BOE núm. 305, de 16 de diciembre de 2010. El acuerdo entra en vigor el 1 de diciembre de 2010.

⁴⁹ Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y el Estado Plurinacional de Bolivia sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid el 15 de septiembre de 2009. Publicado en el BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010. El acuerdo entra en vigor el 1 de diciembre de 2010.

⁵⁰ Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Cabo Verde sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Praia el 8 de abril de 2009. Publicado en el BOE núm. 11, de 13 de enero de 2011. El acuerdo entra en vigor el 1 de enero de 2011.

⁵¹ Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Corea sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid, Seúl el 16 de noviembre de 2010 y 26 de enero de 2011, publicado en el BOE núm. 160 de 6 de julio de 2011. El acuerdo entró en vigor el 1 de julio de 2011.

⁵² Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Trinidad y Tobago sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Puerto España el 17 de febrero de 2009, publicado en el BOE núm. 290, de 2 de diciembre de 2011. El acuerdo entró en vigor el 1 de noviembre de 2011.

Reino Unido, Italia, Alemania, Bulgaria, Portugal y Francia), por lo que tienen garantizado el ejercicio del derecho al voto en las condiciones previstas en los tratados constitutivos y en la LOREG. Ello significa que, de entre las comunidades mayoritarias, solo los ciudadanos de Ecuador, Colombia y Bolivia se han visto beneficiados de los acuerdos bilaterales específicos. Y significa también que existen más comunidades deficitarias que beneficiarias del derecho, si nos limitamos a observar la cuestión en términos estrictamente numéricos.

Pero no se trata solo de números. Se trata de revisar la idea de construcción de la comunidad política⁵³. La apertura a la que nos referimos marca solo una pauta, un cambio de criterio en estado larvario que apunta a la disociación entre nacionalidad y titularidad de derechos, entre ejercer y ser sujeto de soberanía. Estamos hablando de que los titulares del derecho pleno de participación política quizá deberían ser los mismos que se someten a un ordenamiento jurídico y que, por tanto, son copartícipes de su formulación, de forma más o menos directa. Pero asumimos que la apertura total no puede ser definida más que por el poder constituyente, porque exige de la reforma constitucional. No hablamos, pues, de una labor del juez constitucional, sino de una opción de quien adopta las decisiones políticas fundamentales que conforman un Estado de derecho, que si además tiene la pretensión de ser un verdadero estado democrático y social, debe asumir la necesidad de integrar políticamente a quienes tienen dificultades específicas de integración asociadas, en parte, a la diferenciación jurídica en su estatuto constitucional.

6.- CIUDADANÍA, PRESTACIONES E INTEGRACIÓN SOCIAL

Las comunidades de origen extranjero que se incorporan a una determinada sociedad son comunidades cuyos individuos pueden estar en riesgo de exclusión social si, a la mera condición de “no nacionales”, se unen otras condiciones socioeconómicas relacionadas con el nivel de estudios, el estatus económico, las competencias lingüísticas, etc. Esta dimensión del problema nos habla del concepto de integración en sentido amplio, una noción que no sólo apela a la configuración del “derecho a tener derechos”, sino al efectivo ejercicio de los derechos fundamentales que se reconocen al individuo y a las comunidades en que el mismo se integra.

Si bien no podemos detenernos ahora en las diferencias entre los migrantes económicos, o los solicitantes de refugio o protección internacional, y quienes se desplazan por razones ajenas a la mejora de las condiciones de vida con que contaban en sus países de origen, no podemos obviar el hecho cierto de que buena parte de los movimientos migratorios que tienen por destino nuestro país tienen su origen en Estado cuyas condiciones de vida y desarrollo están por detrás de las que se atribuyen a España.

⁵³ A este respecto puede consultarse SANTOLAYA MACHETTI, P., DIAZ CREGO, M. (2008).

La consecuencia directa de esta realidad, es que los migrantes originarios de esos estados se sitúan en los estratos socioeconómicos más bajos de la sociedad de acogida y que, por eso mismo, se hacen acreedores de las políticas de integración social que pueda desarrollar el Estado sobre la base de prestaciones asistenciales que, en muchas ocasiones se vinculan de forma clara con determinados derechos sociales o de amplio contenido prestacional. Es el caso de las políticas educativas, en desarrollo del derecho a la educación (art. 27 CE), las políticas socio sanitarias, en relación con el derecho a la salud (art. 47 CE), o las políticas asistenciales, relacionadas con la asistencia social que no se configura tanto como derecho más que en la dimensión vinculada a la Seguridad Social (art. 41 CE) sino como competencia específica de las Comunidades Autónomas (art. 148.1. 20 CE).

Por tanto, la cohesión social, actualmente, pasa en buena parte por la adecuada integración de las personas de origen extranjero, porque su presencia puede suponer un foco de potenciales problemas si no se solventa de manera adecuada dicha integración. Y en ese proceso es fundamental el reconocimiento del “otro” como sujeto de derechos, como titular de los mismos y como beneficiario de las políticas públicas cuyo objetivo es rendirlos ejecutables.

Pero las políticas de integración, centradas en la atención a los derechos de prestación, no se afrontan sin dificultad, como no lo hacen los intentos por ampliar la comunidad política en el sentido apuntado en el apartado precedente. Aunque económicamente se necesita a los inmigrantes para mantener el estándar de bienestar de nuestras envejecidas sociedades, al mismo tiempo aquéllos se conforman como receptores prioritarios de unas políticas sociales de inserción (educación, salud, vivienda, asistencia social) que son imprescindibles para garantizar la igualdad material que pretende el art. 9.2 CE. Pero el problema es que son tan imprescindibles como costosas. Y hacer frente a esos costes no se justifica políticamente con facilidad en un contexto marcado por la crisis económica y en el que existe un presupuesto de limitación del acceso a los derechos de participación política plena de los ciudadanos no nacionales.

La LO 2/2009, de 11 de diciembre, incorporó por primera vez a nuestra “ley de extranjería”, la idea de integración, exigiendo que las Administraciones Públicas incorporasen la misma como objetivo de sus políticas y servicios públicos (art. 2 ter LO DYLE). Pero la integración sólo parece posible desde un adecuado reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales por parte de quienes proceden de comunidades políticas distintas a la nuestra, y particularmente desde un adecuado reconocimiento y ejercicio de los derechos sociales, en cuanto que estos últimos son instrumento fundamental –si bien no único- de lucha contra los elementos determinantes de la exclusión social. En realidad en la misma hipótesis parece situarse nuestro legislador, que entiende que la integración se conseguirá partiendo de un presupuesto de participación económica, social, cultural y política de las personas inmigrantes en nuestra sociedad, en condiciones de igualdad de trato con los nacionales (art. 2 ter, apartado 2 LODYLE).

La proclamación normativa es clara. Pero la práctica lo es un poco menos y vamos a ejemplificar esta dificultad sobre el comentario relativo a los perfiles de la titularidad del derecho a la educación y el derecho a la salud.

6.1.- DERECHO A LA EDUCACIÓN

El adecuado acceso al derecho a la educación es clave para lograr la cohesión social con carácter general, pero lo es mucho más cuando son los extranjeros los que se encuentran en riesgo de exclusión por sus dificultades de integración cultural y lingüística, y por las dificultades que entraña su integración laboral, varada en muchas ocasiones en razón de una formación deficiente. Por eso, hablar de universalidad en el acceso al derecho reconocido en el art. 27 CE es un presupuesto lógico de cualquier reflexión sobre la configuración del derecho a la educación como vehículo de integración social.

El art. 27 CE realiza una proclamación universalista de la titularidad del derecho al establecer que “todos” tienen derecho a la educación. Esta previsión se concreta en la DA 19ª de la Ley Orgánica de Educación, que 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 que establezca la legislación de extranjería, reenvío que remite al art. 9 LODYLE.

Este precepto ha contemplado redacciones diversas desde la primera versión contenida en la LO 4/2000. Esta primera norma reconocía sin limitaciones 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. Posteriormente a LO 8/2000 suprimió el derecho a la educación no obligatoria de los extranjeros entre 16 y 18 años sin autorización legal de residencia en España⁵⁴ y la redacción del precepto sería de nuevo modificada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de modo que la educación preobligatoria (entre los 3 y los 5 años) así como la educación básica, obligatoria y gratuita es reconocida a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa y de su edad, mientras que la educación postobligatoria es reconocida a los extranjeros menores de 18 años independientemente de su situación administrativa y a los mayores de 18 con autorización de estancia o residencia.

En esta última modificación normativa tuvo una intervención determinante el contenido de las SSTC 237/2007 y 262/2007 que analizan la constitucionalidad del art. 9

⁵⁴ De la nueva redacción del art. 9.3 LODYLE se derivaba que los menores extranjeros en situación irregular comprendidos en la franja de los 0-6 años y de los 16-18 años no veían garantizado su derecho a la educación por ley, por lo que no podían acceder a las escuelas infantiles públicas, 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).

LODYLE en la redacción que le diera la LO 8/2000. En ambos pronunciamientos el Tribunal Constitucional proclama que el contenido del derecho a la educación que está en juego en este asunto se corresponde con la dimensión prestacional del mismo y, para resolver la duda planteada y relativa a la exclusión de la titularidad del derecho para determinados menores extranjeros, acude a la normativa internacional sobre derecho a la educación⁵⁵, para aplicar, desde los planteamientos previos, el canon al que hemos hecho referencia previamente. Así se afirma...

- ...que el derecho a la educación está inequívocamente vinculado con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que la educación adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad,

- ... que la dimensión prestacional del derecho consagrado en el art. 27.1 CE no ha de limitarse a la educación básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad.

- ... que el derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE corresponde a “todos”, independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España.

- ... 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.

En la medida en que el Tribunal no se pronunció en el año 2007 sobre la educación postobligatoria de los mayores de edad, la regulación del año 2009 establece una nueva excepción al principio de universalidad en el disfrute del derecho a la educación que pone el acento en la mayoría de edad del extranjero y en su condición de irregularidad. Esta redacción, contestada por algunas Comunidades Autónomas, fue finalmente validada por el Tribunal Constitucional en la STC 155/2015, de 9 de julio.

Aquí el problema que se planteaba el Tribunal 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. Para dar respuesta a este interrogante

⁵⁵ Se hace referencia en particular al art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, al art. 2 del Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 20 de marzo de 1952, al art. 1 CEDH en relación con el art. 14 CEDH tal y como se interpreta en las SSTEDH caso Irlanda contra Reino Unido, de 18 de enero de 1978, § 238; caso Príncipe Hans-Adams II de Liechtenstein, de 12 de julio de 2001, § 46

el Tribunal realiza una interpretación del precepto recurrido conforme a la Constitución afirmando que, sin proclamar un derecho incondicionado al acceso a la educación de los mayores de 18 años, el Tribunal sostiene que el primer inciso del art. 9.2 LODYLE contiene un reconocimiento general de la titularidad del derecho a la educación de todos los extranjeros mayores de dieciocho años, sin referencia a su situación administrativa además de una mera remisión a la legislación educativa, que será la que pueda establecer condiciones diferentes entre los extranjeros “no residentes” mayores de edad y los españoles y los extranjeros residentes en el acceso a la educación posobligatoria.

Por tanto el Tribunal entiende que el legislador orgánico consagra una equiparación plena entre españoles y extranjeros “residentes” en el disfrute del derecho a la educación, pero sin excluirla para los no residentes *a radice*, exclusión que, sin embargo, reconoce que sería posible incluir en la legislación educativa. El pronunciamiento del Tribunal dice literalmente: *“para cualquier extranjero mayor de edad “no residente”, la titularidad de ese derecho queda garantizada, con carácter general, en el primer inciso del art. 9.2 LOEx⁵⁶, pues corresponde a la legislación educativa en su conjunto establecer la normativa específica que regule el ejercicio del derecho a la educación posobligatoria de los extranjeros mayores de edad que no ostenten la condición de “residentes”, sin que por esta razón deba este Tribunal emitir ahora pronunciamiento alguno sobre este particular, en la medida en que dicha problemática constitucional no ha sido cuestionada en el presente recurso. El inciso segundo, por su parte, se limita a no excluir la posibilidad de que se pudieran establecer en la legislación educativa condiciones diferenciadas para los extranjeros mayores de edad no residentes respecto del ejercicio de este derecho en las enseñanzas posobligatorias”*.

6.2.- DERECHO A LA SALUD

El art. 43.1 CE reconoce el derecho a la protección de la salud, sin establecer mayores precisiones en cuanto a la titularidad de este derecho, pero marcando al legislador como responsable de desarrollar este derecho así como las obligaciones de las administraciones públicas con él vinculadas.

En aplicación de esta reserva de ley, el art. 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”. Por su parte, el apartado 3 establece que: “3. Los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional, tendrán garantizado tal derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan”. Esa “forma” se concreta en el art. 3.1 a) de la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud que ha de leerse junto al art. 12 LODYLE tras la reforma introducida en ambos

⁵⁶ En nuestro sistema de siglas se está, obviamente, refiriendo a la LODYLE, esto es a la Ley Orgánica de Extranjería aprobada en los albores del S. XXI.

preceptos por la disposición final tercera del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

Esta lectura combinada, de cuya literalidad prescindimos en este momento por su complejidad, ofrece el siguiente panorama proclamando como titulares del derecho:

- A los extranjeros residentes regulares y que sean trabajadores por cuenta ajena.

- A los nacionales de un país del Espacio Económico Europeo o de Suiza, los apátridas y los titulares de una autorización para residir en territorio español que no tengan trabajo y no coticen a la Seguridad Social y no tengan ingresos superiores a cien mil euros al año ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía.

- a los extranjeros residentes irregulares en caso de:

- 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.

- b) Tratarse de menores de 18 años que tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

- c) O de mujeres embarazadas, que tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y posparto (cobertura que podría entenderse concedida en relación con el ánimo de protección al menor del art. 24 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño).

Por tanto, la regulación derivada de las reformas que introduce el Real Decreto Ley 16/2012 que articula lo que, popularmente, vendrán a conocerse como recortes en el sistema sanitario, excluye –entre otros colectivos- a los extranjeros irregulares del sistema de asistencia sanitaria gratuita. Esta reforma fue recurrida ante el Tribunal Constitucional por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, y el Parlamento de Navarra. Adicionalmente el Gobierno Vasco ha planteado el conflicto positivo de competencia número 6714-2012, contra los artículos 4, 5, 6, 7 y 8 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, que es desarrollo del art. 1 del Decreto-ley.

La STC 139/2016, de 21 de julio, resuelve el primero de los recursos de inconstitucionalidad, el planteado por el parlamento de Navarra, descartando la inconstitucionalidad del modelo que excluye a los extranjeros irregulares de las prestaciones sanitarias gratuitas fuera de los supuestos excepcionales expuestos. Para resolver las dudas planteadas, y refiriéndonos exclusivamente al problema de la titularidad de los derechos y no a otras cuestiones que resuelve la sentencia, el Tribunal aplica el canon previsto para los derechos de los extranjeros y proyecta la clasificación tripartita sobre el derecho a la protección de la salud, afirmando que se trata de un derecho de configuración legal, que corresponde regular al legislador respetando los

valores y los principios constitucionales, así como el contenido que se desprende del art. 43 CE en lo que atañe a las condiciones de acceso a las prestaciones sanitarias, tratándose, por tanto, de un derecho susceptible de ser modulado en su aplicación a los extranjeros. Y en tal modulación, el Tribunal admite la posibilidad de limitar la titularidad en virtud del dato de su situación legal y administrativa en España, entendiendo que, por su propia naturaleza, el derecho a las prestaciones sanitarias hace imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español. Por último el Tribunal sostiene que del régimen aplicable se concluye que dentro del margen del legislador de establecer sus prioridades, la norma examinada no responde a una opción arbitraria, sino a la preservación de bienes o intereses constitucionalmente protegidos, como el mantenimiento del sistema sanitario público, sin desconocer las posibilidades del sistema en un momento de intensas complicaciones económicas, observándose, en la distinción entre extranjeros con autorización de residencia y los que carecen de ella, la debida proporcionalidad y dando cumplimiento a las obligaciones internacionales en la materia.

Este pronunciamiento, adoptado por mayoría, contiene tres votos particulares que discuten, entre otras cuestiones, la que hace a las limitaciones admisibles del derecho a la asistencia sanitaria gratuita que se conecta, sin lugar a dudas, con el derecho a la salud, a su vez indefectiblemente vinculado, según esta posición minoritaria, con el derecho a la vida y la integridad física del art. 15 CE, derechos que, como se deduce de la jurisprudencia constitucional a la que nos hemos venido refiriendo, no son susceptibles de limitación alguna en virtud de la condición administrativa de su titular.

Más allá de las discrepancias internas, no deja de ser cierto que la sentencia 139/2016 no se resuelve definitivamente el conflicto surgido en torno a la garantía del derecho a la salud de los irregulares, y ello porque ha habido tres Comunidades Autónomas que han traducido su desacuerdo con las limitaciones a la universalidad del sistema público sanitario aprobando normas propias que reconocían el derecho a la asistencia sanitaria gratuita a los extranjeros irregulares con residencia en sus respectivos territorios.

El Decreto Vasco 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, la Ley Foral 18/2012, de 19 de octubre, sobre la complementación de las prestaciones farmacéuticas en la Comunidad Foral de Navarra y el Decreto Ley Valenciano 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana. Basándose estas normas autonómicas en las competencias estatutariamente asumidas en materia sanitaria, desarrollan la normativa precisa para superar la modificación operada por el Decreto Ley 16/2012 en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, esto es, para superar la llamada “exclusión sanitaria”. Tales normas fueron impugnadas, en su día, por el Presidente del Gobierno, en todos los supuestos se invocó el artículo 161.2 CE,

suspendiéndose provisionalmente su vigencia y, en cada uno de los supuestos, sendos Autos del TC (AATC 239/2012, 88/2013 y 54/2016) levantaron la suspensión hasta el definitivo pronunciamiento que, hasta la fecha, aún no se ha producido.

En apretada síntesis, pues, la garantía de la estabilidad económica del sistema público sanitario puede actuar, actúa de hecho, como límite de la universalidad del derecho a la salud. Está por determinar si, en ejercicio de sus propias competencias, las Comunidades Autónomas pueden superar la limitación impuesta por el legislador estatal y recuperar la prestación sanitaria gratuita universal con cargo a sus propios presupuestos.

7.- LA PALABRA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA PALABRA DEL CONSTITUYENTE EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA CIUDADANÍA

El dictado constitucional sobre la titularidad de los derechos fundamentales es el que recoge, como hemos visto, el art. 13 CE. La jurisprudencia constitucional, llamada insistentemente a pronunciarse sobre las sucesivas “leyes de extranjería” aprobadas en España⁵⁷ también ha sido descrita y puede ser tachada de insuficiente, como asimismo puede someterse a dicha crítica el art. 13 CE.

Bien es cierto que esta jurisprudencia se justifica desde la necesidad de dar respuesta a un problema, el de la integración de los migrantes económicos, obviado en la redacción de la Constitución de 1978, momento en el que España no era un país de recepción de inmigrantes. El modelo de titularidad de los derechos que recoge la Constitución responde a un período histórico que, en lo que hace a estructura demográfica de nuestra sociedad, no era el que ahora es. El derecho a tener derechos, en nuestro texto constitucional, se proclama con plenitud de los nacionales, y con abiertas limitaciones de los extranjeros, dejando al legislador la definición de un estatuto jurídico que tiene más de constitucional que de legal.

La jurisprudencia Constitucional flexibiliza el planteamiento normativo con su doctrina. La pregunta que surge de inmediato, y visto el recorrido jurisprudencia es si una mayor flexibilización interpretativa es posible hoy, existiendo una lectura muy consolidada del art. 13 de la Constitución, o si resulta más razonable pensar en la opción de una revisión constitucional del art. 13 CE. Planteado en otros términos, cabe preguntarse si es el tiempo del constituyente o si es el tiempo del juez constitucional en la definición del modelo de titularidad de los derechos, es decir en el tránsito real a la que hemos denominado cuarta edad de los derechos fundamentales.

Es difícil mantener, desde el punto de vista dogmático, y tal y como se hace en las últimas sentencias referenciadas, diferencias de graduación entre dignidad humana y derechos, porque todos ellos surgen, se consolidan y se protegen por su conexión con

⁵⁷ Recuérdense las SSTC 95/2003, 236/2007, 259 a 265/2007, 17/2013 y 155/2015.

esa noción de dignidad del ser humano. Los derechos no son, si no son para reforzar la dignidad de los hombres y mujeres, en particular la de aquellos que la ven disminuida o debilitada por razón de su especial vulnerabilidad. No parece fácil, así lo reconoce nuestra propia doctrina, establecer una progresión de conexidad entre dignidad y derechos, pretensión que, por esa dificultad intrínseca, deja sin completar nuestra jurisprudencia, reacia a ensayar un pronunciamiento general sobre la materia, y limitada a resolver, caso por caso y con un respeto absoluto al principio de justicia rogada, si un determinado derecho está o no especialmente vinculado a la dignidad humana para valorar hasta donde puede su titularidad ser limitada por el legislador.

Quizá habría que plantearse las cosas de otro modo, y lanzar el guante a un eventual constituyente, preguntándole si está entre las opciones políticas fundamentales prontas a ser asumidas la real universalización de los derechos fundamentales, reconociendo de forma expresa que esos derechos lo son de todos los seres humanos, independientemente de su condición migratoria y de su nacionalidad⁵⁸. Ello no significa, obvio resulta decirlo, que sean ilimitados. No lo son los derechos titularidad de los españoles como no lo serían los derechos titularidad de los extranjeros. Las limitaciones se encuentran en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (SSTC 11/1981 y 196/1987), y entre esos bienes jurídicos podríamos llegar a incluir la necesidad del control de fronteras llegado el caso. Si se adoptara este planteamiento, el Tribunal tendría un motivo de peso para modificar su doctrina, y valorar las eventuales limitaciones de derechos con arreglo a los estándares definidos para cualquier derecho fundamental, es decir desde una ponderación de la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida limitativa adoptada.

8.- BIBLIOGRAFÍA

AJA, E. *Inmigración y democracia*. Alianza editorial, Madrid, 2012.

AJA, E. (Coord.) *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

AJA, E., MOYA, D., “El derecho de sufragio de los extranjeros residentes”, en Anuario de la inmigración en España, *La inmigración en la encrucijada*, CIDOB, Barcelona, 2008.

ALONSO PÉREZ, F. *Régimen jurídico del extranjero en España*. Ed. Dykinson, S.L. Madrid, 2002.

⁵⁸ En este sentido AJA, E., MOYA, D. (2008)

AÑÓN ROIG, M.J.: "Límites de la universalidad: los derechos sociales de los inmigrantes", en AÑÓN, M. J. (coord.) *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 9-26

- "Nueva ciudadanía y derechos sociales y políticos de los inmigrantes", *Gaceta sindical: reflexión y debate*, Núm. 3, 2003, pp. 109-136

BORRAJO INIESTA, I. "El status constitucional de los extranjeros", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II. Madrid, Civitas, 1991, pp. 697-766.

DE LUCAS MARTÍN F. J. "Reconocimiento, inclusión ciudadanía: los derechos sociales de los inmigrantes", en AÑÓN, M. J. (coord.) *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant Lo BLanch, 2004, pp. 27-36

FLORES GIMÉNEZ, F., "Los derechos fundamentales de los extranjeros irregulares", en VVAA, *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 153-172.

GARCÍA ROCA, J., "La titularidad constitucional e internacional de los derechos fundamentales de los extranjeros y las modulaciones legales a sus contenidos", en Revenga Sánchez, M. (coord.), *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

GARCÍA SAN JOSÉ, D., "El alcance de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados Europeos en materia de derechos y libertades de los nacionales y extranjeros a la luz del artículo 1 del Convenio Europeo para la Protección de los derechos y libertades fundamentales", en VVAA, *Migrantes y derecho: problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España*. Ediciones Laborum, Murcia, 2006., pp. 49-64.

GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

GOIG MARTÍNEZ, J. M., *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*, Universitas Internacional, Madrid, 2004.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., 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, pp. 437-377.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., "Inmigrantes", en ESCOBAR ROCA, G. (Coord.): *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*; Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, p. 1955-2046.

- “El derecho a la tutela *judicial* efectiva de los extranjeros: ¿un (i)limitado derecho a la justicia?”, en VVAA: *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 279-318.

MONEREO PÉREZ, J. L. Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros: a propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007 de 7 de noviembre y 259/2007 de 19 de diciembre (I)”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Núm. 1, 2008, pp. 329-363

JOVER GÓMEZ FERRER, R., ORTEGA CARBALLO, C., RIPOL CARULLA, S., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*. Lex Nova, Madrid, 2010.

ORTEGA CARBALLO, C., “Los derechos fundamentales de los extranjeros después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre”, en *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, núm. 40, 2008, pp. 5-30

PRESNO LINERA, M.A., “La participación política como forma de integración”, en PRESNO, M.A. (Coord.) *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 16 a 42.

RAMOS QUINTANA, M. I., “Derechos de los extranjeros y situaciones jurídicas de irregularidad: la jurisprudencia constitucional más reciente”, en *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y laboral*, núm. 215, 2008, p. 27-38

RODOTÀ, S., *El derecho a tener derechos*. Editorial Trotta, Madrid, 2014.

RODRÍGUEZ CABRERO, 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 social y políticas de solidaridad*, Iniciativas Editoriales Sistema, 2005, pp. 359-384

RUIZ LÓPEZ, B. y RUIZ VIEYTEZ, E. J., *Las políticas de inmigración: la legitimación de la exclusión*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2001.

SANTOLAYA MACHETTI, P., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SANTOLAYA MACHETTI, P., DÍAZ CREGO, M., *El sufragio de los extranjeros: un estudio de Derecho comparado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008

TORRES, M. (y otros). *Sur o no sur. Los derechos sociales de las personas inmigradas*, Icaria, Barcelona, 2006.

VIDAL FUEYO, M. C., *Constitución y extranjería: Derechos fundamentales de los extranjeros en España*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002.

ROMERO VALIENTE, J.M., “Migraciones”, en VVAA: *Tendencias demográficas durante el siglo XX en España*. INE, Madrid, 2004.

VVAA: ANUARIO *de la inmigración en España*. CIDOB edicions, Barcelona.

- (2006) *20 años de inmigración en España, perspectiva jurídica y sociológica (1985-2004)*. Eliseo Aja, Joaquín Arango y Josep Oliver (Eds.)
- (2008) *La inmigración en la encrucijada. Anuario de la inmigración en España 2007*. Eliseo Aja, Joaquín Arango y Josep Oliver (Eds.)
- (2009), *La inmigración en tiempos de crisis*. Eliseo Aja, Joaquín Arango y Josep Oliver (eds.)
- (2011) *Inmigración y crisis económica: impactos actuales y perspectivas de futuro. Anuario de la inmigración en España 2010*. Eliseo Aja, Joaquín Arango y Josep Oliver (Dir.)
- (2012) *La hora de la integración. Anuario de Inmigración en España 2011*. Eliseo Aja, Joaquín Arango y Josep Oliver (Dir.)
- (2013) *Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio. Anuario de la Inmigración en España 2012*. Eliseo Aja, Joaquín Arango y Josep Oliver (Dir.)
- (2014) *Inmigración y Emigración: mitos y realidades. Anuario de la Inmigración en España 2013*. Joaquín Arango, David Moya Malapeira y Josep Oliver Alonso (Dir.)
- (2015) *Flujos cambiantes, atonía institucional. Anuario de la Inmigración en España 2014*. Joaquín Arango, David Moya Malapeira, Josep Oliver Alonso y Elena Sánchez-Montijano (Dir.)