



UNIVERSITAT<sub>DE</sub>  
BARCELONA

## El acceso de la población inmigrante a los servicios sociales

Dolly Natalia Caicedo Camacho



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement- NoComercial – Compartir Igual 4.0. Espanya de Creative Commons**.

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento - NoComercial – Compartir Igual 4.0. España de Creative Commons**.

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0. Spain License**.

**TESIS DOCTORAL**



**PROGRAMA DOCTORADO EN DERECHO  
EL DERECHO EN UNA SOCIEDAD GLOBALIZADA (BIENIO 2005-2007)**

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN LOS DERECHOS DE LOS INMIGRANTES  
DEPARTAMENTO DE CONSTITUCIONAL Y CIENCIA POLÍTICA**

**EL ACCESO DE LA POBLACIÓN INMIGRANTE A LOS SERVICIOS SOCIALES**

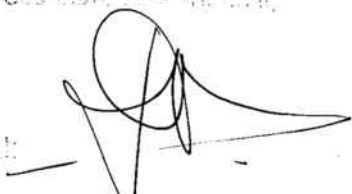
  
**UNIVERSITAT DE BARCELONA**  


**Por la que se opta al título de Doctor  
DOLLY NATALIA CAICEDO CAMACHO**

  
**Director de la Tesis  
Dr. ELISEO AJA FERNÁNDEZ**

**Esta Doctoranda ha sido admitida a la**

**Signat:**

  
**Barcelona, 8 de JUNIO de 2012.**

**UNIVERSIDAD DE BARCELONA**

**FACULTAD DE DERECHO**



A mis padres  
y a Joan

## **Agradecimientos**

La investigación que se presenta a continuación resume siete años de trabajo, pero es reflejo también del apoyo tanto profesional como personal de numerosas personas. En este sentido, quiero agradecer al director de la Tesis el Dr. Eliseo Aja Fernández quien supo con lucidez orientar y precisar los principales debates de este trabajo y quien constantemente me animó para la realización del mismo. Quiero agradecer también al profesor Paolo Carrozza de la Universidad de Pisa y a la Scuola Superiore Sant'Anna donde pude realizar una estancia de investigación con la finalidad de profundizar en la regulación del fenómeno migratorio en el derecho italiano. Asimismo, quiero agradecer al Departamento del Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona, en especial, a los profesores Joan Vintró, David Moya, Ana Sánchez y Gerardo Pisarello. Al Instituto de Derecho Público quiero reconocer mi enorme gratitud por el apoyo a mi investigación, así como la calidez de cada una de las personas que trabajan allí. A mis padres y a Joan les agradezco el amor y la paciencia con la que vivieron los años de elaboración de esta tesis.

## **EL ACCESO DE LA POBLACIÓN INMIGRANTE A LOS SERVICIOS SOCIALES**

|                           |           |
|---------------------------|-----------|
| <b>Abreviaturas .....</b> | <b>15</b> |
| <b>INTRODUCCIÓN .....</b> | <b>17</b> |

### **CAPITULO PRIMERO**

#### **EL MODELO DE SERVICIOS SOCIALES PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.**

|                                                                                                   |           |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>I. El concepto de servicios sociales en la Constitución Española .....</b>                     | <b>23</b> |
| <b>II. Características de los servicios sociales derivadas del Estado Social .....</b>            | <b>31</b> |
| 1. La conformación del Estado social en el constitucionalismo .....                               | 31        |
| 2. Las implicaciones del Estado social para la asistencia social .....                            | 36        |
| 3. El alcance de las garantías de los derechos sociales en la Constitución Española .....         | 36        |
| 4. Los servicios sociales como derechos de configuración legislativa .....                        | 50        |
| 4.1 La configuración de los servicios sociales como derecho subjetivo .....                       | 51        |
| 4.2 El nivel de protección derivado del mandato de derechos de configuración<br>legislativa ..... | 57        |
| 4.2.1 El papel de la Ley en el ordenamiento jurídico .....                                        | 58        |
| 4.2.2 El alcance material de la ley en el sistema de servicios sociales .....                     | 67        |
| <b>III. Los servicios sociales y el Estado autonómico .....</b>                                   | <b>70</b> |
| 1. Implicaciones del Estado autonómico sobre los servicios sociales .....                         | 70        |
| 2. La estructura de los servicios sociales autonómicos .....                                      | 71        |
| 3. La primera generación de leyes autonómicas .....                                               | 77        |
| 3.1 Los servicios sociales básicos .....                                                          | 78        |
| 3.2 Los servicios sociales especializados .....                                                   | 80        |

|                                                                                                                                        |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4. La segunda generación de leyes autonómicas .....                                                                                    | 84         |
| 4.1 Los cambios en la estructura administrativa .....                                                                                  | 86         |
| 4.2 La creación de derechos subjetivos .....                                                                                           | 87         |
| <b>IV. La descentralización territorial de los servicios sociales en el ordenamiento jurídico italiano: análisis comparativo .....</b> | <b>93</b>  |
| 1. Breve referencia al modelo de servicios sociales italiano bajo la Constitución de 1948 .....                                        | 93         |
| 2. La naturaleza y el alcance de la competencia estatal relativa al nivel esencial de las prestaciones .....                           | 100        |
| <b>V. Algunas consideraciones sobre los servicios sociales ante la crisis económica .....</b>                                          | <b>109</b> |

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **LA TITULARIDAD DEL DERECHO A LOS SERVICIOS SOCIALES Y LA INMIGRACIÓN**

|                                                                                                                                                   |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>I. La regulación constitucional de los derechos de los inmigrantes .....</b>                                                                   | <b>117</b> |
| 1. La Constitución española de 1978 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional .....                                                         | 117        |
| 2. La Constitución Italiana de 1948 y la teoría del <i>diritti inviolabili della personalità</i> de la <i>Corte Costituzionale Italiana</i> ..... | 123        |
| 3. Propuestas doctrinales sobre la interpretación de los derechos de los inmigrantes .....                                                        | 126        |
| 4. Análisis de la limitación de los derechos de los inmigrantes .....                                                                             | 133        |
| 4.1. El test de la proporcionalidad .....                                                                                                         | 133        |
| 4.2. El <i>principio di ragionevolezza</i> de la doctrina italiana .....                                                                          | 141        |
| 4.3. La aplicación por parte del Tribunal Constitucional de la proporcionalidad como límites a los derechos de los inmigrantes .....              | 145        |

|                                                                                                                                                  |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>II. La titularidad del derecho a los servicios sociales por parte de la población inmigrante .....</b>                                        | <b>149</b> |
| 1. Las previsiones del artículo 14 de la Ley Orgánica 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social ..... | 149        |
| 2. La titularidad del derecho a los servicios sociales y el principio de no discriminación .....                                                 | 155        |
| 2.1 La titularidad del derecho a los servicios sociales .....                                                                                    | 155        |
| 2.2 Aplicación del principio de igualdad y no discriminación .....                                                                               | 163        |
| <b>III. Aspectos más discutidos sobre los límites al acceso a los servicios sociales .....</b>                                                   | <b>172</b> |
| 1. El modelo migratorio esencialmente laboral .....                                                                                              | 172        |
| 1.1. Las discapacidades absolutas. El caso italiano .....                                                                                        | 173        |
| 1.2. Las renovaciones de los permisos de residencia .....                                                                                        | 174        |
| 1.2.1 La renovación del permiso de residencia y trabajo .....                                                                                    | 175        |
| 1.2.2 La renovación de permiso por reagrupación familiar .....                                                                                   | 176        |
| 2. Los plazos previos de residencia .....                                                                                                        | 182        |
| 2.1 Supuestos en que se requiere la residencia previa oponible a toda la población .....                                                         | 185        |
| 2.2 Supuestos en que se solicita un periodo de residencia previa a la población inmigrante .....                                                 | 186        |
| 2.3 La exigencia de plazos de residencia previa por vía de un tipo de permiso específico .....                                                   | 180        |
| 2.4 Valoraciones sobre la exigencia de plazos de residencia previa .....                                                                         | 189        |
| 3. El padrón municipal .....                                                                                                                     | 193        |

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **EL ACCESO DE LA POBLACIÓN INMIGRANTE A LOS SERVICIOS SOCIALES EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA.**

|                                                                                                                      |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>I. El contenido del artículo 14 LODYLE y las previsiones en las leyes autonómicas de servicios sociales .....</b> | <b>201</b> |
| 1. Los conceptos básicos y especializados de servicios sociales del artículo 14.2 y 14.3 LODYLE .....                | 201        |
| 2. Régimen de acceso a la población inmigrante en las leyes autonómicas de servicios sociales .....                  | 207        |
| 2.1 Leyes centradas en la remisión a otros textos .....                                                              | 207        |
| 2.1.1 Remisiones a los Tratados internacionales .....                                                                | 209        |
| 2.1.2. Remisiones a las normas reglamentarias .....                                                                  | 214        |
| 2.1.3. Remisiones a la Ley de extranjería y la cláusula de reciprocidad .....                                        | 215        |
| 2.2 Leyes que regulan el acceso de forma más detallada .....                                                         | 218        |
| 2.3 Elemento común de la protección: situación de urgencia y necesidad .....                                         | 220        |
| 3. Análisis sistemático entre el art. 14 LODYLE y las leyes autonómicas de servicios sociales .....                  | 222        |
| <b>II. El acceso a los servicios sociales en la legislación sectorial de las Comunidades autónomas .....</b>         | <b>223</b> |
| 1. Acceso a las prestaciones o servicios sociales básicos .....                                                      | 229        |
| 1.1 Servicios de información y orientación .....                                                                     | 234        |
| 1.2 Servicios de alojamiento temporal alternativo .....                                                              | 238        |
| 1.3 Servicios de atención domiciliaria .....                                                                         | 246        |
| 2. Régimen de titularidad respecto de colectivos específicos .....                                                   | 253        |
| 2.1 La familia .....                                                                                                 | 253        |

|                                                                                        |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.2 Los menores en situación de riesgo .....                                           | 261 |
| 2.3 Los jóvenes ex tutelados por organismos autonómicos de protección de menores ..... | 269 |
| 2.4 Servicios y prestaciones a personas discapacitadas .....                           | 273 |
| 2.5 Atención social a víctimas de trata de personas .....                              | 281 |
| 3. Las prestaciones económicas .....                                                   | 288 |
| 3.1. Las ayudas económicas de emergencia social .....                                  | 288 |
| 3.2. Las Rentas Mínimas de Inserción .....                                             | 293 |

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **DEBATES PENDIENTES DE LA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL EN SERVICIOS SOCIALES Y LA INMIGRACIÓN**

|                                                                                                                              |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>I. La competencia estatal sobre inmigración y los servicios sociales .....</b>                                            | <b>305</b> |
| 1. Estado de la cuestión y propuestas desde el derecho comparado.....                                                        | 305        |
| 2. El artículo 149.1.2ª CE y las competencias autonómicas .....                                                              | 315        |
| 3. Articulación de la competencia autonómica sobre servicios sociales y la competencia estatal sobre inmigración .....       | 322        |
| 4. Alternativas al art. 149.1.2ª CE en materia de servicios sociales .....                                                   | 326        |
| 4.1. El alcance del artículo 149.1.1ª CE sobre el acceso a los servicios sociales .....                                      | 327        |
| 4.2. El alcance de la integración de la inmigración sobre los servicios sociales .....                                       | 328        |
| 4.3. Implicaciones de la garantía de la igualdad territorial sobre los servicios sociales .....                              | 334        |
| 4.4. La colaboración y la coordinación como ámbito de actuación estatal en materia de servicios sociales e inmigración ..... | 335        |

|                                                                                                                                                          |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 5. La competencia en materia de primera acogida y los servicios sociales .....                                                                           | 339        |
| 5.1. La tendencia de concebir la acogida como servicios sociales .....                                                                                   | 339        |
| 5.2. La acogida como una competencia compartida .....                                                                                                    | 345        |
| 5.3 El esfuerzo de integración de la LODYLE y las leyes autonómicas sobre<br>integración .....                                                           | 346        |
| 5.3.1 La coordinación dentro del territorio autonómico .....                                                                                             | 347        |
| 5.3.2 La lengua .....                                                                                                                                    | 350        |
| 5.3.3 La coordinación entre Comunidades autónomas .....                                                                                                  | 351        |
| <b>II. Función del artículo 149.1.1ª CE y su incidencia sobre el sistema autonómico de<br/>servicios sociales .....</b>                                  | <b>353</b> |
| 1. Incidencia del art. 149.1.1ª CE sobre el derecho de la población inmigrante a los servicios<br>sociales .....                                         | 353        |
| 2. La naturaleza y alcance del artículo 149.1.1ª CE. El artículo 149.1.1ª CE como la igualdad<br>en las posiciones jurídicas fundamentales .....         | 366        |
| 3. El alcance del art. 149.1.1ª CE en relación a los principios rectores y, en especial, la<br>regulación sobre el acceso a los servicios sociales ..... | 361        |
| 4. Análisis de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y<br>Atención a las personas en situación de dependencia .....  | 372        |
| <b>III. Delimitación del artículo 149.1.17ª CE en relación el sistema autonómico de servicios<br/>.....</b>                                              | <b>382</b> |
| 1. Prestaciones sociales creadas en el marco del art. 149.1.17ª CE .....                                                                                 | 382        |
| 2. La delimitación competencial entre el sector asistencial de la Seguridad Social y los<br>Servicios sociales .....                                     | 385        |
| 2.1 Análisis de la STC 239/2002. El reconocimiento de un espacio compartido<br>.....                                                                     | 385        |
| 2.2 Los problemas de la igualdad territorial .....                                                                                                       | 390        |



|                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.3 La concurrencia material como respuesta al conflicto competencial .....                | 392 |
| 3. Cuestiones de fondo que abre la STC 239/2002 .....                                      | 396 |
| 3.1 El modelo territorial de servicios sociales previsto en la Constitución Española ..... | 396 |
| 3.2 Los traspasos en materia de servicios sociales .....                                   | 400 |
| 3.3 El modelo territorial contenido en el artículo 41 de la CE .....                       | 402 |
| 3.4 En busca de un criterio de delimitación competencial .....                             | 407 |
| 3.5 Reconocimiento pleno de la competencia en materia de servicios sociales .....          | 409 |
| <b>CONCLUSIONES</b> .....                                                                  | 413 |
| <b>BIBLIOGRAFIA</b> .....                                                                  | 423 |

## **ABREVIATURAS**

CE Constitución Española

CI Constitución Italiana

CCAA Comunidades autónomas

CEDH Convenio Europeo de Derechos Humanos

DGI Dirección General de Inmigración

INAS Instituto Nacional de Asistencia Social

INE Instituto Nacional de Estadística

IPREM Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples

LBRL Ley de Bases del Régimen Local

LGSS Ley General de Seguridad Social

LO Ley Orgánica

LODYLE Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

RMI Renta Mínima de Inserción

SIUSS Sistema de Información de Usuarios de Servicios Sociales

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TSJPV Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

## INTRODUCCIÓN

El aumento de los flujos migratorios en las últimas décadas se ha convertido en uno de los principales retos para los países europeos. La necesidad de construir e integrar un estatus de ciudadanía para personas que desarrollan su vida en el mismo espacio que los nacionales pero no comparten el vínculo de la nacionalidad representa una de las principales preocupaciones para las sociedades democráticas. Los términos en que las constituciones de la segunda mitad del siglo XX conceptualizan la ciudadanía, un estatus que se concede a los miembros nacionales de un Estado derechos civiles, políticos y sociales, se convierte en objeto de discusión a raíz del fenómeno migratorio objeto de discusión.

Desde la perspectiva de los derechos este cambio social lleva a repensar los términos en que se reconoce la titularidad de los derechos con el fin de extenderlos a los nuevos ciudadanos residentes en el territorio del Estado. El principio democrático orienta el reconocimiento constitucional de los derechos para los ciudadanos nacionales bajo el principio de la igualdad. Sin embargo, textos como la Constitución española de 1978 incorporan pocas bases sobre las cuales apoyarse para interpretar la titularidad y el principio de no discriminación de los derechos a los no nacionales. En este contexto ha sido el Tribunal Constitucional el que ha través de sus sentencias ha buscado dar respuestas al respecto.

Desde la perspectiva de la distribución territorial los procesos migratorios también plantean cambios importantes. Gran parte de los derechos sobre los que se discuten los términos de la titularidad y de la extensión del principio de no discriminación son derechos cuya competencia corresponde, total o de forma compartida, a las entidades territorialmente descentralizadas. En el caso del ordenamiento jurídico español, los derechos de naturaleza social tienen su desarrollo en el marco de las competencias autonómicas y, por lo tanto, son las leyes autonómicas las que regulan, bien directamente, bien en el marco de las bases dictadas por el Estado central, los términos en que se disfruta el derecho.

En España, el aumento demográfico en los últimos 15 años ha cambiado definitivamente la composición demográfica de la población. Se ha pasado de no más de 500.000 extranjeros en

1996 a un total de 5.711.040 en 2011 que representan un 12% de la población total<sup>1</sup>. Este cambio demográfico obliga a un replanteamiento del ordenamiento jurídico, un sistema pensado para un tipo de población homogénea tiene que adaptarse a un nuevo panorama donde las personas que se encuentran en territorio nacional son diversas tanto en su posición frente al ordenamiento, como en aspectos culturales y religiosos.

Con relación al derecho a los servicios sociales la inmigración ha abierto un nuevo frente que debate sobre la extensión de la titularidad así como las implicaciones sobre la descentralización. Nuevas situaciones no previstas plantean la necesidad de repensar el ordenamiento jurídico. Así, unos servicios sociales inicialmente concebidos para una tipo de población y unas necesidades específicas, se enfrentan hoy en día a una población diversa y con unas necesidades distintas. Los servicios sociales, en ocasiones, representan la primera institución pública a la que acuden los inmigrantes en su momento de llegada, desarrollando éstos una importante función de primera acogida y de impulso hacia una futura integración. En otras ocasiones, los servicios sociales se encuentran frente a necesidades de personas, ya establecidas en España, pero que por su propia condición de inmigrante presentan supuestos de hecho y necesidades particulares.

Esta tesis tiene como objeto el estudio del acceso de la población inmigrante a los servicios sociales. Para llevar a cabo este propósito se propone partir desde la perspectiva constitucional de los servicios sociales para posteriormente entrar en el ámbito migratorio. En este sentido, el capítulo primero analiza los dos grandes cambios que implicó la Constitución Española de 1978 para lo que hasta el momento había sido la protección asistencial: la constitucionalización del Estado social y la descentralización política. El primero de los cambios parte de la concepción del Estado como un Estado social y democrático. Estos principios imponen unas obligaciones específicas hacia los poderes públicos, a través de las cuales la beneficencia se despoja de sus caracteres discrecionales y graciabiles para constituirse como un servicio público. Asimismo, el texto constitucional incluye los servicios sociales bajo la categoría de principios rectores cuestión que lleva a estudiar esta categoría jurídica y, en especial, el papel que tiene la ley como norma que fija el contenido del derecho y los términos en que la administración otorga las prestaciones asistenciales.

---

<sup>1</sup> Datos sobre el padrón municipal, Instituto Nacional de Estadística, 2012.

El segundo aspecto que introduce la Constitución Española de 1978 al sistema asistencial español es la descentralización política. Bajo el modelo autonómico los Estatutos juegan un papel fundamental, pues si bien la Constitución española de 1978 configura un nuevo modelo territorial, éste se materializa a la práctica por vía de la promulgación de los Estatutos de autonomía. A través de los Estatutos, las Comunidades autónomas asumen la titularidad de las competencias y son los textos que cierran el modelo autonómico. Así, a partir del modelo territorial establecido en el texto constitucional y desarrollado por los Estatutos, la asistencia social pasa a ser una competencia cuya titularidad le corresponde en exclusiva a las Comunidades autónomas. En este marco, la segunda parte del capítulo primero se dedica al estudio del sistema de servicios sociales que las Comunidades autónomas han creado en el ejercicio de su competencia. Este apartado tiene como finalidad describir la organización, estructura y evolución de los servicios sociales autonómicos. Asimismo, desde una perspectiva comparada se estudia el modelo de distribución competencial de los servicios sociales bajo el sistema regional italiano.

Tras el encuadre general que se pretende con el primer capítulo, los capítulos siguientes se centran en el análisis del acceso de la población inmigrante a los servicios sociales. El precepto legal en el que se regula el derecho es el art. 14.2 y 14.3 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. La norma señala expresamente: *“Los extranjeros residentes tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles. En cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas”*.

El capítulo segundo se dedica al estudio de la titularidad del derecho a los servicios sociales tanto para la población en situación administrativa regular como la población en situación irregular. Para ello se parte del estudio general de los derechos de los inmigrantes acudiendo a un análisis comparado entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte *Costituzionale Italiana*, así como a las aportaciones realizada al respecto por la doctrina.

El segundo apartado del capítulo segundo tiene como objeto el estudio del art. 14.2 y 14.3 LODYLE desde la perspectiva de la titularidad del derecho. El referido artículo reconoce el

acceso a los servicios sociales en función de un estatus migratorio determinado que es la residencia legal, cuestión que plantea la discusión sobre la capacidad de una persona, que carece de nacionalidad del Estado, de ser titular del derecho a servicios sociales y el papel que juega la residencia como elemento que reconoce y a su vez que deniega prestaciones sociales. En este capítulo también se analizarán las cuestiones más polémicas relativas a la exigencia de requisitos, distintos a la residencia, para el acceso a los servicios sociales. Por una parte, el padrón municipal, documento administrativo que tiene una gran relevancia en el acceso la población en situación irregular a los servicios sociales. Por otra parte, en materia de derechos sociales la tendencia legislativa es requerir además de la residencia legal un determinado número de meses o años de residencia previa en el territorio. El acceso a los servicios sociales no se escapa de esta tendencia y es por ello que en este capítulo se analiza la exigencia de plazo previos de residencia, requisito que directamente no impide el acceso pero que indirectamente puede constituirse como un impedimento que afecta principalmente a la población inmigrante.

El capítulo tercero se centra en el análisis del contenido del art. 14.2 y 14.3 LODYLE. La ley de extranjería reconoce el acceso en función de dos conceptos: servicios sociales básicos y servicios sociales especializados. La importancia de delimitar y definir el contenido de cada uno de estos conceptos resulta esencial para entender el régimen de acceso por parte de la población inmigrante. Esto es así porque es justamente a partir de la concreción del contenido de los servicios básicos y de los especializados como se determina a que prestaciones y servicios accede una persona que se encuentra en situación administrativa regular o irregular. Analizar el contenido del derecho conlleva necesariamente a relacionar el art. 14 LODYLE y el sistema autonómico de servicios sociales. En especial, los términos en que las leyes autonómicas de servicios sociales estructuran el servicio público y regulan el acceso a las distintas prestaciones y servicios. Una fotografía completa del impacto y de la respuesta que el ordenamiento autonómico ha dado al fenómeno migratorio implica también el estudio individualizado de cada una de las prestaciones y servicios que forman parte del sistema asistencial para poder de esta forma conocer la implicación de la inmigración sobre el sistema de servicios sociales y los términos en que cada prestación reconoce el acceso a los no nacionales.

El capítulo cuarto analiza los debates pendientes de la distribución competencial de los servicios sociales. Por una parte, el Estado, titular de la competencia en materia de

inmigración y extranjería (art. 149.1.2ª CE), dicta la LODYLE donde se regulan todos los derechos de los inmigrantes, incluido el derecho a los servicios sociales. No obstante, como resultado del proceso de descentralización territorial dibujado por la Constitución Española de 1978 y materializado en los Estatutos de autonomía, son las Comunidades autónomas los entes encargados de elaborar la legislación en un amplio número de materias, entre ellas los servicios sociales. Al tenor de la distribución competencial y de la adecuación del ejercicio de los poderes públicos a la autonomía reconocida, la regulación prevista en el artículo 14.2 y 3 de la LODYLE resulta como mínimo cuestionable. Esta panorámica lleva a analizar la relación entre servicios sociales e inmigración pero ahora desde la perspectiva competencial dado que es el Parlamento estatal quién decide a través de la Ley de extranjería el régimen de acceso a una materia, como son los servicios sociales, que se encuentra descentralizada.

Bajo el sistema de distribución competencial previsto en el texto constitucional y en los Estatutos de autonomía, junto a los interrogantes que plantea el difícil encaje entre el título competencial previsto en el art. 149.1.2ª CE y los servicios sociales, existe también otro análisis paralelo derivado de la propia configuración y dinámica de la asistencia social como competencia autonómica. Más allá de la inmigración, el art. 149.1 CE contiene otros títulos competenciales a través de los cuales el Estado central, impelido en gran medida por su configuración como social, tiende a interferir con mayor o menor intensidad sobre la competencia autonómica. En este sentido, tras la creación del Estado de las autonomías ha sido una constante el intento de precisar, por una parte, las borrosas fronteras entre la protección social asegurativa y la asistencial (art. 149.17ª CE) y, por otra, la contención de una competencia tan transversal como es *“las condiciones básicas de los derechos y deberes de los españoles”* (art.149.1.1ª CE). Así el apartado segundo del capítulo cuarto se dedica al estudio de la competencia prevista en el art. 149.1.17ª y el apartado tercero al estudio de la competencia prevista en el art. 149.1.17ª, ambas en relación con la competencia autonómica de servicios sociales.



## CAPÍTULO PRIMERO

### MODELO DE SERVICIOS SOCIALES PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

#### I. EL CONCEPTO DE SERVICIOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

En el ordenamiento jurídico actual, el sistema de servicios sociales gira en torno a la idea que el modelo económico y social establecido deja capas de la población al descubierto que por si mismas no pueden atender sus necesidades y es en este contexto en el que el Estado, la familia o el tercer sector intervienen para evitar que los individuos caigan en situaciones de pobreza o exclusión<sup>2</sup>. La intensidad y forma de la intervención de cada actor, Estado-familia-tercer sector, dependerá del modelo asistencial que se trate. Así, Wilnsky y Lebeaux afirman que existen dos concepciones de Estado de Bienestar – la residual y la institucional- y, por ende, de modelos de prestación de servicios sociales. La concepción residual donde las instituciones de bienestar deberían entrar en acción sólo cuando las estructuras normales de provisión fallaran y la concepción institucional que ve a los servicios del bienestar como funciones normales, de primera línea de la sociedad moderna<sup>3</sup>.

Desde otro punto de vista, bajo la conocida clasificación elaborada por el sociólogo Esping-Andersen existen tres modelos de Estado de bienestar. El primero, el Estado de bienestar liberal, en el cual se entiende que los servicios de bienestar son fundamentalmente privados, y el acceso a los mismos depende de los criterios de oferta y demanda, mediando siempre una valoración o pago de naturaleza monetaria. El segundo, el Estado de bienestar conservador o corporativo, propio de los regímenes pre-democráticos o autoritarios, donde la política social no es tanto un mecanismo de consecución de la igualdad social, sino un instrumento al servicio del status quo para prevenir conflictos sociales. Son Estados que dejan en manos de la Iglesia la protección social, erigiéndose el Estado como un pasivo subsidiario cuando los individuos u otras organizaciones sociales y religiosas no puedan resolver la pobreza. En este

---

<sup>2</sup> El concepto de “exclusión social” comenzó a utilizarse inicialmente durante los años setenta en Francia, aunque no se generalizó en el lenguaje de las políticas públicas y de las ciencias sociales hasta la década de los ochenta y los noventa. En ese momento, la exclusión quedó asociada al concepto de desempleo y a la inestabilidad de los vínculos sociales. SUBIRATS, J., *Pobreza y exclusión social: Un análisis de la realidad española y europea*. Barcelona, Fundación La Caixa, Colección Estudios Sociales, nº 16, 2004, p.17.

<sup>3</sup> WILNSKY, H., y LEBEAUX, C., *Industrial Society and Social Welfare*. 1965, p.138.



modelo, no se pone en duda los derechos sociales de las personas, pero el corporativismo de las élites estatales y sociales no están verdaderamente interesadas en una redistribución igualitaria de recursos y en intervenir en el mercado de trabajo. En el tercer modelo, denominado social demócrata y predominante en los Estados europeos tras la segunda guerra mundial, existe una clara intención de conseguir la igualdad social, la universalización de los servicios sociales y la participación. El Estado aquí no es un mero resorte al que se acude cuando falla el mercado, sino todo lo contrario, el Estado es en sí, el medio para hacer efectivos los derechos constitucionalmente reconocidos<sup>4</sup>.

Desde un punto de vista amplio, los servicios sociales pueden ser definidos como las actuaciones que realiza el Estado con la finalidad de conseguir el bienestar de la población a través de la prestación de servicios relacionados con la sanidad, la seguridad social, la educación, los servicios sociales específicos, entre otros. Desde un punto de vista estricto, los servicios sociales se entienden como un conjunto de prestaciones técnicas que tienen como finalidad prevenir o eliminar las situaciones de marginación social; atender a necesidades específicas de determinados grupos (infancia, ancianos, discapacitados, marginados, entre otros); facilitar la adaptación recíproca de la persona o del medio social; elevar la calidad de vida y promover el bienestar individual y colectivo<sup>5</sup>.

La referencia a los servicios sociales en la Constitución española de 1978 se encuentra en art. 50 CE. En este precepto el texto constitucional realiza una alusión mediante el siguiente anuncio

*“Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.*

Como puede observarse, el artículo de la Constitución española no contiene un concepto estricto de servicios sociales. Desde el punto de vista subjetivo, delimita los servicios sociales

---

<sup>4</sup> ESPING-ANDERSEN, G., *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Cambridge, Polity Press, 1990. La versión española, *Los Tres mundos del Estado de Bienestar*. Valencia, Ediciones Alfons el Magnànim, 1993.

<sup>5</sup> GARCÉS FERRER, J., “El marco político de los servicios sociales”, en GARCÉS FERRER, J., (Coord.) *Sistema político y administrativo de los servicios sociales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p.55.

a la tercera edad cuando el sistema asistencial cubre también las necesidades de otros colectivos como menores, familia o responde a situaciones como la carencia de recursos de rentas o económicos. Desde el punto de vista del contenido, el artículo 50 CE parece incluir un concepto de servicios sociales en sentido amplio al señalar que los mismos tienen como finalidad cubrir las necesidades de salud, vivienda, cultura y ocio<sup>6</sup>. Sin embargo, cabe indicar que el constituyente no pretende ofrecer un concepto exacto y preciso de los servicios sociales. La función del texto constitucional no es la de conceptualizar de las diferentes instituciones que se incluyen en el mismo, sino que posteriormente será la doctrina la encargada de conceptualizar los servicios sociales teniendo en cuenta el tanto el marco constitucional general como el desarrollo que el legislador de a este campo de la protección social.

También aluden a los servicios sociales, no como concepto sino como ámbito de actuación, el art. 39 CE sobre protección de la familia, el art. 48 CE sobre juventud, el art. 49 CE sobre la protección a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. En general estos preceptos recogen determinados deberes sociales dirigidos a los poderes públicos en favor de los colectivos sobre los concurren situaciones de necesidad específicas que pueden constituir factores de exclusión social. Autores como Vaquer Caballería sostienen que la enumeración de los colectivos no debe considerarse taxativa o *numerus clausus*, sino que caben dentro del texto constitucional también otros colectivos como: minorías étnico culturales, inmigrantes, alcohólicos, toxicómanos y ex toxicómanos, víctimas del terrorismo<sup>7</sup>.

La segunda referencia a los servicios sociales en el texto constitucional se encuentra en el art. 148.1.20ª CE. A través de este precepto, y de la cláusula residual del artículo 149.1.3 CE, se permite la descentralización de la asistencia social hacia las Comunidades autónomas. Como se analizará posteriormente, el modelo de distribución territorial previsto por el texto constitucional resulta clave a la hora de extraer las características del modelo asistencial. Esto es así porque la titularidad autonómica de la competencia es un elemento que define el sistema español de servicios sociales.

---

<sup>6</sup> En este sentido, ALEMÁN BRANCHO C., "Régimen Jurídico de los servicios sociales en España", en ALEMÁN BRANCHO y GARCÉS FERRER, (Coords.) *Administración social: servicios del bienestar social*. Madrid, Siglo XXI de España Editores, 1996, p.64.

<sup>7</sup> VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social Un estudio sobre la actualidad en el Estado Social de Derecho*. Valencia, Tirant lo Blanch, novedades de derecho público, núm.3, 2002, p.85.

En relación con el uso terminológico simplemente se señalará que en la doctrina la delimitación conceptual entre Asistencia Social<sup>8</sup>, Servicios Sociales<sup>9</sup> y Acción Social<sup>10</sup>, ha generado una abundante literatura que no ha conseguido un consenso doctrinal que uniformice el uso de los conceptos y proporcione una comprensión inequívoca de los términos.

La diferenciación entre servicios sociales y asistencia social resulta un debate más doctrinal que práctico. Pues a la hora de regular, el legislador autonómico ha utilizado los términos de forma indistinta, con tendencia a intercambiar uno y otro concepto. El mismo texto constitucional cae en esta ambigüedad cuando en el Capítulo III alude al término servicios sociales y, posteriormente, en el Título VIII habla de asistencia social. Esta circunstancia no ha impedido a las Comunidades autónomas, una vez asumida por vía estatutaria la competencia sobre asistencia social, el desarrollo de un sistema de protección social que integra todos los colectivos aludidos en el Capítulo III.

A efectos de este trabajo, los conceptos de servicios sociales y asistencia social se entienden como dos términos que responden a la misma realidad; un conjunto de servicios y prestaciones realizadas desde las administraciones autonómicas dirigidas a superar la situación de vulnerabilidad o necesidad de determinados individuos, con el fin de garantizar la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y, en definitiva, la cohesión social<sup>11</sup>. Respecto al contenido de los servicios sociales, cabe señalar que, éstos comprenden tanto prestaciones materiales (atención domiciliaria, comedor transporte adaptado, entre otras)

---

<sup>8</sup> Concibe el concepto la asistencia social como un sistema amplio de protección social y los servicios sociales como técnicas integradas en el campo de la asistencia. MAESTRO BUELGA, G., y GARCÍA HERRERA, M.G., *Marginación, Estado Social y Prestaciones autonómicas*. Barcelona, Cedes, 1999, p.95. MARTÍN MATEO, R., "Sobre el concepto de Asistencia Social", en *Problemas Fundamentales de la beneficencia y la asistencia social*. Madrid, Ministerio de la Gobernación, 1967, p.67 y ss.

<sup>9</sup> Apuestan por un concepto de servicios sociales como categoría general que incorpora la asistencia social. ALFONSO SECO J.M y GONZALO GONZÁLEZ B., *La asistencia social y los servicios en España*. Madrid, BOE, 2000, p.111; TORNOS MAS, J., "Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público", en *Cuadernos de Derecho Local*, núm.6, 2004, p.9.

<sup>10</sup> Otros autores abogan por un concepto de acción social, en un sentido de atención más global e integrada a la persona y proponen la superación de los tradicionales conceptos de beneficencia y asistencia social. GARCÉS SANAGUSTÍN., *Las prestaciones económicas en el ámbito de la protección asistencial*. Barcelona, Cedes, 1996, p.22-25; VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social ... op.cit.*, p.167.

<sup>11</sup> Para Garcés Ferrer los servicios sociales constituyen uno de los sistemas públicos de bienestar dentro de un Estado social que tienen la finalidad de integrar y compensar a los ciudadanos, así como promocionar y universalizar el bienestar social GARCÉS FERRER, J., "El marco político de los servicios sociales", en *Sistema político administrativo de los servicios sociales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p.56. En la doctrina italiana, FERRARI, E., define los servicios sociales como "l'insieme delle attività, costruire a misura dell'utente e finalizzate al suo pieno (re)inserimento nella società". FERRARI, E., *I servizi sociali*. Milano, 1986. p.9.

como prestaciones económicas de atención social (ayudas dirigidas a complementar las rentas u otorgar unos ingresos mínimos). Además la actuación de los poderes públicos no se limita a la acciones de prestación propiamente dichas, sino que también se incluyen actuaciones de planificación y coordinación entre los diferentes sectores sociales y entidades territoriales competentes; así como actividades de fomento que se materializan en el otorgamiento de subvenciones y celebración de convenios entre las distintas entidades que intervienen en los servicios sociales.

El Tribunal Constitucional se pronuncia por primera vez sobre el concepto de servicios sociales en la STC 76/1986, de 9 de junio. En este pronunciamiento el Tribunal señaló que el concepto de servicios sociales debe deducirse de la legislación vigente: *“la noción de asistencia social (...) ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general”*<sup>12</sup>. A juicio del Tribunal, el elemento no contributivo es la principal característica de la asistencia social, así señala que *“Esta asistencia social aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social. En el momento actual -con independencia de que la evolución del sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección-, es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios”* (FJ.6).

Posteriormente, en la STC 146/1986, de 25 de noviembre, donde se profundiza sobre el concepto de asistencia social el Tribunal añade que *“siguiendo la pauta de algunos instrumentos internacionales como la Carta Social Europea”*<sup>13</sup>, lo que deba entenderse por *Asistencia Social*, en un sentido abstracto, abarca una técnica de protección fuera del sistema de Seguridad Social, con caracteres propios, que los separa de otras afines o fuera de ella. *La Asistencia Social viene conformada como una técnica pública de protección, lo que la distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces”*. Asimismo, define el sistema de asistencia social como un modelo de participación pública y privada, en

---

<sup>12</sup> La remisión a la legislación ha hecho que alguna doctrina hable de la desconstitucionalización del concepto de asistencia social, así MAESTRO BUELGA, G., y GARCÍA HERRERA, M.G., *Marginación, Estado Social y Prestaciones autonómicas*. Barcelona, Estudios Constitucionales y Políticos (Cedes), 1999, p.98.

<sup>13</sup> La Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, ratificada por España con fecha de 29 de abril de 1980, (BOE nº 153, de 26 de junio de 1980) define los servicios sociales, art. 14, como *“servicios que contribuyen al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como su adaptación al medio o al entorno social”*.

palabras del Tribunal *“Esta noción no sólo comprende a la asistencia dispensada por entes públicos -que la definen y la prestan-, sino también a la dispensada por entidades privadas, caso en que los poderes públicos desempeñan sólo funciones de fomento o de control”* (FJ2).

El texto europeo al que se remite la STC 146/1986 concibe los servicios sociales como un servicio social que contribuye al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social (art. 14 de la Carta Social Europea). Por su parte, el Consejo de Europa definió los servicios sociales como *“todos los organismos que tienen por misión adoptar una ayuda y una asistencia personal directa a individuos, grupos o comunidades para favorecer su integración a la sociedad, se excluyen los servicios que se ocupan únicamente de asegurar cierto nivel de vida por medio de atribución de prestaciones en dinero o en especie”*<sup>14</sup>.

Según el criterio del Tribunal son tres las características que definen el concepto de servicios sociales o asistencia social. Bajo la primera, en el marco del nuevo contexto jurídico y político, la asistencia social es entendida como un servicio público o como una técnica de intervención pública alejada de la beneficencia. Al respecto resulta ilustrativa la remisión a la Carta Social Europea, en la cual los servicios sociales se asocian con la noción de bienestar social y, por lo tanto, el Tribunal busca dejar atrás los términos en que históricamente se ha entendido la protección a los más necesitados, al respecto de volverá más adelante. En segundo lugar, el Tribunal establece que el concepto de asistencia social es un concepto dinámico que depende en gran medida del alcance que el legislador decida dar a los servicios sociales y, por lo tanto, su contenido dependerá de las distintas opciones legislativas que se adopten en cada momento. En tercer lugar, el Tribunal señala que es un sistema que comparte su ámbito de actuación con la iniciativa social privada y, por lo tanto, el modelo asistencial español es un modelo mixto de participación pública y privada. Sobre la asistencia privada las instituciones públicas desempeñan funciones de fomento y de control.

El Tribunal concluye que la asistencia social goza de unos caracteres propios que la diferencian de la Seguridad Social y deduce de la legislación vigente el carácter no contributivo como elemento base y diferenciador de la asistencia social. En este sentido, el Tribunal intenta construir la noción de servicios sociales en función de su delimitación con la

---

<sup>14</sup> *Les services sociaux*. Estrasburgo, Consejo de Europa, 1980, p.11.



Seguridad Social. Esta forma de conceptualizar los servicios sociales se debe seguramente a que ambos pronunciamiento se plantean en el marco de conflictos competenciales y, en especial, se centran en la difícil delimitación entre la asistencia social autonómica y los servicios sociales que presta en el Estado en el ejercicio de la competencia sobre Seguridad Social prevista en el art. 149.1.17ª CE.

Las sentencias tienen la virtud, en ese momento, de aportar un criterio concreto y definido sobre la delimitación entre uno y otro campo de protección social. Ahora bien, como el propio Tribunal señala es un concepto que depende de la propia evolución del sistema y de los cambios legislativos. En este contexto, esta doctrina ha tenido que ser matizada y admitirse la actuación de uno y otro ente con independencia de la naturaleza contributiva (STC 239/2002). Los problemas que plantea la distribución competencial entre la asistencia social y el sistema asistencial de la Seguridad Social serán analizados en el apartado tercero del capítulo cuarto.

La ausencia de una definición específica de servicios sociales no impide que puedan extraerse del texto constitucional las principales características del modelo asistencial. Para fundamentar la institucionalización de los servicios sociales Aznar López acude a la referencia de un sistema de servicios sociales recogida en el art. 50 CE; al derecho a la igualdad del art. 14 CE y la igualdad sustancial del art. 9.2 CE; a las referencias a determinados segmentos de población, posibles destinatarios de los servicios sociales, que se recogen a lo largo del Capítulo III del texto constitucional; y al parámetro hermenéutico que se deriva del art. 10.2 CE, que obliga a tener en cuenta la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como los demás instrumentos internacionales en la materia ratificados por España, a la hora de realizar la exégesis de los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales<sup>15</sup>.

El texto constitucional otorga un nuevo marco de referencia para el desarrollo de lo que hasta el momento se conocía como beneficencia. Bajo la proclamación de la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social se introducen nuevos parámetros en la

---

<sup>15</sup> AZNAR LÓPEZ, M., "Aspectos jurídicos de los servicios sociales: de la referencia constitucional a la legislación ordinaria", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 30, 2001, p.56. Un quinto elemento o pilar constitucional para los servicios sociales es el art. 41 CE, que si bien, está expresamente referido al régimen público de la Seguridad Social, autores como Garcés San Agustín o Vida Soria, sostienen que el art. 41 CE utiliza la fórmula de seguridad social "en sentido amplio y no técnico jurídico". Nota extraída de VAQUER CABALLERIA, M., *La acción social...* op.cit., p.81.

relaciones entre el Estado y la sociedad<sup>16</sup>. Junto con este principio axiológico y orientador de todas las actuaciones del Estado, el texto constitucional define la nueva concepción de los servicios sociales bajo dos grandes líneas: la constitucionalización del Estado Social y la descentralización nacida del Estado de las autonomías.

Los servicios sociales, fuertemente marcados por la configuración del Estado como Estado social, se incorporan en el texto constitucional español bajo la categoría de principios rectores. En este sentido, resulta relevante para el presente trabajo el estudio de dicha categoría, y, en especial, la configuración que la norma suprema otorga a los principios rectores y el grado de eficacia que les dota. Por otra parte, pese a adelantarse a conclusiones futuras, cabe señalar que el desarrollo legal de los servicios sociales se presenta como elemento fundamental y casi constitutivo de los mismos. El legislador, órgano sobre el que recae el principio democrático, es el ente encargado de dar vida al modelo asistencial. Ésta es la razón por la cual una parte de este Capítulo se centrará en el análisis del papel que tiene la ley en el desarrollo de los servicios sociales y, en especial, la relación entre la ley y la fuente inmediatamente inferior, el reglamento.

El segundo elemento que define el desarrollo del modelo de servicios sociales es la descentralización. El Estado de las autonomías creado con la Constitución de 1978 y desarrollado por los Estatutos de autonomía, permite que las Comunidades autónomas asuman la competencia en materia de servicios sociales o asistencia social como exclusiva. En virtud del art. 148.1.20ª CE, para la Comunidades autónomas que crean por vía del art. 143 CE, y del art. 149.1.3 CE, para las Comunidades que ser crean por vía del art. 151 CE, el régimen asistencial en España depende ahora de las entidades políticamente descentralizadas y son éstas las que configuran y desarrollan el sistema de servicios sociales. Ahora bien, la competencia autonómica sobre servicios sociales no puede ser leída en el sentido de excluir cualquier actuación del Estado central, sino en conformidad con el conjunto de títulos competenciales que se atribuyen al Estado a lo largo del art. 149.1.CE, los cuales, como se analizará en el capítulo IV, condicionan el ejercicio de la competencia autonómica.

---

<sup>16</sup> Para Vaquer Caballería la conexión entre dignidad de la persona y el principio de solidaridad en el sector de acción social trasciende la cláusula de Estado social para enraizar directamente en lo que ha sido justamente cualificado como “opción axiológica básica” “clave del sistema axiológico material” y “valor-síntesis” de la Constitución Española entera: el valor de la persona, su dignidad y libre desarrollo de la personalidad, reconocidos en el art. 10.1 CE como “fundamentos del orden político y de la paz social”. VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social...* op.cit., p.65 y ss.

## II. CARACTERÍSTICAS DE LOS SERVICIOS SOCIALES DERIVADAS DEL ESTADO SOCIAL

### 1. La configuración del Estado Social en el constitucionalismo

Según el profesor García Pelayo, el Estado Social significa históricamente el intento de adaptación del Estado tradicional a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial con sus nuevos y complejos problemas pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos<sup>17</sup>. El Estado es ahora el encargado de garantizar al conjunto de la sociedad la provisión de aquellos bienes y servicios necesarios, mediante la prestación de servicios públicos sociales. Asimismo, bajo el Estado Social el sentido en que tradicionalmente se ha entendido la igualdad se transforma y posibilita actuaciones en favor de un determinado colectivo o de la sociedad en general con el objetivo de garantizar condiciones dignas de vida para todas las personas.

El cumplimiento de este objetivo conlleva la intervención del Estado en la economía mediante la provisión de servicios públicos sociales y la regulación de la actividad privada. Si el Estado liberal puede entenderse como la limitación al poder, el Estado democrático como la participación en el poder, el Estado social es esencialmente la participación en la riqueza. Así, García Pelayo considera al Estado Social como “la forma histórica superior de la función distribuidora, que siempre ha sido una de las características esenciales del Estado, pues ahora no se trata sólo de distribuir potestades o derechos formales, o permisos o castigos, ni tampoco de crear un marco general de distribución de los medios de producción, sino que se trata también de un Estado de prestaciones que asume la responsabilidad de la distribución y redistribución de los bienes y servicios económicos”<sup>18</sup>.

Resulta difícil fijar una fecha precisa que indique la fundación del Estado social. Esto es así porque la configuración del Estado bajo parámetros sociales es en el fondo un proceso histórico-evolutivo donde puede pensarse en algunos puntos de partida pero no el momento en que se constituye como tal. Algunos autores han reconstruido las demandas y luchas sociales

---

<sup>17</sup>GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid, Alianza Universidad, 1977, (11a ed), p.18.

<sup>18</sup>Ibid., p.20.



desarrolladas en el marco de la revolución francesa<sup>19</sup>. Sin embargo, como bien señala el profesor Balssarre es “nel corso del mezzo secolo compreso tra gli anni '80 del secolo scorso e gli anni '30 di questo secolo”, donde “quasi tutti gli stati di origine liberale hanno realizzato le principali modificazioni legislative e sociale, che hanno rappresentato le premesse essenziali per l'istituzione di un moderno Stato sociale”<sup>20</sup>.

Los elementos que juegan a favor de la incorporación del Estado social en los textos constitucionales de la segunda post-guerra los detalla el profesor García Pelayo. Así, para este autor “las experiencias históricas del periodo comprendido entre las dos guerras mundiales con sus profundas crisis económicas, su extensísimo paro obrero y la consiguiente profundización de la lucha de clases, fenómenos que, a su vez, repercutían hondamente en la estabilidad de las instituciones políticas y que trajeron como consecuencia la instalación de regímenes totalitarios fascistas y la consiguiente catástrofe de la guerra mundial. Terminada ésta, las potencias occidentales decidieron establecer un Estado Social de Derecho que evitara tanto la expansión del socialismo soviético como la vuelta a las condiciones del periodo anterior. El nuevo sistema busca, dentro del mantenimiento del sistema capitalista, el reconocimiento y garantía constitucional de un conjunto de derechos de naturaleza social”<sup>21</sup>.

Bajo este presupuesto, la Constitución alemana de Weimar de 1919 y la Constitución mexicana de 1918 son las primeras Constituciones que reconocen un listado amplio de derechos sociales. Ahora bien, desde el punto de vista constitucional el término Estado Social se sitúa formalmente en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Así, el art. 20 califica la República Federal Alemana como un “*Estado social federal*” y el art. 28 como un “*Estado social de derecho*”. En este contexto, el Estado Social de Derecho transforma lo que a principios del siglo XX fue una política social sectorizada en una política social generalizada, entendiendo el bienestar de la sociedad, y con él, la garantía de unos mínimos existenciales para la población necesarios para el pleno disfrute de sus derechos y libertades, son fines del Estado<sup>22</sup>. Los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de

---

<sup>19</sup> HERRERA, C.M., *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p.15-30.

<sup>20</sup> BALDASARRE, A., “Diritti sociali”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani XI*. Roma, 1989, p.2. En castellano BALDASSARRE, A., *Los Derechos Sociales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001. (Trad. Santiago Latorre).

<sup>21</sup> GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo...* op.cit., p.18.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, p.20.

los ciudadanos prestaciones y servicios públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales<sup>23</sup>.

El salto que representó la incorporación del Estado Social en los textos constitucionales y, por lo tanto, su extracción del ámbito exclusivo del derecho administrativo, no estuvo exento de polémicas. Como es ampliamente conocido, la primera mitad del siglo XX se caracterizó por un extenso y vívido debate sobre las implicaciones del Estado Social frente al ya consolidado y constitucionalizado Estado de Derecho. En efecto, la concepción de Estado incorporada en el texto constitucional de la República Federal Alemana fue fuertemente debatida por el profesor Alemán Ernst Forsthoff, quien sostuvo la plena incompatibilidad entre el Estado de Derecho y el Estado Social. El autor observa que el Estado Social y el Estado de Derecho son radicalmente contrarios en cuanto a las intenciones. Además, cada uno establece instituciones, formas y conceptos referidos, bien a la libertad, bien a la participación, por lo que la configuración entre uno y otro es radicalmente distinta<sup>24</sup>. A su entender, el Estado Social elimina las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo al colocar a éste último en la posición del legislativo allí donde éste no haya hecho uso de sus competencias; con ello desaparece la estricta separación entre la competencia para establecer normas y la competencia de ejecución como una característica del Estado de Derecho<sup>25</sup>. Asimismo, la difícil delimitación de los elementos del Estado Social conlleva a que la Ley Fundamental solamente ejercite su misión de garantía en el marco de aquello que la mayoría de cada momento y su gobierno respectivo entendiese por social. En este caso la fórmula del Estado Social de Derecho sería instrumento de innumerables discriminaciones y expolios y ello supondría el fin del Estado de Derecho<sup>26</sup>.

Además, para Forsthoff con independencia de la forma que el Estado adopte es inherente a su misma esencia el que se trate de un organización de poder que se asienta sobre la obediencia. Surge en este punto, un primer elemento que pone de relieve la posible incompatibilidad entre Estado Social y Estado de Derecho; a saber, cómo combinar adecuadamente el desempeño por parte del Estado de funciones de tipo social con el poder de dominación, que al mismo tiempo le caracteriza. El elemento social del Estado no halla fácil encaje en la concepción del Estado como poder organizado de dominación y sí, por el contrario, genera el riesgo de

<sup>23</sup> PEREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*. Madrid, Tecnos, 1998, p.193.

<sup>24</sup> MAGALDI, N., *Procura existencia, Estado de Derecho y Estado Social*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p.126.

<sup>25</sup> FORSTHOFF, E., "Problemas constitucionales del Estado Social", en ABENDROTH, W.; FORSTHOFF, E.; DOEHRING, K., *El Estado Social*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1986, p.89-90.

<sup>26</sup> *Ibíd.*, p.95-96.

contravenirse en instrumento de dominación del individuo. El autor concluye que el Estado Social debe ser extraído hacia ámbitos extraconstitucionales, siendo el derecho administrativo el campo natural de desarrollo del Estado Social<sup>27</sup>.

Esta postura, minoritaria, fue ampliamente debatida por los juristas que buscan reconstruir una teoría constitucional tras los acontecimientos de la II Guerra Mundial y del nazismo, entre ellos Abendroth quien otorga plena validez y compatibilidad al Estado Social. Para este autor la cláusula social abre una vía de interpretación del conjunto de la Constitución, incorporando el orden jurídico del principio de la redistribución de la propiedad: “de todos modos el art. 28 LFB (...) que no puede entenderse en ningún caso como una mera calificación sin consecuencias jurídico-constitucionales, sino que esa definición se cuenta entre los principios que constituyen el fundamento inviolable del sistema constitucional de esta Ley”. Para Abendroth, el Estado social implica una transformación del orden económico y social mediante procedimientos democráticos en búsqueda de la igualdad material. Ahora, si bien es cierto que la postura más conservadora sobre el Estado Social tuvo una amplia confrontación por los juristas alemanes<sup>28</sup>, quien mejor teoriza las transformaciones que el Estado Social implica para la concepción tradicional del Estado liberal será, años mas tarde, el profesor italiano Antonio Baldassarre.

Baldassarre sostiene que la introducción del Estado Social en ningún caso implica una contradicción de los términos en que se ha conceptualizado el Estado de Derecho (principio de legalidad, división de poderes e interpretación judicial) sino una transformación del mismo. Los principios del Estado Social conllevan a la transición de una concepción formal del Estado a una concepción material y constitucional de éste. Así, “l’avvento della democrazia negli Stati di origine liberale ha prodotto una profonda trasformazione del significato dei valori basilari del sistema politico-costituzionale e ha portato a un nuovo tipo di conciliazione fra libertà e eguaglianza, fra diritti di libertà individuale e “diritti sociali”, riassumibile nei principi della democrazia pluralistica”. Para el jurista italiano, “i diritti sociali siano non soltanto compatibili con la democrazia, ma costituiscano anche una componente essenziale dei valori fondamentali della stessa”<sup>29</sup>. Bajo este nuevo contexto, el principio de legalidad que proviene del Estado liberal se interpreta ahora bajo la conjunción de la

---

<sup>27</sup> FORSTHOFF., “Problemas constitucionales ... op.cit., p.93.

<sup>28</sup> véase, HERRERA, C.M., *Los derechos sociales* ... op.cit.

<sup>29</sup> BALDASARRE, A., *Diritti sociali* ... op, cit., p.6-7.

democracia pluralista, con una legalidad nueva y superior: la que se conecta a los valores fundamentales puestos como la base de un determinado sistema constitucional. “Si tratta di una “legalità per valori” o, più precisamente, di una “legalità costituzionale”, che consiste in un ordinamento superiore i cui principi fondamentali costituiscono, allo stesso tempo, i parametri di valori positivi e “materiali” della legittimazione e la misura della legalità”<sup>30</sup>. Para el autor, la concepción del Estado de Derecho formal ha desaparecido paulatinamente con el avance de la democracia y con el consiguiente la ampliación del Estado hasta comprender a otras clases o estamentos portadores de valores relativamente heterogéneos. En este nuevo Estado, las instancias supremas de decisión, es decir, el Parlamento y el Gobierno se convierten esencialmente en la sede donde el pluralismo social y político se confronta y encuentra momentos de síntesis a través del compromiso entre mayoría y minoría.

En segundo lugar, se entiende que con el advenimiento del Estado Social se amplía el concepto de justicia a través de un uso más extendido y más penetrante de las cláusulas generales (orden público) y de los conceptos indeterminados (utilidad social). Además, se institucionaliza una forma especial de justicia política, donde las Cortes constitucionales están llamadas también a equilibrar continuamente las decisiones legislativas con los valores abstractos fijados en la Constitución y con los criterios de una aún más indeterminada razonabilidad, según el modelo de legalidad propio del Estado constitucional o del Estado de Derecho material. En tercer lugar, los estrictos términos en que se desarrolla la división de poderes del liberalismo quedan en la actualidad muy matizados dada la existencia de una red pluralista o una red social en la que diferentes grupos operan con el fin de condicionar de alguna manera la decisión a tomar, incorporando nuevas fisonomías a la división de poderes. Además, las transformaciones al significado clásico de la división del poder no sólo provienen de la existencia de un Estado Social sino también del reparto del poder entre un poder central y otros periféricos<sup>31</sup>.

En una interpretación muy cercana, el profesor García Pelayo argumenta que la unidad de institución y función de la división de poderes ha sido sustituida por un sistema más complejo en el que un mismo poder cumple distintas funciones y una misma función es cumplida por distintos poderes. También señala la existencia de nuevos poderes como son los partidos políticos y las organizaciones de intereses que difícilmente pueden encajar en la concepción

---

<sup>30</sup> Ibid., p.8.

<sup>31</sup> Ibid., p.9-10.

clásica elaborada por Montesquieu. Con ello el autor no pretende argumentar que la vigencia y la funcionalidad jurídico-política de la división clásica carezca de sentido, sino simplemente busca enfatizar sobre como, con la nueva configuración del Estado, la división de poderes ha modificado su sentido<sup>32</sup>.

Bajo estas consideraciones, las diferentes luchas sociales acontecidas a lo largo de la historia y que posteriormente devienen en el reconocimiento jurídico de derechos se materializan en una exigencia hacia el poder constituido como Estado. Complementariamente, los derechos se presentan como un elemento de legitimación del poder del Estado. En este sentido, Rafael de Asís Roig destaca que los derechos se presentan como una paradoja y son motor y freno del poder público: “los derechos fundamentales exigen no sólo una abstención por parte de los poderes públicos, sino que (...) para desarrollar su sentido se hace necesaria cierta actuación positiva de éstos”<sup>33</sup>.

En la actualidad los problemas de incompatibilidad entre la concepción de Estado nacida del liberalismo y la concepción de Estado nacida de las revoluciones sociales se encuentran superados. Así, la teorización del Estado Social y Democrático de Derecho prevista en el art. 1 del texto constitucional español, “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho*”, representa la fórmula a través de la cual el Derecho público teoriza y construye la concepción actual del Estado. Ahora bien, como se verá en el apartado 3 del presente capítulo, los derechos sociales no gozan del mismo nivel de garantías que los derechos nacidos en el liberalismo. La concepción de éstos como mandatos al legislador y el coste económico son los principales obstáculos, no exentos de debate, que les impide su conceptualización como auténticos derechos.

## **2. Las implicaciones del Estado Social para los servicios sociales**

La constitucionalización del Estado Social y el desarrollo de las políticas estatales en este ámbito conllevó al nacimiento de un nuevo servicio público denominado asistencia social o servicios sociales. Lo que hasta el momento era un sistema de protección social basado actuaciones de ayuda en manos de privados o entidades religiosas, denominado beneficencia,

---

<sup>32</sup> GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado...* op.cit., p.57-61.

<sup>33</sup> DE ASÍS ROIG, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid, Editorial Debate, 1992, p.89.



se transforma en un servicio público de responsabilidad estatal<sup>34</sup>. El Estado Social implica la adopción de un objetivo de bienestar que desborda las modestas pretensiones que acompañan la asistencia a los más necesitados y se encamina hacia un modelo de desarrollo solidario e integrado, donde en principio no hay espacio para el enquistamiento de la pobreza, puesto que, el Estado y la redistribución de la riqueza corrigen las desigualdades y permiten un flujo de bienes que facilita la consecución de un relativo desarrollo personal. Por otra parte, se busca superar la graciabilidad administrativa mediante la configuración de un sistema precedido por el reconocimiento de derechos subjetivos a quienes reúnan los requisitos establecidos en la norma, y por la reducción de los márgenes de decisión de la autoridad administrativa, que se encuentran ahora dirigidos por del mandato legislativo<sup>35</sup>.

La Constitución Española de 1978 en ninguno de sus apartados menciona el concepto de beneficencia. Por el contrario, el art. 50 CE incluye el término servicios sociales y el art. 148.1.20ª CE, relativo a las materias que podían asumir las Comunidades autónomas, incluye la asistencia social. El término que se incorpora en el Título VIII fue el resultado de una enmienda presentada al Proyecto de Constitución en su paso por el Senado. El proyecto establecía como competencia legislativa de las Comunidades autónomas “*la beneficencia y la asistencia social*”; por su parte, la enmienda presentada por el Senador Martín-Retortillo Baquer postulaba la desaparición de la alusión a la beneficencia. Así lo indicaba el entonces Senador “el concepto de beneficencia ha quedado estereotipado de forma que recuerda sólo situaciones del antiguo régimen: el don graciable, la limosna, (...). El reconocimiento de que había unos súbditos que necesitaban unas migajas y a los que, con alarde, se otorgaba una limosna. Hoy se quieren superar estas situaciones, se quiere trabajar desde otras perspectivas, se quiere remontar un pasado de injusticias y de desigualdades, de remedio sólo de unas consecuencias, sin tocar para nada las causas que las producían”<sup>36</sup>.

De la incorporación del Estado Social se pueden deducir tres transformaciones importantes para lo que hasta el momento había sido la beneficencia: la responsabilidad pública, la configuración de un servicio público y la búsqueda del bienestar general. En primer lugar, el paso hacia la asistencia social implica que a partir de este momento el Estado interioriza la

---

<sup>34</sup> VAQUER CABALLERÍA., *La acción social...* op.cit., p.125

<sup>35</sup> MAESTRO BUELGA, G. y GARCÍA HERRERA, M.A., *Marginación, Estado Social ...* op.cit., p.91.

<sup>36</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Materiales para una Constitución*. Madrid, Akal Universitaria, 1984, p.190-192.

acción social como un deber jurídico, correlativo de un derecho de los beneficiarios<sup>37</sup>. Desde este momento el principal ente responsable de la prestación del servicio es un ente público y, por lo tanto, los servicios y prestaciones se encuentran sujetos a las reglas del Estado de Derecho. El despliegue de los efectos de la ley y en contrapartida la disminución de la discrecionalidad son dos elementos que enmarcan la nueva concepción, donde el régimen de acceso y disfrute de las prestaciones están previamente determinados por la ley. Así, los sujetos, los requisitos de acceso y la tipificación de las prestaciones se encuentran recogidos en normas jurídicas con carácter vinculante y de aplicación general.

En segundo lugar, la asistencia social conlleva la configuración de un servicio público donde una vez constituido dicho servicio es posible reclamar a los poderes públicos las irregularidades sobre el ejercicio del mismo. En palabras del profesor Martín Mateo “el concepto de asistencia social se utiliza para designar una misma realidad pero evolucionada, radicando precisamente dicha evolución en una transformación cualitativa de la intervención de los poderes públicos en la materia, alejando la noción de graciabilidad inherente a la beneficencia mediante la creación de un auténtico servicio público y, por lo tanto, de un sistema anclado en criterios de juridicidad”<sup>38</sup>.

En tercer lugar, y desde el punto de vista de la finalidad, la asistencia social concebida bajo los presupuestos del Estado Social se caracteriza por actuar no sólo con el objetivo de dar apoyo a los más necesitados sino por buscar el bienestar de la población. Bajo este presupuesto, los potenciales sujetos o beneficiarios de asistencia no son solo aquellos que se encuentran en situación de pobreza o exclusión social sino el conjunto de la sociedad. En el marco de la ciudadanía social teorizada por Marshall el objetivo de los servicios sociales no es eliminar simplemente la indigencia sino modificar todo el modelo de desigualdad social<sup>39</sup>. Sin embargo, hasta el momento esta ha sido una de las características que más ha costado conseguir. En este sentido es común el mantenimiento de la asistencia bajo la intervención selectiva y residual<sup>40</sup>, pues se accede a las prestaciones solo si se demuestra que se está en una situación de necesidad económica o prueba de medios. Si bien es cierto que esta política tiene la ventaja de facilitar el ahorro económico, cuestiona profundamente la efectividad de las

---

<sup>37</sup> VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social...* op.cit., p.75

<sup>38</sup> MARTÍN MATEO, R., “Sobre el concepto de Asistencia ....” op.cit., p.64 ss.

<sup>39</sup> MARSHALL, T.M., *Ciudadanía y clase social*. Madrid, Alianza Editores, 1998, p.51-74.

<sup>40</sup> Selectiva respecto a las condiciones de necesidad y residual respecto a la capacidad de respuesta individual o familiar, en FERRERA, M., *Le politiche sociali*. Bologna, il Mulino, 2006, p.19.



intervenciones cuando los beneficiarios por temor a perder la prestación o subsidio mantienen un nivel muy bajo de ingresos, creando la denominada trampa de la pobreza<sup>41</sup>. En este contexto, las políticas excesivamente cuidadosas con el gasto público acaban por minar los objetivos de salida de la pobreza, manteniendo, cuando no profundizando, en la desigualdad social<sup>42</sup>.

### **3. El alcance de las garantías los derechos sociales en la Constitución Española**

Como es ampliamente conocido la Constitución Española de 1978 configura los derechos sociales, a excepción de la educación, como principios rectores y les niega la categoría de derechos subjetivos. Bajo la sistematización que introduce el texto constitucional, los derechos se interpretan en función de las garantías reconocidas a cada uno de ellos. En este sentido, la función formal del art. 53 CE es la de fijar el sistema de protección de los derechos consagrados en el Título I. No obstante, la virtud y la importancia de dicho artículo está en que indirectamente gradúa el alcance de los derechos e identifica en el texto constitucional qué derechos gozan del carácter de fundamentales y cuáles no.

Esta forma de ordenar los derechos en función de sus garantías responde a que el texto constitucional es el fruto del consenso entre diversas concepciones constitucionales, políticas y económico-sociales y, con relación a los derechos y deberes de los ciudadanos, significó el reconocimiento de una larga lista de derechos, pero con diferentes niveles de garantías. Es decir, se pactaron los derechos sobre la base de las garantías que los constituyentes quisieron atribuir a cada uno de ellos<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup>Ibíd., p.230. La trampa de pobreza puede ser definida como el efecto desincentivador que supone, en la mayoría de las prestaciones asistenciales, el descuento implícito de todas las rentas ganadas por encima de los baremos fijados en los programas. El carácter diferencial de las prestaciones reduce el esfuerzo laboral. AYALA CAÑON., "Pobreza y protección social: las reformas necesarias", en MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO J.L., y GONZALÉZ SEARA, L., (Dir.) *Las estructuras del Bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*. Madrid, Civitas, 2002, p.281.

<sup>42</sup>Así, diversas estimaciones revelan para Estados Unidos, por ejemplo, que frente al argumento crítico de que el desarrollo de la red asistencial habría propiciado la consolidación de cadenas de dependencia y, por tanto, más pobreza, las bajas cuantías de las prestaciones han sido determinantes en la incapacitación de sus beneficiarios para salir de la pobreza. En la Unión Europea, los datos sobre la adecuación de las rentas mínimas revelan que, aunque los indicadores son muy superiores a los del caso estadounidense, en la mayoría de los casos las cuantías resultan insuficientes para elevar las rentas de los beneficiarios por encima del umbral de la pobreza. AYALA CAÑON., "Pobreza y protección social .... op.cit., p.247.

<sup>43</sup>FREIXES, T., *Constitución y Derechos Fundamentales*. Barcelona, PPU, 1992 (1ª ed), p.90.

A efectos de este trabajo interesa centrarse en el análisis de las garantías reconocida a los derechos contenidos en el Capítulo III del Título I puesto que es allí donde, bajo el título “*De los principios rectores de la política social y económica*”, se recogen los derechos de naturaleza social. Según el art. 53.3 CE el alcance de los derechos consagrados en el Capítulo III dependerán del desarrollo legislativo, pues sólo podrán ser alegados ante los tribunales “*de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen*” e “*informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*”. Además, bajo una mirada conjunta del art. 53 CE se evidencia que la Constitución Española no extiende a los principios rectores diversas garantías como son: la vinculación directa a los poderes públicos, la reserva de ley y el recurso de amparo. En este sentido, la capacidad que se otorga a los derechos sociales para vincular a los poderes públicos es realmente débil. El constituyente no incluyó para los servicios sociales un mandato expreso al legislador de actuación, simplemente son normas que “*informaran a la legislación positiva*” y la protección a nivel jurisdiccional depende de que así se encuentre prevista en una ley.

El Tribunal Constitucional desde sus primeros pronunciamientos señaló que los principios rectores son normas con contenido jurídico con carácter vinculante para los poderes públicos. Esto es así, porque forman parte del texto constitucional y, por lo tanto, no pueden ser considerados como normas sin contenido; por el contrario, deben tenerse en cuenta en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ4).

Sin embargo, la matización del carácter vinculante ha sido una doctrina constante del Tribunal. Los principios rectores deben entenderse bajo los términos del art. 53.3 CE y no gozan de la inmediatez que se predica de los derechos del Título I del Capítulo I (arts. 14 a 38). Así, en la STC 80/1982 señaló expresamente, fundamento jurídico primero, “*La Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su art. 9.1 donde se dice que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución».* (...) *Pero si es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los arts. 39 a 52 en los términos del art. 53.3 de la C.E., no puede caber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los arts. 14 a 38, componentes del capítulo segundo del título primero*”. El Tribunal interpreta los principios rectores como mandatos o directrices constitucionales que han de informar la

actuación de los poderes públicos (STC 152/1988, de 20 de septiembre) pero no como derechos que pueden accionarse directamente ante los poderes públicos y, por lo tanto, el alcance de estos derechos depende de las mayorías parlamentarias y el mayor o menor desarrollo de los mismos se sujeta a la voluntad del Parlamento.

El Tribunal Constitucional ha señalado que a partir del texto constitucional no nacen posiciones subjetivas para los principios rectores, sino que ello depende de la ley. En la STC 36/1991, de 14 de febrero, cuestión de inconstitucionalidad sobre la legislación de menores, el alto Tribunal señala expresamente en su fundamento jurídico quinto que *“los principios reconocidos en el Capítulo Tercero del Título I, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables”*. De forma más clara y contundente niega el carácter de derecho fundamental en la STC 199/1996, de 3 de diciembre, en la cual después de señalar la importancia del medio ambiente, el Tribunal señala en el fundamento jurídico tercero *“no puede ignorarse que el art. 45 de la Constitución enuncia un principio rector, no un derecho fundamental. Los Tribunales deben velar por el respeto al medio ambiente, sin duda, pero de acuerdo con lo que dispongan las leyes que desarrollen el precepto constitucional”*.

El alcance constitucional de los principios rectores ocasiona que, como ha descrito el profesor Cruz Villalón, “en cualquier caso, y con independencia del programa político de Estado que tales preceptos establecen, la eficacia jurídica de los mismos *ex constitutione* es muy limitada, ya que el art. 53.3 de la Constitución indica que sólo podrán ser invocados ante los órganos judiciales conforme a lo dispuesto en las leyes que los desarrollen. El propio Tribunal Constitucional ha hecho un uso muy limitado de ellos, mencionándolos generalmente en apoyo de razonamientos jurídicos centrados sobre otros preceptos constitucionales y sin utilizarlos por tanto, en ningún caso, como *ratio decidendi* de sus resoluciones”<sup>44</sup>.

En cambio, la jurisprudencia constitucional ha dado un mayor alcance a los principios rectores en aquellos casos donde, más que objetar el derecho propiamente dicho, se cuestiona la aplicación del principio de igualdad y no discriminación. En este sentido, alguno de los derechos previstos entre los arts. 39 al 52 CE se utilizan como parámetro de constitucionalidad de una ley cuando la normativa fija una diferencia de trato no justificada e

---

<sup>44</sup> CRUZ VILLALÓN, P., Los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 97, 2000.

irrazonable sobre el disfrute de alguno de los derechos contenidos en los artículos señalados. Así, en la STC 114/1987, de 6 de julio, el Tribunal indicó que quedaba en manos del legislador configurar el modelo prestacional a favor de la tercera edad. Pero, asimismo insistió que la *“Ley no puede en ningún caso introducir criterios de distinción con diversidad de efectos jurídicos que no sean objetivos y razonables o que impliquen, generen o permitan algún tipo de discriminación por razón de las condiciones o circunstancias personales o sociales de los afectados por la norma”* (FJ3).

En un sentido muy similar en la STC 19/1982, de 5 de mayo, relativa la aplicación de regímenes distintos sobre compatibilidades de pensiones jubilación y de viudedad, el Tribunal entendió contrario al art. 50 CE y al principio de igualdad condicionar la pensión de viudedad a que su titular renuncie previamente a la prestación de jubilación que esta percibiendo. El motivo que lleva al Tribunal a interpretar la norma contraria al texto constitucional se basa en que la renuncia no se requeriría si el hecho causante se hubiera producido con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo régimen de pensiones. En la STC 222/1992, de 11 de diciembre, sobre Ley de Arrendamientos Urbanos, se enjuicia la norma que reconoce sólo al cónyuge superviviente el derecho a la subrogación obligatoria en el contrato de arrendamiento tras el fallecimiento del arrendatario. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional se refiere a la protección de la familia (art. 39.1) y al derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47), para estimar la inconstitucionalidad de la exclusión en dicha subrogación de las demás personas que hubieran convivido de forma marital con el fallecido, si bien la *ratio decidendi* de su decisión la constituye el art.14 (igualdad ante la ley)<sup>45</sup>. También en la STC 7/1994, del 17 de enero, el Tribunal se apoya en la protección integral de los hijos con independencia de su afiliación y en el deber de asistencia de los padres (art. 39.2 y 3) para estimar un recurso de amparo y anular unas resoluciones judiciales que habían desestimado una demanda de reconocimiento de paternidad por la negativa del demandado a someterse a las correspondientes pruebas, aunque también en este caso la estimación del amparo se basa en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1). Ahora bien, más allá del alcance descrito en las sentencias, los principios rectores se configura como meras expectativas que no serán accionables ante la jurisdicción ordinaria si no esta previsto la ley.

---

<sup>45</sup> GARRIDO GUTIÉRREZ, P., "El valor constitucional de los principios rectores (comentario a la STC 222/1992, de 11 de diciembre)", en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 40, 1994, p.215-233.

La discusión sobre el alcance constitucional de los principios rectores se planteó en la doctrina española en un primer momento alrededor de la extensión o no del carácter fundamental a los derechos contenidos en el Capítulo III. La mayoría de la doctrina entendió que el sistema de garantías previsto en el art. 53.3 CE es el parámetro para valorar si un derecho tiene o no el carácter de fundamental. Ahora bien, mientras que para una parte de los autores el carácter fundamental del derecho es la garantía jurisdiccional, para otros la garantía a tener en cuenta es la resistencia que tiene el derecho respecto de la actuación del legislador.

El carácter fundamental de un derecho deriva del sistema de protección jurisdiccional y sólo los derechos garantizados por vía del recurso de amparo tienen la categoría de derechos fundamentales. La esencia del derecho subjetivo, según señala Kelsen, se encuentra en el hecho que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de la obligación. Para el jurista austriaco, el derecho subjetivo no es más que el reflejo de una obligación jurídica: "Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito"<sup>46</sup>. Sólo aquellos derechos que, en caso de violación, tengan reconocido una vía de reclamación judicial pueden entenderse como derechos auténticos o fundamentales.

El Profesor García de Enterría sostiene que sólo los derechos comprendidos en la sección primera del Capítulo II del Título I son técnicamente derechos subjetivos, dado que son beneficiarios de una especial y enérgica protección, la del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, y además opera sobre ellos la superrigidez en caso de reforma constitucional<sup>47</sup>. Esta misma posición es compartida por Cruz Villalón para quien la no extensión de la tutela judicial efectiva a un derecho lleva indudablemente a negarles la

---

<sup>46</sup> KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Buenos aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1976 (decimocuarta edición), p.122. Recientemente el jurista italiano Luigi Ferrajoli, recordando las tesis kelsenianas, cuestiona los términos en que la doctrina positivista ha interpretado los derechos sociales e indica que la existencia de un derecho fundamental pasa, al menos desde el punto de vista de la teoría normativa, por su reconocimiento en una norma jurídica. El problema de su garantía, ciertamente central, no se confunde nunca con la primera cuestión. Nada prohíbe, en el caso de los "derechos sociales" en particular, la búsqueda de nuevas técnicas jurídicas concretas para asegurar su garantía. FERRAJOLI, L., "Los derechos fundamentales", en DE CABO, A., y PISARELLO, G., (Eds.) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2005, p.45-52.

<sup>47</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La significación de las libertades públicas para el derecho administrativo", en *Anuario de Derecho Humanos*, nº1, Universidad Complutense de Madrid, 1981, p.119-121.



naturaleza de derecho subjetivo<sup>48</sup> y por el Profesor Martín Retortillo, quien tras valorar la estructura y todo el conjunto de garantías establecidas en el art. 53 termina concluyendo que son los derechos de la Sección Primera, Capítulo II del Título I, los que poseen el mayor número de garantías y, por ende, pueden categorizarse como fundamentales<sup>49</sup>.

En la doctrina española también hay posiciones que extienden la categoría de derechos fundamentales a la sección segunda del Capítulo II del Título I, es decir a los derechos comprendidos entre los arts. 30 a 38 CE. Esto es así porque interpretan que el criterio a tomar en cuenta para delimitar los derechos fundamentales es la capacidad de resistencia del derecho ante la configuración legislativa. Concretamente, la previsión de la figura del contenido esencial del derecho y su nacimiento directo del texto constitucional<sup>50</sup>.

En definitiva, se entienda la fundamentalidad del derecho en base a la protección jurisdiccional o a la resistencia frente al legislador, lo cierto es que ambas posturas niegan la posibilidad de concebir los derechos contenidos en el Capítulo III, los denominados principios rectores, como auténticos derechos directamente accionables ante el juez y ante el legislador.

La única doctrina que extiende el carácter fundamental a los principios rectores es aquella que parte de una interpretación material de los derechos y, en una posición muy similar a la señalada por el Profesor Ferrajoli<sup>51</sup>, señalan que el reconocimiento jurídico o positivo del derecho y de su garantía forman parte de su concepción como derecho, sin embargo ello no lo constituye como tal<sup>52</sup>. Así, para Prieto Sanchís la operatividad jurídica es un elemento distintivo de los derechos fundamentales, pero es ésta su función, la forma de positivización y las vías de protección de los derechos llevan a que éstos gocen de una distinta resistencia, pero no que dejen de ser derechos fundamentales. Este autor da mayor relevancia al proceso de

<sup>48</sup> CRUZ VILLALÓN, P., "Concepto de derecho fundamental: identidad, estatus, carácter", en SAUCA, J. M<sup>a</sup>., (Ed.) *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, 1994, p. 161-163; Los derechos sociales y el Estatuto de Autonomía", en CAMARA VILLAR, G y CANO BUESO, J (Coord.), *Estudios sobre el Estado social. El Estado social y la Comunidad Autónoma de Andalucía*. Madrid, Tecnos, 1993, p.102 y ss.

<sup>49</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid, Civitas, 2009, p.65-77. En el mismo sentido, BALAGUER CALLEJON, F., "Derechos fundamentales y Constitución normativa", en *Introducción a los derechos fundamentales, X Jornadas de estudio a los derechos fundamentales*. Madrid, Ministerio de Justicia, vol 1, 1988, p.210 y ss.

<sup>50</sup> DIEZ PICAZO, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*. Madrid, Thomson Civitas (3da ed.), 2008. p. 37. En el mismo sentido, para Jiménez Campo es el contenido esencial el elemento que dota de fundamentalidad al derecho. JIMÉMEZ CAMPO, J., *Derechos Fundamentales. Concepto y Garantía*. Valladolid, Ed. Trotta, 1999, p.23-25.

<sup>51</sup> pp.45.

<sup>52</sup> PECES BARBA, G., *Derechos fundamentales*. Madrid, Latina Universitaria, 1980, p.24-31.



reconocimiento jurídico o positivización, pero no llega a concebirlo como el elemento del cual nace el derecho fundamental sino como un elemento más en el camino de su reconocimiento. Los derechos constituyen una categoría jurídica del Derecho positivo y sólo adquieren eficacia allí donde éste les reconoce; pero no son un invento del Derecho positivo, sino que al margen y con independencia de las determinaciones del poder, encarnan unos valores costosamente elaborados desde la filosofía del humanismo, valores que gozan de un fundamento suficiente y a favor de los cuales es posible aportar razones morales<sup>53</sup>. En definitiva, la teoría material de los derechos concibe a los principios rectores como derechos fundamentales y defiende el nacimiento de pretensiones jurídicas accionables ante los poderes públicos directamente del texto constitucional.

Difícilmente un derecho reconocido en el texto normativo llegará a tener un desarrollo pleno si el ordenamiento jurídico no ha previsto mecanismos o vías para hacer efectivo su desarrollo y garantizar la protección en caso de vulneración. Llegados a este punto, es menester recordar que en el actual sistema democrático un derecho llámese fundamental o humano, sólo llegará a tener plenos efectos en la sociedad en la medida en que se constituya un poder, unas garantías y unos procedimientos, con el objetivo de velar que dicho derecho tenga efectos sobre la realidad en la que pretende actuar.

Con esto no se quiere decir que los derechos sociales como categoría general no puedan llegar a dotarse de eficacia y vinculación directa, ahora bien ello está condicionado a que así lo prevea el texto constitucional. Los derechos sociales o principios rectores no gozan del sistema de protección señalado anteriormente, no porque materialmente no puedan llegar a tenerlo o porque su naturaleza como derechos sociales así lo impida, sino porque el constituyente ha optado por dotar de mayor alcance y desarrollo a unos derechos que a otros. Las limitaciones que tradicionalmente se han adherido a los derechos sociales como la difícil concreción de su contenido o el coste económico no impiden su reconocimiento como derechos y la activación de instrumentos vinculantes hacia por los poderes públicos en aras a su efectividad. En este sentido, Prieto Sanchís señala acertadamente “si los derechos sociales que derivan de los denominados principios rectores del Capítulo III se hallan jurídicamente devaluados no es principalmente porque sean derechos sociales, es decir, no es porque reúnan

---

<sup>53</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Debate, 1 ed. 1990, p. 17-89. Una interpretación muy similar, PÉREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 1984, p.48 -31.

alguna de las características propias de esta categoría de derechos, sino que ello obedece mas bien a la voluntad constituyente”<sup>54</sup>.

El debate sobre el carácter fundamental de derecho en función de su garantía jurisdiccional se desarrolla ahora bajo otros parámetros. En primer lugar, como se ha descrito, el Tribunal Constitucional señaló desde sus primeros pronunciamientos que la protección jurisdiccional de los derechos contenidos en el Capítulo III del Título I dependen del sistema de protección previsto en la ley. Así, un derecho como es en este caso los servicios sociales podrá alegarse ante los tribunales siempre que exista un procedimiento regulado por la ley. En segundo lugar, tras la reforma de Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, el recurso de amparo se limita sólo a aquellos casos de especial trascendencia constitucional. En este sentido, la reforma elimina una de las principales diferencias entre los derechos de la sección primera y los principios rectores. Por lo tanto, la postura que argumenta que es el procedimiento de amparo el elemento que constituye a un derecho como fundamental queda cuestionada, puesto que que bajo la nueva regulación sólo serán objeto de análisis por el Tribunal Constitucional aquellos casos de especial trascendencia constitucional.

Por otra parte, el debate sobre los derechos sociales ha evolucionado hacia el análisis del contenido del derecho. Ello es así porque la división clásica entre derechos sociales y derechos de libertad ha sido matizada por el alcance de la conexión o vínculo entre los diferentes derechos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como se verá a lo largo de este trabajo, ha sido el precursor de la vinculación entre derechos y se ha declarado competente para conocer asuntos donde el objeto de la controversia versa sobre un derecho o una prestación social al entender que la conexión entre éstos y el derecho a la propiedad privada previsto en el artículo 1 del protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos es criterio suficiente para entender que son derechos también protegidos bajo el alcance del Convenio.

Dejar de lado la discusión sobre la garantía jurisdiccional lleva a situar el debate en los límites al legislador. Esto es así porque según el mandato constitucional el derecho a los servicios sociales es un mandato dirigido al legislador o un derecho sometido a la democracia de la

---

<sup>54</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos ...* op.cit., p.190.

mayoría<sup>55</sup>. Esta posición trasladada al órgano parlamentario el problema de la concreción o delimitación del derecho. Esto es así porque, por vía del art. 9.3 CE, los principios rectores pese a no tener una vinculación inmediata son normas con carácter normativo<sup>56</sup>. La discusión reside en determinar en qué punto, entre disposiciones de naturaleza programática y disposiciones que contienen una vinculación inmediata, se encuentran los principios rectores.

El legislador, como máximo representante popular, es el encargado de desarrollar los derechos. No obstante, respecto de los principios rectores es difícil concretar el grado de vinculación, es decir, precisar que relación jurídica obligacional existe entre el mandato de desarrollo de los principios rectores y la actuación del poder legislativo. Los principios rectores no gozan de la protección del contenido esencial, tampoco existe un mandato expreso e inmediato de desarrollo de los mismos. Sin embargo, a éstos se extiende el carácter normativo del texto constitucional. Parece, entonces, que los términos constitucionales son ambiguos y hasta cierto punto contradictorios.

Para el Tribunal Constitucional los postulados sociales no garantizan una situación existente sino que marcan una meta futura, dejando a los poderes públicos un amplio margen de maniobra en cuanto al momento y a los medios adecuados para su realización, tanto en su desarrollo legislativo como en su configuración desde el punto de vista político<sup>57</sup>. Así, en la STC 31/2010, de 28 de junio en relación con los derechos de naturaleza social incorporados en los nuevos Estatutos de autonomía, el Tribunal se centra especialmente la argumentación sobre el alcance de los derechos estatutos pero también retoma la doctrina de los principios rectores como derechos que persiguen un finalidad pero sin sujeción a los medios. Así, señaló que el nivel de vinculación de los principios al legislador estatal y, por lo tanto, también oponible al legislador autonómico se desarrolla bajo los siguientes términos: *“ya en la propia Constitución bajo el término derecho se comprenden tanto verdaderos derechos subjetivos como cláusulas de legitimación para el desarrollo de determinadas opciones legislativas”*.

---

<sup>55</sup> Para Balaguer, estos derechos más que formar parte de la democracia constitucional, se integran en la democracia de la mayoría, en el sentido de que pueden ser modulados por los poderes públicos, los cuales tienen un amplio margen de libertad para decidir diversas políticas en relación a los mismos. BALAGUER CALLEJON, F., “Derechos fundamentales y Constitución normativa” ... op.cit., p.223 y ss.

<sup>56</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1981, p.68 y ss. En contra del valor vinculante de las normas contenidas en el Capítulo III véase., GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*. Madrid, Civitas (2da ed.), 1985.

<sup>57</sup> Sobre los derechos sociales como normas vinculantes en cuanto al fin véase BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p.371 y ss; GONZALEZ MORENO, B., *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid, Civitas, p.155 y ss.

Sobre esta segunda categoría de derechos, entendiendo aquí los principios rectores, el Tribunal señala que conllevan a la *“persecución de un resultado sin prescribirle específicamente los medios para alcanzarlo y sin hacer de esa obligación el contenido de ningún derecho subjetivo, que solo nacerá, en su caso, de las normas dictadas para cumplir con ella. Normas, en definitiva, que prescriben fines sin imponer medios o, más precisamente, que proveen a la legitimación de la ordenación política de los medios públicos al servicio de un fin determinado”* (FJ16).

El Tribunal Constitucional también ha perfilado los efectos de los principios rectores hacia el campo de la interpretación. Entiende los principios rectores como criterios válidos para interpretar el alcance de los restantes preceptos constitucionales. Así, en STC 19/1982, de 5 de mayo, señaló *“el conjunto de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I, cuyo «reconocimiento, respeto y protección» informarán «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», según dice el art. 53.3 de la Constitución, que impide considerar a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes”*.

Las constituciones dejan abierta la elección de los medios más idóneos y de la oportunidad que se precisan para obtener los objetivos trazados. La determinación de estos aspectos debe llevarse a cabo en el terreno de la política. En dicha discusión son relevantes muchos factores atinentes a las circunstancias fácticas (económicas y políticas) de la sociedad, al grado en que se pretende alcanzar las metas constitucionales, al pronóstico sobre cuáles pueden ser las mejores estrategias y a la programación de inversiones de recursos. Ahora bien el problema consiste en compaginar la vinculación del legislador al fin constitucional propio de un Estado social con la no vinculación en cuanto a los medios.

La doctrina ha propuesto extender a los principios rectores la protección derivada de la garantía institucional, figura que tendría como función sustraer los principios rectores de la libre disposición del legislador. Así, éstos pueden ser controlados por el Tribunal constitucional por medio de la declaración de inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley, donde el Tribunal realizará un control de mínimos<sup>58</sup>. También se ha expuesto la

---

<sup>58</sup> CRUZ VILLALÓN, P., “Los derechos sociales y el Estatuto de Autonomía”, en CAMARA VILLAR, G y CANO BUESO, J., (Coord.) *Estudios sobre el Estado social. El Estado social y la Comunidad Autónoma de*

virtualidad de los principios rectores como parámetros de constitucionalidad o canon de validez de las normas<sup>59</sup> o el control por parte del Tribunal Constitucional sobre aquellas aquellas medidas legales que, en todo caso, regulen una materia de forma insatisfactoria, es decir, desatendiendo radicalmente el principio rector<sup>60</sup>.

Teniendo en cuenta los términos en que el texto constitucional recoge los principios rectores “informarán la práctica legislativa” y el alcance que les ha dado el Tribunal Constitucional es ciertamente difícil fijar o designar las exigencias que del mismo se derivan para el legislador e indirectamente las posibilidades de desarrollo de una sistema social amplio que cubra a todas las capas de la población. Sin embargo, cabe mencionar la sugestiva posición del jurista alemán Böckerförde para quien, de los enunciados de los derechos prestacionales, se deriva en todo caso un deber jurídico, un mandato objetivo, de realizar el fin fijado por la disposición. A su entender, si en el marco de un ordenamiento constitucional democrático y fundamentado en el principio de Estado de Derecho, los derechos sociales no pueden tener el carácter de derechos fundamentales en sentido estricto, debido a que tal carácter forma parte de la aplicabilidad inmediata y la posibilidad de ser exigible por los ciudadanos. Ello no significa en modo alguno que deban quedar normativamente en simples proposiciones programáticas políticas y no vinculantes<sup>61</sup>. La posición de Böckerförde respecto a la vinculación de los derechos sociales frente al legislador se puede resumir en los siguientes aspectos:

- a) la sustracción de los mandatos constitucionales sociales de los objetivos políticos e incorporación como algo que les vincula.
- b) no es inadmisibles la inactividad o la desatención evidente y grosera por parte de los poderes públicos; en este sentido, se acepta que la obligatoriedad de la consecución del

---

Andalucía. Madrid, Tecnos, 1993, p.99-100. Esta doctrina ha tenido eco en MARTINEZ ESTAY, J., *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*, Barcelona, Cedecs, 1997, p.141. La propuesta formulada por el autor lleva a la re interpretación del concepto garantía institucional dando cabida a él no sólo a institutos jurídicos sino también políticos.

<sup>59</sup> Así, COSSIO DIAZ, J.R., *Estado Social y Derechos de Prestación*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p.237 y ss. Comparten parcialmente esta posición DIEZ PICAZO, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales ...* op.cit., p.66-67 y JIMÉNEZ CAMPOS, J., *Derechos fundamentales. Concepto y Garantías*. Valladolid, Trotta, 1999, p.104-105. Para este último autor, sólo es posible que actúen como parámetros de constitucionalidad en aquellos supuestos en que el enunciado sea lo suficientemente preciso y que por su estructura y contenido podrían perfectamente calificarse de garantías institucionales.

<sup>60</sup> PAREJO ALFONSO, L., *Estado Social y Administración Pública, los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid, Civitas, 1983, p.52-53.

<sup>61</sup> BÖCKENFÖRDE, E., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden Baden, Nomos Verl. Ges, 1993 p.83 y ss. Trad. De Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez.



fin implica la prohibición de no adoptar ningún medio o de adoptar medios tan ineficaces que produzcan una desatención grosera.

c) la satisfacción conferida a un derecho es irreversible. Una vez otorgada una satisfacción o desarrollo legislativo a un derecho, éste se convierte en irreversible; las regulaciones y las medidas tendientes a la consecución del fin, una vez establecidas, se mantienen constitucionalmente de manera que la vía de realización del mandato en ella descrita está protegida frente a una supresión definitiva.

El autor alemán extiende a la protección a los derechos sociales de garantías como la no retroactividad respecto del desarrollo conferido al derecho y el control sobre el máximo esfuerzo de los Estados. En buena parte estas son las garantías previstas por el Pacto Internacional de Derechos Sociales y, en especial, de la Observación General n. 3 (1990) relativa a la índole de las obligaciones de los Estados Parte del Pacto<sup>62</sup>. Con todo, tal y como señala el Profesor Vaquer Caballería, en materia de derechos sociales “queda mucho por hacer en la configuración del Estado social. Buena prueba de ello es que sigamos debatiendo, así un cuanto de siglo después de la promulgación de la Constitución, la naturaleza y los efectos de los principios que integran el Capítulo II de su Título I. Porque algunos, en gran medida, seguimos leyendo la Constitución social con los anteojos de un jurista liberal”<sup>63</sup>.

#### **4. Los servicios sociales como derechos de configuración legislativa**

Bajo el presupuesto que el texto constitucional niega la aplicación directa por vía del texto constitucional a los servicios sociales y que son derechos de configuración legislativa, entonces el nivel de garantías debe descender hacia a las fuentes normativas que desarrollarían las prestaciones asistenciales. En este sentido, la ley es el elemento cardinal. En ella se concretará el modelo asistencial y el sistema de protección dependerá siempre de ésta. La garantía hacia la efectividad de los servicios sociales dependerá de la configuración de prestaciones sociales como derechos subjetivos, opción que queda en manos del legislador,

---

<sup>62</sup> Observación General n. 3, del 14 de diciembre de 1990, del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales relativa a la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del art. 2 del Pacto), Quinto período de sesiones, 1990. Sobre las obligaciones que se derivarían del Pacto Internacional de Derechos Sociales véase ABRAMOVICH, V., y CURTIS, V., *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002, cap. II.

<sup>63</sup> VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social ... op.cit.*, p.94.



pero donde una vez constituidos nace un derecho-exigencia en cabeza de los ciudadanos y, correlativamente, una obligación para los poderes públicos de hacer efectiva dicha prestación.

#### **4.1 La configuración de los servicios sociales como derecho subjetivo**

El sistema de servicios sociales no se ha caracterizado por constituirse como un sistema impregnado por la noción de derecho subjetivo. Esta circunstancia se debe tanto a la forma de configuración constitucional y normativa de la asistencia social como al sistema de protección jurisdiccional implantado. En efecto, las normas dedicadas a la asistencia social están llenas de reconocimientos formales de prestaciones sociales y económicas. Las Comunidades autónomas en ejercicio de su competencia dictaron su respectiva ley de servicios sociales, la cual, en términos generales, tiene como finalidad establecer la estructura general del sistema asistencial, así como configurar las prestaciones sociales que forma parte del sistema y la distribución de competencias y funciones entre la Comunidad autónoma y los entes locales. No obstante, son normas que por sí mismas con crean un derechos subjetivo sobre los servicios sociales, las leyes en las exposiciones de motivos aluden a un sistema de protección universal, donde la situación de necesidad no sea exclusivamente el supuesto al cual responden los servicios sociales y en el cual se reconoce el derecho a los servicios sociales. Sin embargo, la regulación que posteriormente se desarrolla en los diferentes artículos no reconocen el derecho en los términos de las exposiciones de motivos.

Como se describirá con mayor detalle una vez promulgada en cada Comunidad autónoma la Ley de servicios sociales, el legislador autonómico procede efectuar la regulación concreta de cada una de las prestaciones y servicios configurados en la ley de servicios sociales. Respecto de este segundo cuerpo normativo cabe señalar que sólo algunas prestaciones se crean derechos subjetivos y exigible ante los tribunales.

El derecho, recuerda el profesor Martín Retortillo, posee un doble carácter como elemento esencial de un ordenamiento objetivo y, lo que interesa al objeto del presente trabajo, como posición subjetiva que se atribuye a uno o varios sujetos<sup>64</sup>. De las normas infra-constitucionales no surgen derechos fundamentales pues éstos sólo pueden venir determinados por el texto constitucional. No obstante, es perfectamente válido que otras

---

<sup>64</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Derechos fundamentales...* op.cit., p.57-58.

fuentes normativas, en este caso, las leyes, configuren derechos subjetivos de naturaleza social, los cuales vienen a reconocer un poder a favor de un sujeto concreto que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes, en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición<sup>65</sup>.

El derecho a la asistencia social, como derecho subjetivo no nace de la Constitución pero sí puede hacerlo a partir de la regulación legislativa. En el momento en que la ley así lo establezca, nacen pretensiones jurídicas determinadas e invocables ante los tribunales, como derechos subjetivos individuales, dando forma a auténticas “posiciones jurídicas prestacionales”, en sentido estricto<sup>66</sup>. La titularidad de un derecho subjetivo depende de la técnica legislativa que se emplea y del sistema procesal establecido en el correspondiente ordenamiento jurídico. La calificación jurídica de la prestación como derecho subjetivo supone reconocer al titular del derecho una acción para hacerlo efectivo y, por lo tanto, la obligación de la Administración responsable de facilitar dicha prestación. La administración responsable deberá disponer de los medios personales, materiales y presupuestarios suficientes para asignar a los ciudadanos aquellas prestaciones que se hayan calificado como un derecho subjetivo<sup>67</sup>.

En relación a la creación de derechos subjetivos en el campo asistencial, autores como Garcés Sanagustín, argumentan que “el derecho subjetivo nace a partir del momento de la adjudicación de una prestación económica”. Esta postura permite extender la categoría de derecho subjetivo a las prestaciones económicas que se inserten dentro de un proceso regulado de adjudicación y dan vida a un acto administrativo de concesión<sup>68</sup>. A su entender, dos factores han de tenerse en cuenta para analizar la existencia de un derecho subjetivo: a) una norma administrativa que predetermine concretamente cuál es la conducta administrativa

---

<sup>65</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*. Madrid, Civitas (9a ed.), p.34.

<sup>66</sup> VILLAVARDE MENÉNDEZ I., “Concepto, contenido y límites de los derechos fundamentales”, en ARAGÓN REYES, M., y SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA J. (Dirs.) *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.317-363.

<sup>67</sup> TORNOS MAS, J., “La configuración de las prestaciones sociales como derechos subjetivos”, en *El sistema de serveis socials a Catalunya*. Barcelona, Institut d’Estudis Autònoms, 2009, p.92.

<sup>68</sup> Para el autor la protección jurisdiccional deja de ser un elemento esencial para el nacimiento del derecho la posibilidad de acceso a la jurisdicción-contencioso-administrativa; esto es, la legitimación para interponer un recurso en esta jurisdicción no se agota en los supuestos en los que preexiste un derecho subjetivo. En efecto, el recurso al interés legítimo permite entablar la correspondiente acción para establecer la legalidad presumiblemente vulnerada, cuando dicho incumplimiento afecta a la esfera de intereses de la persona, en aquellos supuestos en que la norma no ha predeterminado en relación a un sujeto concreto la conducta debida, o no ha hecho en régimen de exclusividad. *Ibíd.*, p.197.

debida; y b) que esta situación sea debida a un sujeto particular en situación de exclusividad<sup>69</sup>. La existencia del derecho subjetivo se fundamenta en dos apreciaciones: la primera, que de la adjudicación nacen prestaciones jurídicas individualizadas; y la segunda, del carácter reglado de las normas que lo regulan<sup>70</sup>.

El principal problema de esta posición se encuentra en que la mayoría de la regulación autonómica relativa a las prestaciones asistenciales efectivamente regulan un procedimiento para la adjudicación de las prestaciones, pero al mismo tiempo se sujetan a criterios de suficiencia o disponibilidad presupuestaria. En todo caso para el autor “el replanteamiento de la actual implantación de los derechos subjetivos en el ámbito de la acción social no debe conducirnos a posiciones anacrónicas como la imposición de la limitación referida a las disponibilidades presupuestarias. Ello puede acabar propiciando la vuelta a determinaciones tan alejadas de la problemática de estas prestaciones, vinculadas a la situación de necesidad, como la fijación de plazos concretos para cada año para la prestación de las correspondientes solicitudes”<sup>71</sup>.

Siguiendo la postura del profesor Tornos, la configuración del derecho subjetivo al acceso a los servicios o prestaciones otorgadas en el campo de la acción social implica los siguientes aspectos:

1. Identificación de los sujetos titulares del derecho.
2. La ley debe determinar si el derecho se configura como un derecho *ex lege*, o bien precisa de un negocio jurídico posterior para hacerse efectivo. Lo habitual es que se requieran los dos momentos. Por un lado, que exista la situación de hecho prevista en la norma general. Por otro, que se reconozcan, a través de un acto administrativo, la concurrencia de la situación prevista en la norma general.

---

<sup>69</sup> La irrupción de los derechos subjetivos típicos en este campo es fruto de la utilización de la técnica legislativa orientada a minorizar o erradicar, en su caso, el ámbito de la discrecionalidad administrativa y a configurar un sistema de potestades regladas. El control jurisdiccional de las actuaciones administrativas hará el resto. GARCÉS SANAGUSTIN, A., *Prestaciones sociales, función administrativa y derechos de los ciudadanos*. Madrid, Mc Graw Hill, 1996, p.133.

<sup>70</sup> En lo que respecta a la titularidad de derechos subjetivos típicos de naturaleza patrimonial y carácter obligacional de los beneficiarios de los sistemas prestacionales de la Acción social, su existencia depende, aunque no exclusivamente, de la conformación de los sistemas que los regulan en torno a patrones clásicos de los sistemas reglados, donde la predeterminación normativa es tal que permite, al prefijar la concreta conducta administrativa debida, el nacimiento inmediato de derechos subjetivos. . *Ibíd.*, p.133.

<sup>71</sup> *Ibíd.*, 190.

3. La norma debe establecer la relación concreta de prestaciones que la administración se compromete a prestar como derecho subjetivo de los ciudadanos. Las llamadas “carteras de servicios”, elemento fundamental en la construcción de las prestaciones sociales como derechos subjetivos, incluyen estas prestaciones. El profesor Tornos entiende que los derechos que aquí se configuran son derechos de adquisición sucesiva que se perfecciona en el momento final, cuando mediante una resolución administrativa se asigna la prestación.
4. La existencia de un derecho subjetivo a una prestación no está necesariamente unida al carácter gratuito de la prestación.

Al existir un acto administrativo, la protección jurisdiccional o la posibilidad de reclamar a la administración se plantea en los términos establecidos en el art. 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Así, en el supuesto en que la Administración deniegue la prestación solicitada o conceda una prestación que no satisfaga al solicitante, se podrá impugnar en vía administrativa y judicial la resolución expresa o presunta. El objetivo del recurso consistirá en examinar si dentro del procedimiento administrativo se apreciaron correctamente las circunstancias del solicitante y si se reconoció o no el derecho a la prestación adecuada a dicha situación. Entendemos que tanto en vía administrativa como judicial debería procederse, si la reclamación está fundada, a anular el acto impugnado y proceder a reconocer la concreta prestación a que tiene derecho el recurrente. Por lo que se refiere a la vía administrativa sería conveniente establecer una regulación específica de esta vía previa de acuerdo con el art. 107 de la Ley 30/1992<sup>72</sup>.

La configuración legislativa de la prestación social posee un carácter obligacional para la administración. Aquellas personas que cumplan los requisitos establecidos legalmente tendrán derecho a acceder a la prestación económica, y en el supuesto en que la administración lo deniegue, la persona tendrá la posibilidad de revisión judicial y, sobre todo, la capacidad de modificar judicialmente el resultado de la actuación administrativa.

---

<sup>72</sup> TORNOS MAS, J., “La configuración de las prestaciones sociales ... op.cit., p.106.

Una vez configurados estos cuatro aspectos que conforman el núcleo constitutivo del derecho, nace *ex-lege* un derecho con capacidad de exigir a la administración un determinado comportamiento que, en este caso, será la prestación de un servicio o la asignación de una prestación social.

Otro punto distinto que cabe diferenciar claramente para no caer en equívocos, son los derechos reconocidos y garantizados en la prestación propiamente dicha. Es decir, una vez reconocida una prestación social, por ejemplo, una renta mínima de inserción, o un servicio social, como puede ser la asistencia a un centro día o la ayuda domiciliaria, la persona beneficiaria de dicho servicio tiene derecho a que la actuación de la administración sea adecuada y conforme a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución y en la legislación. Una cosa es el reconocimiento de la prestación y otra los derechos que por mandato constitucional o legal se reconocen a los ciudadanos y que, como no cabe esperar de otra forma, la administración debe garantizar en la prestación de los servicios sociales. Esta diferencia debe tenerse presente pues, como se verá posteriormente, las leyes de servicios sociales promulgadas en los últimos años parecen que llevan a la confusión entre estas dos figuras.

La renta mínima de inserción<sup>73</sup> es la primera prestación social en España que se configura como una prestación de derecho subjetivo. Por una parte, las normas autonómicas configuran un sistema reglado para su adjudicación, detallan los sujetos beneficiarios de dicha prestación, los requisitos necesarios de acceso y el procedimiento administrativo que debe seguirse. En este sentido, el margen de discrecionalidad dejado a la administración es realmente limitado. En segundo lugar, el acto de concesión o denegación de la renta o ingreso mínimos de inserción es un acto administrativo en sentido propio; debe motivarse en los términos del art. 54 de la Ley 30/1992 y puede ser objeto de recursos administrativos<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> La renta o ingreso mínimo de inserción tiene como objetivo el desarrollo de acciones destinadas a ayudar a los ciudadanos y ciudadanas con graves dificultades económicas y sociales con el propósito de prepararles para su inserción o reinserción social y laboral. Comprende las siguientes acciones y prestaciones: prestaciones económicas y apoyo personal para la integración social y laboral, apoyo a la formación de adultos, acciones de información y orientación, acciones de apoyo para la colaboración cívica, apoyo al autoempleo y apoyo a la inserción laboral.

<sup>74</sup> Los Tribunales de Justicia han puesto de relieve la necesidad que la resolución de denegación, suspensión o extinción de la prestación de renta mínima esté motivada. Precisamente, esta falta de motivación en determinadas resoluciones fue la causa de resoluciones favorables por las Salas de lo contencioso en la STSJ de la Comunidad Valenciana 1148/1998, de 5 de octubre y en la STSJ de la Rioja de 22 de abril y 13 de mayo de 1996.



Son varias las Comunidades autónomas que han optado por configurar dicha prestación como un derecho subjetivo. Por su claridad explicativa cabe mencionar la exposición de motivos de la *Ley 1/2001, de 17 de enero, de prestación canaria de inserción*: “(...) se impone la elaboración de una norma de rango legal que establezca el derecho al acceso a la prestación, independientemente de que su materialización quede supeditada a las limitaciones de las consignaciones presupuestarias, si existe una situación de necesidad y se cumplen los objetivos exigidos y los requisitos subjetivos exigibles, y que permita reforzar el carácter integrador de la prestación, incidiendo en la consecución de empleo adecuado para los solicitantes de la prestación”.

Las declaraciones contenidas en las exposiciones de motivos de las legislaciones se materializan en la previsión de un procedimiento reglado para el acceso a la prestación, así como la reclamación judicial de la prestación. A modo de ejemplo, la *Ley catalana 10/1997, de 3 de julio, de la renta mínima de inserción* y el *Decreto catalán 384/2011, de 30 de agosto, de desarrollo de la Ley 10/1997, de 3 julio, de la renta mínima de inserción*, arts. 12 y 9.6 respectivamente, señalan que “contra las resoluciones de aprobación, denegación, modificación, suspensión o extinción de la renta mínima de inserción, la persona solicitante puede interponer recurso administrativo correspondiente ante el Departamento competente”<sup>75</sup>.

En los últimos años se ha visto una tendencia, ciertamente tímida, por parte del legislador autonómico para ampliar el campo de las prestaciones con naturaleza de derecho subjetivo. Así, se reconocen expresamente derechos subjetivos reclamables ante los tribunales en el *Decreto vasco 109/2006, de 3 de mayo, por el que se regula la ayuda económica por nacimiento o adopción del primer hijo o hija* o en la *Ley catalana 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico*<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> En el mismo sentido la *Ley 15/2001, de 27 de diciembre, de Renta Mínima de Inserción en la Comunidad de Madrid* (art. 21.1); el *Decreto 198/1999, de 20 abril. Regula el Ingreso Mínimo de Inserción del País Vasco* (art. 29); la *Ley 9/2007, de 12 marzo, Ley de Renta Garantizada de Ciudadanía de la Comunidad Valenciana* (art.26); la *Ley 3/2007, de 16 marzo, de Renta Básica de Inserción de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia* (art.23); la *Ley 4/2005, de 28 octubre.. Ley de Salario Social Básico* (art.15); el *Decreto 126/2004, de 30 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la prestación de Ingresos Mínimos de Inserción de la Comunidad de Castilla y León* (art.16) y la *Ley 1/2007, de 17 enero. Regula la Prestación Canaria de Inserción* (art. 14), entre otras.

<sup>76</sup> La norma catalana señala expresamente como prestaciones de derecho subjetivo las siguientes prestaciones: prestaciones para jóvenes ex tutelados (art.9); prestaciones para el mantenimiento de los gastos del hogar o cónyuges o familiares supervivientes (art. 20); prestaciones complementarias para otorgar la modalidad no contributiva, por invalidez o jubilación (art. 21); prestación por el acogimiento de menores de edad tutelados por



La segunda prestación social que goza de la naturaleza de derecho subjetivo son las prestaciones sociales contenidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (en adelante Ley 39/2009 de la dependencia). Como se describe en el art. 1.1, la Ley busca, *“regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes, mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (...)”*. La norma detalla los titulares del derecho y el procedimiento a seguir para la obtención de la prestación. Asimismo, se señala el mecanismo jurídico para hacer efectivo el derecho, según del art. 4.3j se reconoce *“el derecho a iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la presente”*.

La tendencia a configurar derechos subjetivos en el campo de la asistencia social es ciertamente reducida, tan sólo las rentas mínimas de inserción y las prestaciones derivadas de la Ley 39/2006 de la dependencia gozan de ésta categoría. Sin embargo, como se analizará con mayor detalle en el punto 4.2 del apartado III del presente capítulo las leyes de servicios sociales promulgadas a partir del nuevo siglo incorporan una tendencia, ciertamente tímida, que amplía el campo material de los derechos subjetivos y es en el marco de las denominadas carteras de servicios sociales donde el término derechos subjetivo y previsión presupuestaria tienen mayor acogida.

#### **4.2 El nivel de protección derivado del mandato de derechos de configuración legislativa**

El segundo aspecto al que cabe referirse sobre el nivel de protección de los servicios sociales son los límites constitucionales que sujetan tanto al legislador como a la administración en el momento de configuración y desarrollo de las prestaciones sociales. El derecho a los servicios sociales es un derecho de configuración legislativa; siendo la ley la norma que establecerá el contenido y los términos en que los poderes públicos quedan obligados a otorgar un conjunto

---

la Generalidad (art. 22); prestaciones para atender necesidades básicas (art. 23). Además de un reconocimiento expreso, la norma establece que en los supuestos de reconocimiento de una derechos a la prestación el ente gestor debe hacer la aportación que corresponda (art. 5.2 ) y se reconoce la posibilidad de entablar los recursos pertinentes (art. 18).

de prestaciones y el nivel de protección judicial. Por lo tanto, las garantías del derecho se encuentran en la ley, fuente encargada de desarrollar el derecho, y son las propias garantías de la ley, en especial el procedimiento legislativo, así como los principios generales de no discriminación y la adecuación de la actuación de la administración al principio de legalidad los mandatos que rigen la actuación de los poderes públicos cuando éstos configuran el sistema de servicios sociales.

Bajo este contexto, interés por estudiar la ley en este apartado tiene origen en que ésta es la norma que garantiza el derecho. Bajo el texto constitucional el derecho a los servicios sociales no es un derecho de aplicación directa y los términos de desarrollo del mismo depende del legislador. Las dos fuentes de Derecho que desarrollarán el sistema de asistencia social son la ley y el reglamento. En este sentido, las páginas que continuación se presentan buscan estudiar los parámetros en que debe moverse cada una de estas normas cuando regulen el sistema de servicios sociales.

#### **4.2.1 El papel de la Ley en el ordenamiento jurídico**

El principio de legalidad descrito en el art. 9.3 CE se encuentra positivizado sin lugar a discusiones, al menos en lo que a su existencia se refiere. No obstante, para llegar a este punto, el principio de legalidad como parámetro que delimita la actuación del legislador y de la administración ha tenido que recorrer un amplio camino. Este principio nace vinculado a la soberanía del parlamento sobre el poder del monarca. La aspiración de la ley de posicionarse como la norma suprema le lleva al enfrentamiento con el reglamento. Sin embargo, con la extensión del principio democrático el debate sobre la primacía de la ley queda cerrado y, posteriormente, son la supremacía de la Constitución y el control de constitucionalidad los elementos que introducen al principio de legalidad nuevos matices.

A lo largo del siglo XIX el Derecho público centró gran parte de su atención en el estudio de la ley como norma emanada del Parlamento. Centrarse en la ley implicaba directa o indirectamente hablar también del Reglamento como potestad normativa. En este contexto, se busca bajo los postulados provenientes del liberalismo clásico aclarar las relaciones entre una y otra norma, así como de los límites que recíprocamente se dibujan. Esto es así, porque la expansión material de la ley conlleva la limitación del reglamento y, en sentido contrario, una concepción amplia del reglamento trae una restricción material de la ley.

No es objeto de esta tesis, ni puede serlo por la amplitud que ello conllevaría, el estudio sobre la evolución de la ley durante todo el siglo XIX. El análisis del monismo francés y del dualismo alemán desbordaría sin lugar a dudas el objeto de esta investigación. Sin embargo, cabe anotar algunas consideraciones al respecto.

El principio de legalidad que nació bajo la monarquía constitucional contiene las dos conocidas vertientes: la primacía de la ley y la reserva de ley. Estos dos conceptos se encuentran íntimamente ligados pues ambos explican la función de la ley dentro del ordenamiento jurídico. La bifurcación de la evolución teórica de la ley es posiblemente el hecho que dio mayor juego a estos dos conceptos. Por una parte, en Alemania donde el principio monárquico seguía vigente durante el siglo XIX, el campo material de la ley se comparte entre el Parlamento y el Monarca y el principio de primacía de la ley es matizado por la reserva de ley. En este sentido la limitación del poder del Rey se realiza en aquellos campos que materialmente quedan reservados a la ley. Por el contrario en Francia, heredera del principio democrático en toda su amplitud, el Parlamento es el único órgano legitimado para emitir una norma de carácter vinculante y toda actuación del órgano ejecutivo tendrá que estar siempre justificada en una ley anterior. En este sistema el principio de competencia pierde todo sentido porque el campo material de la ley es ilimitado y la primacía se desarrolla en su vertiente más extensa<sup>77</sup>.

Para el monismo francés, la Ley es ante todo cualquier decisión procedente de las asambleas parlamentarias que adopten la forma legislativa<sup>78</sup>. Sin embargo, para determinar el verdadero alcance de la ley no basta con precisar el órgano que la emite, sino que, es imprescindible estudiar su relación con el resto de normas jurídicas. Según el jurista francés Carré de Malberg, en la distinción entre ley y reglamento existe algo más que una diferencia de forma. La principal finalidad que pretende el legislador cuando para la creación de una regla emplea

---

<sup>77</sup> Sobre la evolución del principio de legalidad en Francia véase., MALBERG DE CARRÉ., *Teoría General del Derecho*. México, UNAM, Fondo de cultura económica, 1998, p.300 y ss. Este autor discute la aplicación del concepto ley material y ley formal postulada por Laband porque, a su entender en el sistema francés la ley lo puede todo. En relación al sistema alemán véase., DIERTRICH JESCH, *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*. Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1978; STARK C., *El concepto de ley en la Constitución Alemana*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1978. En general véase., DE OTTO, I., *Derecho Constitucional, sistema de fuentes*. Barcelona, Ariel, 1987, p.137; PÉREZ ROYO, J., *La reserva de ley*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1969; GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho...* op.cit., cap. III, IV y V.

<sup>78</sup> MALBERG DE CARRÉ., *Teoría General* ... op.cit., p.309.

la forma legislativa es situar dicha regla por encima de la voluntad de las autoridades administrativas. La superioridad de la ley le lleva a fijar los parámetros que rigen la actividad de la administración, siendo intocable para ella. Bajo esta interpretación, el verdadero fin y la auténtica función de la ley es crear reglas de esencia superior o, en términos más generales, crear el orden regulador superior del Estado<sup>79</sup>.

El alcance material de la ley lleva a predicar dos efectos: la fuerza activa y la fuerza pasiva de la ley. Tanto el reglamento como la ley son fuentes de derecho, pero el derecho que crean respectivamente no tiene el mismo valor toda vez que la ley posee una especial fuerza que le es negada al reglamento. En este sentido, la ley puede modificar o derogar cualquier otra norma y la norma que crea la ley sólo puede ser derogada o modificada por otras leyes. No existe en el ordenamiento jurídico una fuente distinta a la ley que pueda variar o revocar la norma que crea la ley; sólo la ley es capaz de actuar sobre sí misma y, por lo tanto, la ley se encuentra en la posición más alta de la jerarquía normativa<sup>80</sup>.

En este contexto, la primacía de la ley implica que el reglamento queda subordinado a la ley. La potestad de la administración o la actuación del poder ejecutivo, no puede desarrollarse sin una ley que la sustente y siempre en los términos establecidos por la ley. El reglamento no puede moverse sino dentro de los límites de la ley; más aún, la actividad reglamentaria sólo puede ejercerse en ejecución de las leyes, y con mayor razón el reglamento no puede ni contradecir ni derogar las leyes existentes<sup>81</sup>.

Desde el punto de vista de su potestad de iniciativa, la administración se halla obligada por el hecho que, por la vía administrativa, nada puede emprenderse en contra de la ley y la función administrativa debe permanecer siempre contenida *intra legem*, esto es dentro de los límites que resultan de las leyes. Ya en este primer sentido se encuentra estrechamente subordinada a la ley; pero además, según el jurista francés, esta subordinación alcanza un grado tal que la administración sólo puede ejercerse *secundum legem*, de conformidad con las leyes, o sea, a consecuencia y en virtud de un texto legislativo. La delimitación de la actuación del poder ejecutivo que realiza Careé del Malberg se deriva, a su entender, directamente del art. 3 de la Ley Constitucional francesa de 25 de febrero de 1875, que sostiene que “*El presidente de la*

---

<sup>79</sup> Ibid., p.315.

<sup>80</sup> Ibid., p.310.

<sup>81</sup> Ibid., p.315.

*República vigila y asegura la ejecución de las leyes*". El poder reglamentario del Presidente se ciñe solamente a aquello que la ley le permite y su actuación está estrictamente vinculada a los mandatos del legislador. La ley no es únicamente el límite de la actividad administrativa, sino que es también el presupuesto de la misma<sup>82</sup>.

En sentido contrario, la construcción de la ley en la teoría alemana del S. XIX distingue entre ley en sentido formal y ley en sentido material. La teoría alemana parte de la distinción elaborada por Laband entre ley en sentido formal y ley en sentido material<sup>83</sup>. Por ley en sentido formal debe entenderse todo acto parlamentario revestido de la forma de ley manifestado a través del procedimiento prescrito en los preceptos jurídico constitucionales pero sin consideración a su contenido. Por ley en sentido material, se entiende aquella regla para cuyo establecimiento, y por razón misma de su materia, la Constitución le exige el empleo de la vía legislativa formal<sup>84</sup>.

El principio de legalidad en la doctrina alemana del siglo XIX tiene como fundamento teórico el "principio monárquico". El Rey ostenta un poder originario que le corresponde por derecho propio y no como resultado de su atribución por derecho positivo. La autoridad del monarca no le viene *ex legibus*, no deriva de las leyes, sino que es previo a ellas. La potestad real se concibe como un poder *prejurídico* en el sentido más exacto de este término, es un poder originario que no deriva de ningún otro<sup>85</sup>. Bajo este presupuesto se justifica, en la condición histórica del Monarca como jefe del ejecutivo, un principio de libertad en la organización y en el funcionamiento de la administración<sup>86</sup>. El dualismo germánico mantiene el principio originario de la potestad reglamentaria del Monarca donde el Estado de Derecho es tan sólo un límite a la actuación de éste.

La ley y el derecho juegan un papel de vinculación negativa a la administración. El principio de legalidad plantea la posición superior de la ley. No obstante, la administración podría hacer "no meramente aquello que la ley expresamente le autorice, sino todo aquello que la ley no

---

<sup>82</sup> Ibid., p.449.

<sup>83</sup> Sobre la interpretación de la ley según Laband, véase la explicación y posterior crítica de Carre de Marberg, Ibid., p.288 y ss.

<sup>84</sup> STARK C., El concepto de ley en la Constitución Alemana ... op.cit., p.41.

<sup>85</sup> DE OTTO, I., *Derecho Constitucional*, p. 137.

<sup>86</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, E., *Derecho Administrativo*, p.446.



prohíbe”<sup>87</sup>. El Monarca, tiene a su favor, en caso de duda la presunción de legitimación. Esta presunción de competencia significa que le corresponden todas aquellas facultades que no le han sido negadas expresamente; los demás órganos estatales están, en cambio, constreñidos a las competencias que expresamente le están atribuidas<sup>88</sup>. Las normas que provienen del Monarca, las normas reglamentarias, están llamadas a no contradecir aquello que la norma superior establece, no obstante es libre en cuanto no incurra en esa contradicción. En este sentido, la administración puede usar su poder de regulación en todos aquellos campos que la Ley no ha regulado.

El sistema de relación entre la ley, norma emitida por el parlamento, y el reglamento, norma proveniente del monarca, no tiene como fundamento único un sistema jerárquico similar al descrito en la teoría monista sino que, además éste se complementa por medio del sistema de distribución de materias. La distinción entre ley y reglamento no es vertical sino horizontal: la ley y el reglamento no son normas de distinto rango formal, enlazados por una relación jerárquica, sino tipos normativos que operan en campos materiales distintos<sup>89</sup>. La ley guarda un campo material exclusivo para ella que se limita a la decisión o norma jurídica que crea una regla de derecho, la cual se entiende como norma que genera una vinculación entre el Estado y los ciudadanos<sup>90</sup>. Concretamente, todo lo que afecte a la libertad y a la propiedad es materia exclusiva de la ley donde, además, la ley adquiere una posición de superioridad respecto del reglamento. Ahora bien, tal y como postula Ignacio de Otto, este principio formula también una distribución de competencias en sentido inverso: la ley sólo puede ocuparse de las materias que le están reservadas o, para ser más exactos, cuando la ley se mueve fuera de ese campo lo hace con valor distinto o disminuido, sin que pueda predicarse la superioridad de la misma. Del sistema de reserva resulta también un campo reservado al

---

<sup>87</sup> MAYER, O., *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo I parte general. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1982, p.105.

<sup>88</sup> DIETRICH, J., *Ley y Administración ... op. cit.*, p.110-111.

<sup>89</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos del Derecho Administrativo I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 701.

<sup>90</sup> Según Laband se distinguen dos clases de reglas: unas tienen por objeto la determinación de la condición jurídica de los ciudadanos y están destinadas a producir su efecto en la esfera de la capacidad jurídica de los individuos, por cuanto se refieren a su estatuto personal, a sus derechos patrimoniales, a sus libertades individuales, o a los derechos que respecto de ellos tengan los órganos o agentes del Estado. Cualquier regla que actúe sobre las facultades jurídicas de los súbditos del Estado es, según Laband, una regla de derecho. Será ley en sentido material siempre que en ella se contenga una regla de derecho siendo irrelevante la forma que tome. Por esta razón, un reglamento, una ordenanza en donde se incluya una regla de derecho, será una ley en sentido material. CARRÉ DE MALBERG., *Teoría General del Derecho ... op.cit.*, p. 287



reglamento constituido por todo aquello que no afecte a la libertad y propiedad o, en una formulación más amplia, que no afecte a los derechos y deberes de los ciudadanos<sup>91</sup>.

La polémica ente el monismo francés y el dualismo alemán queda en gran medida cerrada con consolidación del principio democrático. El reconocimiento del sufragio universal y, por lo tanto, la naturaleza democrática del Parlamento representa para la ley su consolidación como norma suprema y la primacía de la misma respecto del reglamento. Ello es así, porque el Parlamento es el máximo representante de la soberanía y responde a los intereses de la voluntad general. El fundamento último de esta forma de entender el principio de legalidad se encuentra por lo tanto en los presupuestos del principio democrático. La soberanía nacional no puede actualizarse, en forma directa, por la justicia y la administración; lo hace de forma indirecta a través de la ley. El presupuesto democrático de la actuación de la administración lo constituye su sujeción al imperio de la ley.

Bajo este nuevo contexto, el concepto de vinculación negativa de la ley es cuestionado y se postula la sujeción total de la administración a la ley. Según el jurista alemán Merkel, el principio de legalidad de la administración no significa otra cosa que toda la actividad administrativa deberá realizarse basándose en las leyes<sup>92</sup>; ya no basta con que la actuación de la administración no sea contraria a la ley, sino que ésta debe derivarse de la ley y debe ceñirse a lo establecido en ella. No basta que la norma reglamentaria no contradiga la ley sino que además debe fundamentarse y ajustarse a ella, postulando así un principio de legalidad activo.

La acción administrativa cumple el principio de legalidad cuando es posible retrotraerla lógicamente a la ley o, desde el punto de vista de la ley, ser derivada de ella. El condicionamiento total de la administración mediante la ley hace que el órgano administrativo penda de la voluntad del legislador. En virtud de este principio, el órgano administrativo tiene que preguntarse a cada paso si la ley ha expresado su voluntad y cuál sea ésta; para que el órgano administrativo pueda actuar, la ley habrá tenido que declarar, por lo menos, que el órgano administrativo pueda hacer algo<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> DE OTTO, I., *Derecho Constitucional ... op. cit.*, p. 135

<sup>92</sup> MERKL, A., *Teoría General de Derecho Administrativo*. Granada, Comenares, 2004, p. 127-128.

<sup>93</sup> *Ibíd.*, p. 217-219

La teoría escalonada del ordenamiento<sup>94</sup> expresa que, en la estructura del ordenamiento jurídico, la ley, proposición jurídica determinante, se encuentra en una posición de superioridad respecto del reglamento, entendido como proposición jurídica determinada. La posición de rango superior de la ley implica la capacidad de derogar al reglamento y que éste último debe su validez a la existencia de una ley que lo habilite para actuar. Ya no sólo en aquellas parcelas reservadas a la ley, sino en todo el campo material sobre el que actúa el reglamento<sup>95</sup>. El principio de legalidad, así entendido, se emancipa completamente del contenido de las actividades administrativas y exige un fundamento legal. La relación entre la ley y el reglamento es entendida no ya bajo un sistema de distribución de materias, sino bajo el principio de primacía de la ley.

El principio de legalidad como primacía de la ley postulado por Merkl, tuvo su reflejo más claro en el artículo 80.1 de la ley fundamental de Bonn de 1949, donde se establece “*El Gobierno Federal, un ministro federal o los gobiernos de los Länder podrán ser habilitados mediante ley para otorgar decretos. En la ley deberá determinarse el contenido, el objeto y el alcance de la autorización otorgada. En tales decretos se mencionará su base legal. Cuando la ley prevea que una habilitación puede ser delegada, la delegación deberá efectuarse por decreto*”.

El alcance que la Ley Fundamental de Bonn otorga a la ley rompe con la doctrina del dualismo germánico al centrar con toda precisión en el art. 20.3 que “*el poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial a la ley y al Derecho*” y, a su vez, el artículo 80 sólo admite los decretos del poder ejecutivo federal o de los Landers, previa autorización al efecto por ley, en la que se determine el contenido, el objeto y el alcance de la autorización otorgada<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> Sobre la teoría escalonada de las fuentes del derecho véase, MERKL, A., “Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (I)”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n°2, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2004; “Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica (II)”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n°3, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005.

<sup>95</sup> *Ibíd.*, p.215

<sup>96</sup> Sobre la evolución posterior del principio de legalidad, cabe señalar que, “en los cuarenta años que van desde la Constitución de Weimar a la Constitución de la Quinta República se ha producido, en efecto, una curiosa inversión de las situaciones constitucionales de Alemania y Francia. La caída del Segundo Imperio y su sustitución por un sistema constitucional apoyado exclusivamente en el principio democrático determinó en Alemania el arrumbamiento de la concepción dualista de la ley y, con él, el abandono de la doctrina de la “vinculación negativa” de la Administración, que se cambió en su opuesta. En Francia, por el contrario, como reacción frente a los excesos más o menos reales de un parlamentarismo excesivamente “monista”, la

Según el art. 80.1 el legislador parlamentario es el único responsable en el ámbito tradicional de la creación jurídica; y el Gobierno sólo podrá crear Derecho en estricta dependencia de la ley<sup>97</sup>. Esta disposición excluye la posibilidad de otorgar al Ejecutivo apoderamientos globales para dictar reglamentos jurídicos. Como ha declarado el Tribunal Constitucional Federal, el artículo 80 de la ley fundamental de Bonn debe “forzar al legislador a dictar por sí mismo los preceptos decisivos para la ordenación de una esfera vital y, en tanto en cuanto queden transferidas al Ejecutivo las regulaciones concretas, determinar estas por sí mismo en cuanto a tendencia y amplitud, de tal modo que pueda preverse el posible contenido de los reglamentos que hayan de dictarse”<sup>98</sup>. En este sentido, la ley siempre debe contener una regulación determinada sobre la materia que pretende regular.

Otra transformación de primera importancia sobre el papel que juega la ley dentro del sistema de fuentes es la teoría de la Constitución como norma, así cabe anotar que con el advenimiento del Estado constitucional el papel y la posición de la ley ha sufrido importantes modificaciones.

En primer lugar, la supremacía del texto constitucional implica una variación cardinal en la estructura normativa de los ordenamientos jurídicos. La ley no es ya el escalón terminal del sistema normativo, sino el primero de los escalones subordinados e inmediatamente inferior a la Constitución. La observancia al texto constitucional es condición de validez de la propia ley y la inobservancia puede ser sancionada con la eliminación *erga omnes* acordada por un órgano distinto del poder legislativo<sup>99</sup>. Asimismo, la instauración del sistema de justicia constitucional conlleva a que el Tribunal Constitucional expulse del ordenamiento jurídico las leyes contrarias al texto constitucional. Así, se configura un control constitucional de la ley sobre la adecuación de la misma a las normas procedimentales establecidas para su creación, así como un control sobre el contenido material de la ley y su conformidad con el contenido del texto constitucional. La existencia de una Constitución normativa es, en resumidas cuentas, el límite más evidente que el principio democrático impone al Parlamento. La norma fundamental recoge las decisiones básicas adoptadas por la sociedad sobre la organización de

---

Constitución de 1958 ha intentado, con más rigor que éxito, asegurar al Gobierno una potestad reglamentaria autónoma, para cuyo uso no necesita habilitación del legislador, al que de hecho recluye en un ámbito mucho más estrecho que el que le ofrecía el viejo concepto de ley material”. RUBIO LLORENTE, F., “Rango de ley, fuerza de ley y valor de ley”, En *Revista de Administración Pública* n°100-102, 1983 p, 429

<sup>97</sup> STARK C., *El concepto de ley en la Constitución Alemana*, ... op.cit., p, 243 y ss.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p, 243

<sup>99</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos del Derecho* ... op.cit., p.534.

los poderes del Estado y la relación que deben mantener con los ciudadanos, límites infranqueables para el legislador<sup>100</sup>.

No obstante, bajo el principio de la Constitución como norma la adecuación de la ley al texto constitucional no supone una adaptación sin margen de movimiento. Los preceptos constitucionales no son, en modo alguno, ni pueden concebirse como un conjunto de mandatos concretos y unívocos que el legislador deba limitarse a desarrollar fielmente, sino un marco de límites externos dentro del cual el legislador debe ejercer libremente su poder de normación y configuración<sup>101</sup>. La ley mantiene su origen democrático, hecho que la dota de una especial posición y de un margen de movimiento, pero siempre condicionada material y formalmente a los mandatos constitucionales.

En segundo lugar, los postulados del Estado constitucional no sólo implican un cambio en la forma de concebir la Ley, sino también del Reglamento. En este contexto cabe referirse al proceso expansivo que ha tenido la actuación del ejecutivo en gran medida impulsado por la configuración del mismo como un Estado social. Tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo, las disposiciones reglamentarias han tomado una importancia sin precedentes. En la actualidad, las leyes expresan de forma general y abstracta una determinada regulación, pero cada vez es más frecuente un desarrollo esquemático de la materia, y una remisión al reglamento para el desarrollo de aspectos tanto técnicos como fundamentales. Así, el reglamento colabora con la norma para la regulación material y los ámbitos en los que entra son sumamente variados, tanto que en muchas ocasiones se hace sumamente borrosa la delimitación entre el contenido que debe contener la norma con rango de ley y el contenido que debe contener la norma reglamentaria que la desarrolla. La potestad reglamentaria es tan extenso y generalizado que ha sobrepasado notablemente en volumen y aún en significación práctica al poder legislativo<sup>102</sup>.

La ampliación de la actuación del reglamento y su constante colaboración con la ley tiene como fundamento la nueva concepción democrática de las normas emitidas por el poder ejecutivo. Seguir considerando al reglamento como el arma de un monarca con nostalgias

---

<sup>100</sup> BIGILIO CAMPOS, P., "Algunas Reflexiones sobre el principio democrático como fundamento y límite del Parlamento", en MORODO, R., y DE VEGA, P., (Dir.) *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en Honor de Pablo Lucas Verdú, Tomo II*. Madrid, Universidad Complutense, 2001, p.746.

<sup>101</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos del Derecho ... op.cit.*, p.538.

<sup>102</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho ... op.cit.*, p.179.

absolutistas y dialécticamente enfrentado a la representación popular, es un puro anacronismo en el seno de los regímenes políticos en los que el poder ejecutivo emana de las Cámaras<sup>103</sup>. En la actualidad, la relación entre la ley y el reglamento no se enmarca en la lucha por la primacía, conflicto que en últimas refleja la lucha por la titularidad del poder, sino que la instauración del sistema parlamentario gira las relaciones entre las dos fuentes normativas en términos de colaboración.

Bajo este nuevo contexto de relación colaborativa entre la ley y el reglamento y una expansión material sin precedentes de la norma reglamentaria como consecuencia en gran parte del Estado Social, los principios relativos al control de los poderes públicos toman una especial relevancia. Ya no es posible pensar, únicamente, en un escenario de limitación recíproca entre ley y reglamento, sino de la limitación en el marco del texto constitucional de las fuentes del derecho, en este caso de la ley, se derivan de los principios generales previstos en el art. 9.3 CE.

#### **4.2.2 El alcance material de la ley en el sistema de servicios sociales**

Volviendo al art. 50 de la Constitución Española, artículo en el que se reconoce el derecho a los servicios sociales, cabe señalar que éste no configura de manera expresa una reserva de ley. Simplemente se trata de un mandato general a los poderes públicos de desarrollo de un sistema de protección social, al que denomina servicios sociales. Tampoco hay un mandato expreso al legislador en los artículos que consagran una protección especial para colectivos en situaciones especiales como es el caso de los discapacitados (art. 49 CE), de los menores (art. 39 CE) o de la familia (art. 39 CE). La inexistencia de una reserva de ley no quiere decir que el desarrollo de los servicios sociales quede en manos del poder ejecutivo, por el contrario, según el texto constitucional son derechos contenidos en el Capítulo III del Título I son derechos de configuración legal y, por lo tanto, es el legislador quien debe regularlos.

En el ordenamiento jurídico español los arts. 9.3 CE, 97 CE y 106.1 CE regulan la relación que la ley guarda con el reglamento. El texto constitucional incluye expresamente en el artículo 9.3 el principio de legalidad y establece el sometimiento pleno del Gobierno y la Administración a “*la ley y al Derecho*”. El ejecutivo queda sometido tanto a la ley por ser

---

<sup>103</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos del Derecho ... op.cit.*, p.712.



ésta la máxima expresión de la voluntad general, a la Constitución norma de normas del ordenamiento jurídico y a los principios y valores previstos en el texto constitucional. Bajo este nuevo marco la fuerza material de la ley que Laband reservaba al ámbito de la libertad o de la propiedad de los subditos queda extendido a cualquier ámbito que tenga como finalidad el desarrollo del texto constitucional<sup>104</sup>

La fuerza innovadora es propia y típica de la ley, ésta hace parte de su propia esencia y es la característica que la diferencia de otras formas jurídicas como la sentencia o el reglamento. El reglamento no puede establecer una regulación jurídica que implique un cambio en la normativa. En este sentido, con independencia de si existe o no una reserva de ley, al reglamento le queda vetado regular el sistema de servicios sociales sin una norma previa que le habilite para ello.

En materia de servicios sociales el cumplimiento del principio de legalidad implica que queda en manos de la ley la conformación y regulación del sistema de servicios sociales. Ello implica que la ley regule aspectos como: la configuración de la prestación, la titularidad, los requisitos de acceso, el procedimiento administrativo, los términos en que se disfruta la prestación, en especial aspectos relacionados con los plazos de disfrute y las cuantías económicas. Al reglamento le corresponde tanto el desarrollo de dichos preceptos, sin posibilidad de innovación, como los aspectos relativos a la organización administrativa del servicio público<sup>105</sup>.

El sistema de servicios sociales desarrollado por las Comunidades Autónomas se construye a partir de la promulgación una ley general de servicios sociales en la que se dibuja el esqueleto del sistema. En términos generales, todas las leyes incluyen los principios que inspiran del sistema (solidaridad, igualdad, descentralización) y regulan la titularidad del derecho a los servicios bajo postulados genéricos “todos los ciudadanos tienen derecho”. Asimismo, las leyes incorporan un listado de los diferentes servicios y prestaciones, sin entrar en mayor detalle en la regulación de cada uno de éstos. Las leyes también incluyen las cuestiones

---

<sup>104</sup> En este sentido, las reservas de ley que incorpora el texto constitucional no conllevan a un modelo donde el reglamento independiente tiene cabida. Véase RUBIO LLORENTE, F., “Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-103, 1983, p.426-432.

<sup>105</sup> La existencia de reglamentos independientes ha sido otro de los temas mas debatidos en la doctrina pública española. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho...* op. cit., p.202.



relativas a la distribución competencial entre la Comunidad Autónoma y los entes locales. Finalmente, hacen referencia al régimen financiero por medio de postulados genéricos.

Una vez promulgada la ley que estructura el sistema, las Comunidades autónomas proceden a emitir conjunto de normativas que desarrollan lo referente a cada una de las prestaciones. En este campo el rango de las normas es muy variado, algunas prestaciones tienden a regularse por ley, como es el caso de las rentas mínimas de inserción o las prestaciones sociales a personas con problemas de drogodependencia. No obstante en este segundo plano, la norma que predomina es de rango reglamentario. La ley general de servicios sociales enumera y describe la prestación, pero es el reglamento la norma que contiene la regulación sobre la naturaleza de la prestación y sus principales características, la cuantía de las prestaciones y la duración de las mismas, los requisitos necesarios que deben cumplirse para acceder como la edad, el nivel de renta o los años previos de residencia en el territorio y la distribución competencial respecto de la gestión de la prestación. Incluso, como se verá a lo largo de éste trabajo en muchas ocasiones son las órdenes por las cuales se convocan prestaciones o las ordenanzas municipales las normas donde se regulan los aspectos esenciales de las prestaciones y ayudas sociales.

La preeminencia del reglamento en el campo de la asistencia social genera dudas respecto de la aplicación del principio de legalidad. No se está afirmando que la legislación social ha de contener un sinnúmero de regulaciones, entrar al detalle y regular todos los aspectos; lo que se quiere dejar claro es que los contenidos principales deben estar fijados por la legislación. Cuando una norma con rango reglamentario determina quiénes son los titulares de la prestación, si dicha prestación tiene una naturaleza de derecho subjetivo o no, el contenido general de la prestación y el ente encargado de gestionarla y adjudicarla, indudablemente está introduciendo una norma nueva, está innovando el ordenamiento jurídico. En este sentido, es relevante, como se verá con mayor detenimiento en el siguiente apartado, el cambio que ha representado la nueva generación de leyes de servicios sociales al ser normas que regulan con mayor detalle el contenido básico de las prestaciones y los servicios que forman parte del sistema de servicios sociales. Asimismo, en los últimos años, la presencia de leyes sectoriales autonómicas es notable.

### III. LOS SERVICIOS SOCIALES Y EL ESTADO AUTONÓMICO

#### 1. Implicaciones del Estado autonómico para la asistencia social

El segundo elemento que caracteriza el modelo de servicios sociales proviene de la descentralización vertical del poder incorporada en la Constitución Española. La Constitución consagra en su art. 2 el principio autonómico, así se “ (...) reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”. El enunciado autonómico se desarrolla a lo largo del Título VIII bajo la rúbrica “*De la organización territorial del Poder*”. La nueva estructura territorial del Estado implica el reconocimiento del derecho a la autonomía que, entre otras manifestaciones, incluye la posibilidad de disponer de instituciones políticas y de gobierno propio. En este sentido el texto constitucional señala como contenido de los Estatutos “*la denominación, organización y sede de las instituciones autonómicas propias*”.

El alcance del principio de autonomía fue reconocido por el Tribunal Constitucional en los primeros años de vida del sistema democrático. Para el Tribunal la autonomía implica un nuevo titular del poder, con atribuciones de dirección política distinta a la del propio Estado. En STC 32/1981 de 28 de julio, señala que la Constitución prefigura:

*“una distribución vertical del poder público entre entidades de distinto nivel, que son fundamentalmente el Estado, titular de la soberanía; las Comunidades Autónomas, caracterizadas por una autonomía política, y las provincias y municipios, dotadas de autonomía administrativa de distinto ámbito”(FJ3). Por lo tanto, las Comunidades autónomas “gozan de una autonomía cualitativamente superior a la administrativa que corresponde a los entes locales, que se añaden potestades legislativas y gubernamentales que la configuran como autonomía de naturaleza política”. (STC 25/1981, de 14 de junio)*

El texto constitucional consagra el principio de autonomía pero no define un modelo territorial preciso, sino que, establece algunos de sus elementos generales y remite su concreción a normas futuras, en especial, a los Estatutos de Autonomía. “Efectivamente, el Título VIII contiene algunos principios generales (como la libertad de circulación), algunos límites (como las competencias iniciales mínimas y máximas de las CCAA) y bastantes

procedimientos (para acceder a la autonomía, para aprobar los Estatutos, etc.). La Constitución contiene, por tanto, principios, límites y procedimientos para adoptar decisiones, pero la mayoría de ellas se remiten al futuro”<sup>106</sup>. Esta forma particular de articular el Estado Autonómico trae como resultado un modelo territorial abierto e inacabado.

En este contexto el Estatuto, además de ser la norma de acceso a la autonomía que cierra el modelo autonómico, es la norma institucional básica de cada Comunidad y delimita la distribución competencial entre el Estado y la respectiva Comunidad autónoma. El orden competencial o régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas queda establecido por el juego combinado de la Constitución y los Estatutos de Autonomía. Así, se destacó en la STC 17/1983, de 5 de octubre, recaída sobre el proyecto de Ley orgánica de armonización del proceso autonómico (LOAPA), *“Por lo que se refiere a la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo que determina el art. 147.2d) de la Constitución, son los Estatuto de Autonomía las normas llamadas a fijar las “competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución”, articulándose así el sistema competencial mediante la Constitución y los Estatutos, en los que estos ocupan una posición jerárquicamente subordinada a aquella”*. (FJ4a).

Así, el Tribunal Constitucional a la hora de interpretar el modelo autonómico, debe considerar, además de los preceptos constitucionales, las leyes que dentro del marco constitucional se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades autónomas. Es decir, los Estatutos de Autonomía forman parte del llamado bloque de la Constitucionalidad, por el cual, el control constitucional de una ley deberá verificarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también a partir de su comparación con otras disposiciones con carácter “supralegal” que tienen relevancia constitucional como son, en este caso, los Estatutos de Autonomía

Todas las Comunidades autónomas en virtud del principio dispositivo y en el marco del art. 149.1.20 CE asumieron en sus respectivos Estatutos de autonomía la asistencia social como

---

<sup>106</sup> AJA FERNANDEZ, E. *El Estado Autonómico. Federalismo y hechos diferenciales* (2a ed). Madrid, Alianza Editorial, 2003, p.66-67.

competencia exclusiva<sup>107</sup>. Este dato resulta cardinal al desarrollo del trabajo. Por una parte, su inclusión en los diferentes textos estatutarios implica la territorialización de la asistencia social; es ahora la Comunidad la competente para desarrollar y prestar los servicios sociales en su territorio. Por otra, en la medida en que el artículo 149.1 de la Constitución no realiza ninguna atribución competencial al Estado sobre la asistencia social, se entiende que la competencia asumida por las Comunidades sobre servicios sociales es exclusiva. Las autonomías son las titulares de las funciones legislativas, reglamentarias y de gestión sobre esta materia.

Esta capacidad normativa es reconocida a todos los territorios constituidos como Comunidades autónomas con independencia de la vía procedimental por la que acceden a la autonomía<sup>108</sup>. Así, desde los pactos autonómicos de 1981 se extendió a todas los territorios que se constituyeran como Comunidades la organización institucional prevista en el art. 152.1 CE y, por lo tanto, se reconoce capacidad legislativa a todas las Comunidades autónomas<sup>109</sup>.

La titularidad de la competencia depende exclusivamente de los Estatutos de Autonomía. Sin embargo, el ejercicio de la misma está condicionado a la realización de los respectivos traspasos. Los denominados traspasos entre el Estado y la respectiva Comunidad autónoma consisten en la transferencia de los medios materiales, personales y presupuestarios vinculados al ejercicio de la competencia. Por lo tanto, cumplen la función de llenar de contenido la competencia estatutaria y evitar la duplicidad de instituciones<sup>110</sup>. Además, el contenido de los Reales Decretos de traspasos normalmente no se limita a la descripción de los servicios a traspasar, sino que a menudo contribuyen a la delimitación de las competencias. Concretamente, precisan las funciones que asumen las Comunidades, las que se reserva el Estado, e incluso con frecuencia, regulan el procedimiento de ejercicio de las

---

<sup>107</sup> Andalucía (art. 61 del actual Estatuto de autonomía y art. 13.22 del anterior); Aragón (art. 70.34 del actual EAA y art. 35.26 del anterior); Asturias (art. 10.24), Baleares (art. 30.15 del actual Estatuto de autonomía y art. 39.9 del anterior), Canarias (art. 30.13); Cantabria (art. 24.22), Castilla-La Mancha (art. 31.1.20), Castilla y León (art. 32.1.19), Cataluña (art. 66 del actual Estatuto de autonomía y art. 9.25 del anterior), Extremadura (art. 7.1.20); Galicia (art. 27.23), Madrid (art. 26.18); Murcia (art. 10.18), Navarra (art. 44.17), La Rioja (art. 8.30), Comunidad Valenciana (art. 49.84 del Estatuto de autonomía y art. 31.24 del anterior), País Vasco (art. 10.12).

<sup>108</sup> Bajo el texto constitucional, art. 152 C.E., la Asamblea legislativa como institución propia de las Comunidades autónomas es reconocida expresamente sólo para los territorios que accedían bajo la vía del art. 151.1 C.E. y la disposición transitoria segunda. Concretamente por esta vía acceden: Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía.

<sup>109</sup> Los Estatutos de todas las Comunidades autónomas, incluidas las que accedieron a la autonomía por la vía ordinaria del art. 143 CE, han asumido, en virtud del principio dispositivo, potestades legislativas y, por lo tanto, un esquema de organización institucional muy al previsto (en principio sólo para las Comunidades autónomas "de primer grado" en el art. 152.1 CE).

<sup>110</sup> STC113/1983, de 6 de diciembre. En el mismo sentido, STC 125/1984, de 20 de diciembre.

respectivas competencias, estableciendo, por ejemplo, mecanismos de auxilio, coordinación y cooperación entre el Estado y las Comunidades autónomas.

El particular proceso de creación de las Comunidades autónomas, donde al momento de elaborar el texto constitucional buena parte del territorio español ya se había constituido en entes pre-autonómicos, hace que los traspasos se realicen en dos momentos. El primero, antes de la aprobación de los respectivos Estatutos de autonomía y, en el marco, de las respectivas Comisiones Mixtas de Traspasos se dicta el *Real Decreto 251/1982, de 15 de enero, de transferencia de competencias, funciones y servicios de la Administración del Estado a Entes Preautonómicos en materia de servicios y asistencias sociales*. A través de esta norma se transfieren las competencias, funciones y servicios en materia de servicios sociales de la Administración del Estado a la Junta de Andalucía, a la Diputación General de Aragón, al Consejo Regional de Asturias, al Consejo General Interinsular de Baleares, a la Junta de Canarias, a la Junta de Comunidades de la Región Castellano-Manchega, al Consejo General de Castilla y León, a la Junta Regional de Extremadura, al Consejo Regional de Murcia y al Consejo del País Valenciano. El traspaso para el resto de territorios autonómicos se lleva a cabo en el marco de las Comisiones Mixtas de Traspasos tras la aprobación de los Estatutos de autonomía<sup>111</sup>. Los traspasos tienen como objeto la transferencia a las Comunidades autónomas de los servicios y establecimientos gestionados por el Instituto Nacional de Asistencia Social, las ayudas del Fondo de Asistencia social y los centros asistenciales dependientes de la Dirección General de Acción Social<sup>112</sup>.

En este contexto, en 1984 el sistema de asistencia social en sentido amplio queda conformado por los servicios sociales que ahora están en manos de las Comunidades autónomas y por los servicios sociales que se mantienen en manos del Estado y que forman parte del Sistema de

---

<sup>111</sup> Así, Aragón, Real Decreto 2114/1984 (BOE de 26/11/84) y Real Decreto 2733/1986 (BOE de 9/10/87). Baleares, Real Decreto 835/1984 (BOE de 9/5/84). Canarias, Real Decreto 1974/1984 (BOE de 6/11/1984). Cantabria, Real Decreto 3416/1983 (BOE 10-21984). Castilla –La Mancha, Real Decreto 1975/1984 (BOE 7/11/1984). Castilla-León, Real Decreto 710/1984 (BOE 7/11/1984) y Real Decreto 1269/1985 (BOE 29/7/1985). Cataluña, Real Decreto 1949/1980 (BOE 19/10/80). Extremadura, Real Decreto 2191/1984 (BOE 14/12/1984). Galicia, Real Decreto 534/1984 (BOE 21/3/84). Madrid, Real Decreto 2589/85 (BOE 13/1/86) y Real Decreto 2735/86 (BOE 9/1/87). Murcia, Real Decreto 844/1984 (BOE 8/5/84). Navarra, Real Decreto 1702/1985 (BOE 23/9/85). La Rioja, Real Decreto 652/85 (BOE 11/5/1985). Valencia, Real Decreto 2135/84 (BOE 30/11/84) y Real Decreto 2762/86 (BOE 21/1/87). País Vasco, Real Decreto 2768/1980 (BOE 27/12/80).

<sup>112</sup> El Real Decreto Ley 36/1978 convierte el FONAS en el Instituto Nacional de Asistencia Social órgano encargado de la gestión de servicios de asistencia Social del Estado. Cabe recordar que el Fondo Nacional de Asistencia Social fue un órgano creado por la Ley 45/1960 y encargado de gestionar las residencias de menores y ancianos, guarderías infantiles, comedores de madres lactantes, así como la ayuda a las instituciones privadas de beneficencia.



Seguridad Social. Así, cabe recordar que la Ley 193/1963 de Bases de la Seguridad Social creó un sistema complementario a las prestaciones derivadas del sistema asegurativo denominadas servicios y asistencia social. En virtud de este sistema asistencial anexo a la Seguridad Social, el Estado central ha configurado un conjunto de prestaciones asistenciales y es el origen de los conflictos competenciales entre el Estado y las Comunidades autónomas. Como se verá en el apartado III del capítulo cuarto, dedicado a los aspectos competenciales, la delimitación material entre servicios sociales de las Comunidades autónomas y servicios sociales, en el marco de la Seguridad Social y en manos del Estado central, es uno de los aspectos del Estado autonómico pendientes de respuesta.

Recientemente, varias Comunidades (Cataluña, Andalucía, Aragón, Castilla León, Valencia, Baleares y Extremadura)<sup>113</sup> han procedido a reformar sus Estatutos de Autonomía con el objetivo de adecuarlos a los cambios sucedidos tras más de veinte años de modelo autonómico. Las normas estatutarias por una parte incorporan un catálogo de derechos sociales y, por otra, delimitan las materias que forman parte de la competencia sobre servicios sociales.

La competencia autonómica sobre servicios sociales se rige por la tipología de la exclusividad. En este sentido, la preocupación del legislador autonómico se centra en la salvaguarda de las materias que conforman el título competencial y en evitar de que por vía de títulos transversales el Estado central interfiera en el contenido de la asistencia social. En este sentido las reformas estatutarias, en especial los Estatutos catalán y andaluz y en cuanyo a asistencia social se refiere, buscan delimitar materialmente la competencia con el fin de salvaguardarlo de futuras invasiones competenciales. Así, a modo de ejemplo, el Estatuto de Autonomía de Cataluña señala que:

---

<sup>113</sup> Estatuto catalán: *Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña*. (BOE núm. 172 de 20/07/2006). Estatuto andaluz: *Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de autonomía para Andalucía* (BOE núm. 68, de 20/03/2007). Estatuto aragonés: *Ley orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón* (BOE núm. 97, de 23/04/2007). Estatuto de Castilla León: *Ley orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León* (BOE núm. 288 de 01/12/2007). Estatuto valenciano: *Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana* (BOE núm. 86 de 11/04/2006). Estatuto de Extremadura: *Ley orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura* (BOE núm. 25 de 29/01/2011). Estatuto de las Islas Baleares: *Ley orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears* (BOE núm. 52 de 1/03/2007).



- a) La regulación y la ordenación de la actividad de Servicios Sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de previsión pública.
- b) La regulación y la ordenación de las entidades, los servicios y los establecimientos públicos y privados que prestan Servicios Sociales en la Comunidad.
- c) La regulación y la aprobación de los planes y los programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de pobreza o de necesidad social.
- d) La intervención y el control de los sistemas de protección social complementaria privados<sup>114</sup>.

Mayores novedades representa la inclusión de un listado o catálogo de derechos. Así, los nuevos estatutos bajo diversas rúbricas prevén un conjunto de derechos de naturaleza social que se configuran como principios rectores<sup>115</sup>. Concretamente, en materia de asistencia social además de mandatos generales de protección de distintos colectivos, los estatutos andaluz (art. 23.2), castellanoleonés (art. 13.9), catalán (art.24.3), balear (art. 21), y valenciano (art. 15) establecen el derecho a percibir una renta garantizada de ciudadanía que asegure a sus titulares los mínimos de una vida digna<sup>116</sup>.

<sup>114</sup> Así, Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, art. 166; Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, art. 61. Ley orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, art. 30.15 y la Ley orgánica 5/2007, de 20 abril, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón art. 71.34a, incluyen la competencia bajo la siguiente redacción "Acción y bienestar social. Desarrollo comunitario e integración. Voluntariado social. Complementos de la Seguridad Social no contributiva. Políticas de protección y apoyo a las personas con discapacidades físicas, psíquicas y sensoriales. Políticas de atención a personas dependientes. Políticas de atención a las personas y a los colectivos en situación de pobreza o necesidad social." Y, la Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, en su art. 49. 24 hace referencia a "Servicios Sociales".

<sup>115</sup> Así, el Capítulo V "Principios rectores" del Título I del Estatuto de autonomía de Cataluña; el Capítulo III "Principios rectores de las políticas públicas" del Título I del Estatuto andaluz; el Capítulo II "Principios rectores de las políticas públicas" del Título I del Estatuto aragonés; el Capítulo IV "Principios rectores de las políticas públicas de Castilla y León" del Título I del Estatuto de Castilla y León; el Título II "De los derechos de los valencianos y valencianas" del Capítulo primero del Estatuto valenciano y el art. 16 "derechos sociales" del Título II del Estatuto balear.

<sup>116</sup> BARCELÓ i SERRAMALERA, M., "La contribución de las Comunidades autónomas al reconocimiento y regulación de los Derechos sociales", en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 9, 2011, p.91

La capacidad de los textos estatutarios de contener declaraciones de derechos ha dado lugar a un amplio debate doctrinal<sup>117</sup> y a dos importantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Teniendo en cuenta el objetivo de encuadre general de este primer Capítulo se renuncia a analizar en profundidad este aspectos. No obstante, se cree oportuno nombrar al menos la postura del Tribunal Constitucional. En un primer pronunciamiento, STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la inclusión del derecho al agua en el Estatuto de autonomía valenciano, el Tribunal declara que efectivamente los textos estatutarios pueden contener derechos. Sin embargo, éstos no pueden ser considerados como derechos subjetivos, sino como mandatos u orientaciones a los poderes públicos autonómicos

“nada impide que el Estatuto de Autonomía, en cuanto norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, al atribuir las competencias que han de ejercer los poderes públicos autonómicos, les impongan, de modo directo, criterios o directrices para su ejercicio o que lo hagan, de modo indirecto, mediante la formalización de enunciados o declaraciones de derechos a favor de los particulares. Se trata, en ambos casos, de mandatos al legislador y restantes poderes públicos autonómicos, imponiéndoles prescripciones que son vinculantes para los mismos con independencia de la veste de que se revistan.(...) Por tanto, en el ámbito de lo dispuesto por el art. 147.2 d) CE, los Estatutos de Autonomía no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos. Por ello, cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los estatutos, tales prescripciones estatutarias han de entenderse, en puridad, como mandatos a los poderes públicos autonómicos, que, aunque les vinculen, sólo pueden tener la eficacia antes señalada”<sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup> En contra de la posibilidad de que los textos estatutarios contengan listado de derechos DIEZ PICAZO, L.M., ¿Pueden los Estatutos de autonomía declarar derechos deberes y principios?, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006. A favor de la inclusión de derechos CAAMAÑO RODRIGUEZ, F., Si pueden (Declaraciones de derechos y estatutos de autonomía), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, 2007; CARRILLO LOPEZ, M., Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de autonomía, *Revista Española de Derechos Constitucional*, núm. 80, 2007; BARCELÓ i SERRAMALERA, M., “La contribución de las Comunidades... op.cit.,

<sup>118</sup> Al respecto véase al amplio trabajo de LÓPEZ MENUDO, F., “Los derechos sociales en los Estatutos de autonomía”, en *Derechos sociales y Estatutos de Autonomía, Actas del IV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derechos Administrativo*. Valladolid, Lex Nova, 2009, p.13-112.

En una línea muy similar, en la STC 31/2010, de 28 de junio, recurso de inconstitucionalidad recaído sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña, el Tribunal ratifica la adecuación al constitucional del reconocimiento estatutario de derechos. Sin embargo, dicha inclusión debe estar conectada con alguna de las competencias de titularidad autonómica y son derechos que vinculan únicamente al legislador autonómico. Ahora bien, el Tribunal matiza su posición sobre la imposibilidad de que los Estatutos reconozcan derechos subjetivos sin señalar cuales pueden ser<sup>119</sup>.

## 2. La estructura de los servicios sociales autonómicos

El sistema de servicios sociales de las Comunidades autónomas se estructura a través de la promulgación de las respectivas leyes autonómicas y posterior desarrollo normativo. Como se describirá a continuación el sistema autonómico de servicios sociales se diseña través de la promulgación de leyes en la década de los ochenta encargadas de estructurar y organizar la asistencia social en cada autonomía. Una vez promulgada la respectiva ley de servicios sociales se inicia una segunda etapa de elaboración normativa con la finalidad de desarrollar cada una de las prestaciones previstas en las leyes generales y de perfilar la organización de la administración encargada de prestar los servicios asistenciales. Posteriormente, la mayoría de las Comunidades autónomas inician una tercera etapa caracterizada por la reforma del sistema a través de la promulgación de nuevas leyes, las cuales buscan actualizar la normativa a los casi veinte años de funcionamiento del Estado autonómico y de vida del sistema asistencial<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> Tal y como ha señalado el profesor Pisarello, “Aquesta relativa racionalització de l’estatut general dels drets als estatuts no sempre s’ha traslladat a l’anàlisi concreta dels drets impugnats en el recursos d’inconstitucionalitat. En alguns casos, de fet, la STC 31/2010 salva la seva constitucionalitat al preu del seu debilitament normatiu i de la seva reconducció a clàusules “merament redundants” (com es el cas dels drets de l’art. 15 EAC) o “manifestament innòcues” (com passa amb els drets educatius de l’art. 21 EAC). En altres supòsits, la interpretació conforme s’obté restringint amb caràcter preventiu l’eventual abast del dret en qüestió (com ocorre amb el “dret a viure amb dignitat el procés de la mort”, recollit a l’art. 20 EAC, o amb els drets i deures lingüístics”, del capítol III del títol I). PISARELLO, G., Drets i garanties jurisdiccionals en la Sentència 31/2010 sobre l’Estatut d’autonomia de Catalunya, en *Revista Catalana de Dret Públic: Especial Sentència sobre l’Estatut de autonomia de Catalunya*, 2012.

<sup>120</sup> véase., GARCÉS FERER, J., (Coord.) Sistema político administrativo de los servicios sociales, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; ALONSO SECO, J.M., y GONZALO GONZÁLEZ, B., La asistencia social ...op.cit.; AZNAR LÓPEZ., “Aspectos jurídicos de los servicios... op.cit.; BELTRAN AGUIRRE, J.L., “Los Servicios Sociales”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 57, 2000, p.129; MORENO REBATO M., *Régimen jurídico de la Asistencia Social*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002.

### 3. La primera generación de leyes autonómicas de servicios sociales

Una vez realizados los respectivos traspasos competenciales los entes autonómicos se dedican a la promulgación de sus primeras leyes de servicios sociales, las cuales tiene como objetivo la estructuración del sistema así como la configuración del sistema de prestaciones. Las leyes se promulgan entre 1985 y 1992 y, en términos generales, lo hacen con una clara vocación codificadora y con la finalidad de crear un sistema asistencial basado en los principios de centralización en la planificación y descentralización de la gestión hacia los municipios, y a los que iban íntimamente unidos los principios de globalidad, coordinación y universalidad<sup>121</sup>. Esta primera generación de leyes estructuró los servicios sociales en dos bloques: el primero denominado, según las distintas leyes, comunitario básico general o de atención primaria, y el segundo a los servicios sociales especializados o específicos<sup>122</sup>.

#### 3.1 Los servicios sociales básicos

Tras una lectura general de las legislaciones autonómicas de primera generación, se puede deducir que el contenido de los servicios básicos, en términos generales, es:

- a) servicio de información, orientación y asesoramiento técnico, a través del cual se busca dar a conocer a todos los ciudadanos los derechos y los recursos sociales adecuados para resolver sus necesidades.

<sup>121</sup> Andalucía: *Ley 2/1988 de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía* (BOJA núm. de 12/04/88). Aragón: *Ley 4/1987, de 25 de marzo, de Ordenación de la Acción Social* (derogada) (B.O.C.A. núm. 149 del 30/10/86). Asturias: *Ley 5/1987 de 11 de abril, de Servicios Sociales* (derogada) (BOE núm. 107 del 05/05/87). Baleares: *Ley 9/1987 de 11 de febrero, de Acción Social* (derogada) (BOE núm. 36 del 11/02/87). Canarias: *Ley 9/1987 de 28 de abril, de Servicios Sociales* (BOE núm. 126 de 27/05/87). Cantabria: *Ley 5/1992, de 27 de mayo, de acción social*. (derogada) (BOC núm. 113 de 5/06/92). Castilla-La Mancha: *Ley 3/1986 de 16 de abril, de Servicios Sociales* (derogada) (BOE núm. 147 de 22/07/86). Castilla y León: *Ley 18/1988 de 28 de diciembre, de Acción Social y Servicios Sociales* (derogada) (BOE núm. 57 de 8/03/89). Cataluña: *Ley 26/1985 de 27 de diciembre, de Servicios Sociales* (derogada) (BOCA núm. 634 de 10/01/86). Comunidad Valenciana: *Ley 5/1989 de 6 de julio, de Servicios Sociales* (BOE núm. 57 de 8/03/89). Extremadura: *Ley 5/1987 de 23 de abril, de Servicios Sociales* (BOE núm. 137 de 9/06/87). Galicia: *Ley 4/1993 de 14 de abril, de Servicios Sociales* (derogada) (BOE núm. 112 de 11/05/93). Madrid: *Ley 11/1984 de 6 de junio, de Servicios Sociales* (derogada) (BOE núm. 151 de 25/6/94). Murcia: *Ley 8/1985 de 29 de diciembre, de Servicios Sociales* (derogada) (BOE núm. 294 de 09/12/85). Navarra: *Ley Foral 14/1983 de 30 de marzo, sobre Servicios Sociales* (derogada) (BOE núm. 148 de 22/06/83). País Vasco: *Ley 6/1982, de 20 de mayo, sobre Servicios Sociales* (derogada) (BOE núm. 131 de 02/06/82). La Rioja: *Ley 2/1990 de 10 de mayo, de Servicios Sociales* (derogada) (BOE núm. 132 de 2 de junio de 1990).

<sup>122</sup> Para una mayor estudio sobre esta primera generación de leyes véase., ARIAS ASTRAY, A., y otros, "La definición de los servicios sociales en las leyes de servicios sociales de "primera" y "segunda generación" en España", en *Revista Portuario de Trabajo Social*, 2004, p.507-518.

- b) servicio de ayuda a domicilio, donde se presta atención psicológica, rehabilitadora, social, personal y educativa, cuando la situación individual o familiar sea de especial necesidad, procurando la permanencia de la persona en su núcleo familiar o convivencial de origen.
- c) programas de cooperación social, para impulsar y fomentar la iniciativa colectiva, el asociacionismo y el voluntariado.
- d) programas de convivencia y reinserción orientados a promover la convivencia en comunidad y familiar, así como a posibilitar la integración social.

Para el desarrollo de estas prestaciones se prevé un soporte organizativo conformado por un centro básico de servicios sociales y un equipo de profesionales de carácter interdisciplinar. Además, estos centros pueden, eventualmente, contar con un equipamiento de carácter complementario (centros de día, comedores, centros ocupacionales, albergues y centros de acogida).

La prestación de los servicios sociales básicos se vió potenciada de forma decisiva a través del denominado Plan Concertado de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales, impulsado en 1988 por el Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales, a través del cual se ha conseguido una importante vía de financiación (con fondos estatales, autonómicos y también de las propias entidades locales) para la creación y mantenimiento de los servicios sociales generales<sup>123</sup>. El Plan concertado, a través de la formula del convenio administrativo, trata de articular la cooperación económica y técnica entre la Administración del Estado y las Comunidades autónomas para colaborar con las entidades locales en el cumplimiento de las obligaciones que, de acuerdo con la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local y las respectivas leyes sectoriales, han de llevar a cabo en relación con la prestación de Servicios Sociales. La financiación del Plan depende de tres fuentes: 1) las subvenciones finalistas del Estado; 2) la dotación de las Comunidades autónomas y 3) las correspondientes a las corporaciones locales.

Cada año en el marco de la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales se acuerda la cuantía económica que el Estado central transferirá a cada una de las Comunidades autónomas y se

---

<sup>123</sup> PEMÁN GAVÍN, J. El marco jurídico de la asistencia social en España: competencias, principios y modalidades de la acción administrativa, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 23, 2007, p.55



fijan los criterios generales de gasto de dichas transferencias. Posteriormente, el Estado celebra un convenio bilateral con cada Comunidad autónoma donde se materializan los acuerdos de la Conferencia Sectorial.

Así, para el 2011 el Plan concertado tiene como principales objetivos: a) proporcionar a la ciudadanía servicios sociales adecuados que permitan la cobertura de sus necesidades básicas; b) dotar de apoyo económico y asistencia técnica a las corporaciones locales para el desarrollo de sus competencias; c) consolidar y ampliar la red básica de servicios sociales municipales, entre las que se encuentran la ayuda a domicilio y la tele asistencia, previstas en el catalogo de servicios de la «Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia»<sup>124</sup>.

El Plan Concertado es el instrumento que ha homogeneizado los elementos mínimos del sistema publico de servicios sociales a nivel primario. Este convenio por una parte, determina con claridad las necesidades que deben cubrir los servicios sociales: información y orientación; ayudas a domicilio y otros apoyos a la unidad de convivencia, alojamiento alternativo, prevención e inserción social, cooperación social y fomento de la solidaridad y, por otra, señala la estructura de los centros de atención básica: centros de servicios sociales, albergues, centros de acogida y los equipamientos complementarios.

### **3.2 Los servicios sociales especializados**

En cuanto a los servicios sociales especializados, las leyes los configuran como el nivel de intervención específico para la programación, implantación y gestión de aquellas actuaciones que se relacionan directamente con las necesidades específicas de la población a las que van dirigidas. A través de los servicios especializados se realiza la atención secundaria que se requiere cuando las necesidades o problemas concretos precisan para su resolución una mayor especialización técnica que no es posible ofrecer desde los servicios sociales básicos. La terminología usada por la mayoría de las Comunidades autónomas es la de servicios sociales especiales o específicos.

---

<sup>124</sup> Resolución de 28 de febrero de 2011, de la Secretaría General de Política Social y Consumo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2011, por el que se formalizan los criterios de distribución, así como la distribución resultante, para el año 2011, de los compromisos financieros aprobados por la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales, en su reunión de 27 de enero de 2011, respecto de los créditos destinados a la cofinanciación de los planes o programas sociales. (BOE núm. 55 de 18/03/2011).



En relación con los campos materiales de actuación de los servicios especializados, si bien en cada Comunidad autónoma puede haber variaciones en el sentido de que se incluye o se excluye un determinado grupo social, en términos generales se actúa sobre los siguientes colectivos: atención a la familia, infancia, adolescencia, juventud, toxicómanos, minusválidos, tercera edad, minorías étnicas, mujer, situaciones de emergencia social, discriminación social o por razón de sexo y atención a los reclusos y ex-reclusos.

Una vez cumplida la labor codificadora de la década de los ochenta, comienzan a dictarse leyes y normas de rango reglamentario, las cuales regulan el régimen de la atención y protección social de determinados sectores o colectivos de ciudadanos. La normativa autonómica de cierta forma dio vida, por medio de la configuración de diversas prestaciones y servicios, al esqueleto dibujado en las leyes generales de servicios sociales y asistencia social de la década anterior. A tal efecto, las Comunidades realizaron una amplia actuación normativa en campos como la tercera edad, la protección a menores, la drogodependencia o el fomento del voluntariado.

En esta década también empiezan a consolidarse las llamadas prestaciones económicas asistenciales. Estas ayudas consisten en asignaciones dinerarias cuya finalidad es solventar los estados de necesidad derivados de la carencia de recursos, facilitando la satisfacción de las necesidades básicas, al tiempo que, algunas de ellas, favorecen la inserción laboral de determinados colectivos. Las prestaciones son los ingresos o rentas mínimas de inserción y las prestaciones destinadas a atender situaciones de emergencia social.

El mapa de los servicios sociales acaba cerrándose tras la promulgación de la Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases del Régimen Local (en adelante LBRL), norma que finaliza el proceso de descentralización atribuyendo en esta materia competencias a los municipios. En el art. 25.2 señala que *“El Municipio ejercerá, en todo caso, competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en las siguientes materias (...) k) Prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social”*. A continuación el art. 26.1 precisa que *“Los Municipios por sí o asociados deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes: (...) c) En los municipios con población superior a 20.000 habitantes equivalentes, además: protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y*

*extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público*”. En suma la LBRL otorga la competencia de servicios sociales a los municipios de más de 20.000 habitantes.

Como ya se señaló anteriormente, las leyes autonómicas organizan los servicios sociales en servicios básicos y servicios especializados. Los primeros, dirigidos a toda la población, constituyen el primer nivel de atención, como respuesta cercana ante cualquier demanda o necesidad, siendo el punto de acceso inmediato al sistema. Las leyes autonómicas atribuyen con carácter general a los municipios de más de 20.000 habitantes la prestación de los servicios sociales básicos, y para los que no llegan a este número se prevé la prestación por otras entidades supramunicipales<sup>125</sup>. En referencia a los servicios especializados, las leyes autonómicas de servicios sociales suelen señalar la obligación de prestar servicios sociales, en los términos de la LBRL; por lo que se entiende que han de prestar dichos servicios especializados los municipios de más de 20.000 habitantes, correspondiéndole, también, a las entidades supramunicipales como la Provincia, la prestación de servicios especializados en los municipios de menos de 20.000 habitantes<sup>126</sup>. En últimas, tanto los servicios básicos como los especializados son gestionados por los municipios de más de 20.000 habitantes. Por lo que respecta a los municipios con menor población serán los entes supramunicipales los encargados de gestionar los servicios sociales o de prestar ayuda y soporte a los municipios.

La prestación de servicios sociales se configura como competencia propia de las entidades locales. Sin embargo, las Comunidades autónomas se reservan amplias facultades en lo relativo a su creación y a la determinación de su funcionamiento, cuestión que es objetada por la doctrina administrativista al entender que las funciones de las entidades locales suelen quedar reducidas a meras tareas de gestión<sup>127</sup>. Junto con esta concepción de competencia de gestión de los servicios sociales, desde la doctrina local se señala que hace falta adecuar la normativa a la realidad de las competencias que son prestadas efectivamente por los entes locales y, en concreto, por los municipios.

---

<sup>125</sup> Las opciones de la legislación son muy variadas. En algunos casos se otorga la competencia directamente a la provincia, en otras se establece que la provincia dará la ayuda y el soporte necesario para posibilitar que los municipios de menos de 20.000 habitantes puedan prestar los servicios sociales básicos. También se acude a la provincia como ente facilitador de la agrupación de municipios para la prestación de dichos servicios, o en casos como Cataluña son las Comarcas las encargadas de la gestión.

<sup>126</sup> En el mismo sentido que los servicios básicos, el papel de la provincia también es muy variado.

<sup>127</sup> GARCÉS SANAGUSTÍN., “La acción social”, en BERMEJO VERA, J., *Derecho administrativo. Parte especial*. Madrid, Civitas, 1998, p.204.

Por una parte, distintas normas autonómicas a través de las cuales se crean prestaciones de naturaleza social vienen a ampliar el campo de actuación de los entes locales, sin que exista una previsión presupuestaria o soporte económico detrás<sup>128</sup>. Es decir, cada sector, tercera edad, protección de menores, juventud o discapacitados, establece su propio régimen de distribución de competencias otorgando también competencias a los municipios, siendo éstos quienes prestan servicios pero sin los recursos económicos suficientes.<sup>129</sup> Por otra parte, el ejercicio de las cláusulas generales de apoderamiento han permitido que los municipios asuman competencias para hacer frente a los problemas específicos que han podido constatar en la realidad cotidiana de los barrios y ciudades precisamente porque tienen una mayor proximidad a los ciudadanos, pudiendo detectar con rapidez las necesidades de carácter socio-asistencial.

Bajo este panorama, en la década de los noventa el mapa autonómico de servicios sociales se encuentra ya estructurado bajo unos servicios sociales básicos o generales y otros especializados. Los primeros como se ha señalado se configuran como la puerta de entrada al sistema general y cumplen una función de derivación hacia los servicios especializados y dan respuesta directa a aquellas situaciones ocasionales o excepcionales. Los segundos se centran en la división material por colectivos (familia, menores, tercera edad) y a través de estos servicios se presta atención a aquellas situaciones que requieren un tratamiento específico y prologando. La división de los servicios especializados se hizo en función de sectores específicos porque mientras los servicios sociales de atención primaria presentaban la peculiaridad de ser universales, era necesario que existieran otros de carácter específico para solucionar los problemas diferenciales que presentaban los distintos sectores de población protegida; y también porque el tratamiento de estos sectores requería de equipamientos y otros recursos distintos<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> Para Garcés Sanagustín, el defecto procede de la propia LBRL que no obstante reconocer un ámbito competencial propio a los municipios, por afectar su círculo de intereses, en determinadas materias, no está ni mucho menos, predeterminando el carácter de las competencias que el legislador sectorial atribuirá a los mismos. Detrás de la anterior afirmación subyace la necesidad de atender cuestiones de índole fáctica antes que jurídica. En efecto, la relación del art. 25.2 LBRL está plagado de contenidos que no responden a materias propiamente dichas sino que hacen referencia a servicios, actividades y funciones sobre unas materias. de ahí que el afirmar la existencia de un ámbito competencial propio e intangible sobre alguno de esos contenidos resulta inviable en la práctica. GARCÉS SANAGUSTÍN, A., *Las prestaciones económicas ... op.cit.*, p.226.

<sup>129</sup> A modo de ejemplo, ver la distribución competencial de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid (art. 83-85).

<sup>130</sup> ALEMÁN BRANCHO, C., ALONSO SECO, J.M., "Los sistemas de servicios sociales en las leyes autonómicas de servicios sociales", en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm.27, 2011, p.

En cuanto al sistema de protección asistencial general, incluidas las actuaciones de las Comunidades autónomas y del Estado central, se puede decir que esta conformado por los siguientes campos: los servicios sociales autonómicos financiados tanto por los presupuestos autonómicos como por los acuerdos que se toman anualmente en el marco de la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales creada en 1990. A través de la Conferencia sectorial el Estado financia por vía de convenios con cada una de las Comunidades autónomas los servicios sociales básicos en el marco del Plan Concertado de Prestaciones Básicas, medidas a favor de la integración del pueblo gitano, apoyo a las familias en situaciones especiales, medidas sociales para menores infractores, medidas a favor de las personas mayores y con discapacidad. En relación a éstos dos últimos colectivos, a partir del 2007, y en el marco de la Ley 39/2006 de la dependencia, se financiación por los acuerdos tomados en el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

Por otra parte, en ejercicio de la competencia prevista en el art. 149.1.7 CE relativa a la *“legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas”*, el Estado central configuró un conjunto de prestaciones de naturaleza asistencial, recogidas actualmente en la Ley de Seguridad Social, *Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social*. La Ley incorpora el llamado sistema no contributivo, a través del cual el Estado otorga prestaciones de naturaleza asistencial siendo las pensiones no contributivas por vejez (arts. 167-170) y jubilación (art. 114-149) las mas importantes. Estas prestaciones son financiadas directamente por los presupuestos estatales y corresponde a la Comunidad autónoma la gestión de las mismas. Este sistema se analizará con mayor detenimiento en el apartado III del capítulo cuarto.

#### **4. La segunda generación de leyes autonómicas de servicios sociales**

Una segunda generación de leyes autonómicas se desarrolla a partir del inicio del nuevo siglo. Varias Comunidades impulsadas, bien por las reformas estatutarias bien por las propias necesidades de adaptación del sistema asistencial, inician un proceso de actualización del sistema asistencia y entre el 2003 y el 2010 trece Comunidades reforman su Ley de servicios sociales.

Entre las razones que impulsan la modernización de las leyes se encuentra por una parte la necesidad de adecuar el modelo a los cambios en la estructura de la sociedad provocados por el envejecimiento de la población, la relevancia de los núcleos monoparentales, el fenómeno migratorio o la Ley 39/2006 de la dependencia. Por otra, las leyes responden a la necesidad de fijar o establecer un marco normativo que responda al coprotagonismo del tercer sector o entidades sin ánimo de lucro que en los últimos años ha sido uno de los ejes a través de los cuales, vía subvenciones, se prestan y gestionan las prestaciones asistenciales. La integración del tercer sector es tan evidente que en algunas Comunidades autónomas definen su sistema de servicios sociales como el conjunto de prestaciones técnicas y económicas, planes programas y equipos técnicos de titularidad pública y privada. Sin embargo del conjunto de leyes autonómicas que desarrollan el sistema de servicios sociales se contempla la existencia de esta oferta privada y no lucrativa sin que ello implique una ordenación o establecimiento de pautas de cooperación entre ambos sectores<sup>131</sup>.

Las Comunidades autónomas con leyes de servicios sociales de nueva generación son<sup>132</sup>:

Asturias: Ley 1/2003, de 24 de febrero, de servicios sociales del Principado de Asturias.

Madrid: Ley 11/2003, de 27 de marzo de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid.

Murcia: Ley 3/2003, de 20 de abril, de Servicios sociales de la región de Murcia.

Cantabria: Ley 2/2007, de 27 de marzo de servicios sociales de Cantabria.

Cataluña: Ley 12/2007 de Servicios Sociales de Cataluña.

País Vasco: Ley 12 /2008, de 5 de diciembre, de servicios Sociales del País Vasco.

Galicia: Ley 13/2008, de 3 de normas reguladoras de Servicios Sociales de Galicia.

Navarra: Ley foral 15/2009, de 14 e diciembre, de servicios sociales.

Aragón: Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón.

La Rioja: Ley 7/2009, de Servicios sociales de la Rioja.

---

<sup>131</sup> SUBIRATS, J., (Dir.) *Los servicios sociales de atención primaria ante el cambio social*. Madrid, Ministerio de Trabajo y asuntos sociales, 2004, p.27.

<sup>132</sup> Así Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales de Cataluña (DOGC núm. 4990 de 18/10/07); Ley de Cantabria 2/2007 de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales (BOC núm. 66 de 3/04/07); Ley Foral de Navarra 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales (BON núm.152 de 20/12/06); Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia (BORM núm. 99 de 02/05/03); Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 88 de 14/04/03); Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales (BOPA núm. 56 de 8/03/03); La Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón (BOCA núm. 132, 17/07/09); Ley 12/2008, de 12 de diciembre, de Servicios Sociales del País Vasco (BOPV núm. 246 de 24/12/08); Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla León (BOCL núm. 244 de 21/12/10); Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha (BOCL núm. 251 de 31/12/10); Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja (BOLR núm. 160 de 28/12/09); Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Illes Balears (BOIB núm. 89 de 18/01/09); Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia (BOGA núm. 245 de 18/12/08).



Baleares: Ley 4/2009, de 11 de junio de normas reguladoras de los Servicios Sociales de las Islas Baleares.

Castilla León: Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de normas reguladoras de los servicios sociales de Castilla León.

Castilla la Mancha: Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de servicios sociales de Castilla la Mancha.

Los principales cambios en las legislaciones se centran en la apuesta por profundizar en modificaciones en la estructura del sistema de servicios sociales. Así, la división entre servicios básicos dirigidos a toda la población y servicios especializados dirigidos a colectivos específicos se hace menos evidente. Por otra parte, las nuevas leyes intentan incorporar una concepción de la asistencia social como un servicio propio del Estado del bienestar y, por lo tanto, buscan la creación de un derecho subjetivo de acceso. También destaca la introducción de un amplio listado de derechos para las personas usuarias de los servicios sociales como son: la igualdad de trato, el derecho a la información, el derecho a la intimidad, entre otros. Otra de las novedades es la introducción de la figura de la cartera de servicios, instrumento que está llamado a desempeñar un papel esencial en el futuro, como instrumento que define los servicios y prestaciones que se otorgan desde los distintos niveles de atención de los servicios sociales.

#### **4.1 Los cambios en la estructura administrativa**

Bajo las nuevas leyes autonómicas tendencia de dividir los servicios en servicios sociales generales, comunitarios o de atención primaria y en servicios sociales especializados o de atención secundaria se mantiene, pero la diferencia entre uno y otro no está basada exclusivamente en los colectivos beneficiarios sino que entra en juego también los tipos de actuaciones. Las leyes aclaran de forma acertada la división entre estructura administrativa (básica y especializada) teniendo en cuenta el tipo de funciones que se realizan en cada ámbito, la tipología de prestaciones (servicios, técnicas y económicas) y tipo de población sobre el cual se actúa (menores, familia, dependencia, entre otros). En otras palabras, la protección social a menores puede tener como actuación desde los servicios sociales básicos una prestación técnica como es la ayuda a domicilio o prestaciones económicas para aquellos casos en que la carencia de recursos deja al menor en una situación de riesgo. En cambio, si la situación del menor es de desamparo o abandono entonces actuarán los servicios sociales



especializados bajo las figuras de la guarda y custodia. El mismo ejemplo sucede con la atención social a las víctimas de violencia de género, una mujer puede ser atendida desde los servicios sociales básicos con servicios de acogida temporal y ayudas económicas puntuales buscarán dar respuesta a una situación de urgencia y paliar temporalmente la situación. Una vez se ha cubierto esta urgencia, entonces actuarán los servicios sociales especializados con prestaciones de mayor alcance.

A modo de ejemplo, los servicios de alojamiento alternativo que tanto el Plan de básico de servicios sociales como las leyes de primera generación les incluyen dentro de los servicios básicos son ahora parte también de los servicios especializados. Así, para la Ley riojana 7/2009 estos servicios forman parte tanto de los servicios de primer nivel, art.17.e *“proporcionar con carácter temporal o permanente medidas alternativas de convivencia en situaciones de deterioro físico, psíquico, afectivo o socioeconómico que impidan el desarrollo persona o familiar”*, como en los servicios sociales de segundo nivel art. 19.f *“gestión y promoción de recursos de alojamiento alternativo a la convivencia cuando la complejidad técnica de los servicios que prestan no corresponda al primer nivel”*. Mientras que la Ley vasca 12/2008 incorpora el alojamiento alternativo en los servicios sociales de atención secundaria del catálogo de prestaciones, art. 22.2 *“centros de acogida para atender a necesidades de inclusión social”*.

## **4.2 La creación de derechos subjetivos**

Las leyes reformadas en sus respectivas exposiciones de motivos hacen especial énfasis en la necesidad de caminar hacia un modelo asistencial basado en el reconocimiento de derechos subjetivos y en la universalidad. En este sentido, se hace evidente, al menos así parece ser la intención legislativa, el objetivo de superar los márgenes de necesidad en que se mueve actualmente los servicios sociales. Estos son los casos de las leyes de servicios sociales en Cataluña, Cantabria, Navarra, Asturias, País Vasco y Castilla León<sup>133</sup>.

---

<sup>133</sup> En Cataluña: la *Ley catalana 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales*; en Cantabria: *Ley de Cantabria 2/2007 de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales*; en Navarra: *Ley Foral de Navarra 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales*; en Asturias: *Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales*; en País Vasco: *Ley 12/2008, de 12 de diciembre, de Servicios Sociales del País Vasco*; y en Castilla León: *Ley 16/2010, de servicios sociales de Castilla León, de 20 de diciembre*.

Ahora bien, pese a que las leyes dicen reconocer un derecho subjetivo al acceso, esto no termina de ser del todo cierto. A modo de ejemplo, la Ley catalana 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales, señala en su exposición de motivos el objetivo de configurar “...un sistema que debe dotarse de cobertura universal y en el que es preciso hacer un reconocimiento específico del derecho subjetivo de acceso a los servicios sociales”. Sin embargo, la norma en ninguno de sus apartados señala expresamente un procedimiento reglado sobre la adjudicación de las prestaciones o servicios. Tampoco se pronuncia sobre qué prestaciones y qué servicios son objeto de solicitud para poder optar por recursos jurisdiccionales en caso de la denegación de la prestación. En este sentido, existe en la legislación un reconocimiento formal del derecho pero materialmente no puede decirse que en la norma efectivamente se reconozcan derechos subjetivos.

Todas las leyes autonómicas reformadas que llaman a la constitución de los servicios sociales como un derecho subjetivo reenvían su configuración a las denominadas carteras de servicios sociales<sup>134</sup>. Como se verá a lo largo de esta tesis, los servicios sociales se caracterizan por constituirse como un sistema configurado por numerosos servicios y prestaciones regulados por numerosas normas, la mayoría de rango reglamentario y, por lo tanto, es un sistema complejo y disperso. En este contexto, las carteras de servicios sociales se constituyen como un instrumento a través del cual se busca sistematizar en una sola norma el conjunto de prestaciones previstas en el ordenamiento autonómico así como las principales características de cada una de las prestaciones. Así, se recogen aspectos como: la naturaleza y tipología de cada prestaciones, la población a la que va destinada, los requisitos de acceso, los perfiles y los *ratios* de profesionales que gestiona cada prestación, los estándares de calidad y la gratuidad o su copago.

La determinación de que prestaciones se configuran bajo la categoría de derecho subjetivo es dejada en manos de las carteras de servicios sociales. Así, a modo de ejemplo la Ley Foral de Navarra 15/2006, consagra en su exposición de motivos la voluntad de configurar derechos subjetivos y los remite a la cartera de servicios. La cartera incluirá las prestaciones garantizadas y las diferenciará de las no garantizadas. Las prestaciones garantizadas serán exigibles como derecho subjetivo en los términos establecidos en la cartera, que señalará los

---

<sup>134</sup> El art. 24.1 señala “La Cartera de Servicios Sociales es el instrumento que determina el conjunto de prestaciones de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública. 2. La Cartera de Servicios Sociales ha de incluir todas las prestaciones de servicios económicas y tecnológicas del sistema público de servicios”.

requisitos de acceso a cada una de ellas y el plazo a partir del cual dicho derecho podrá ser exigido ante la Administración una vez reconocido. El acceso a las prestaciones no garantizadas será exigible en los términos establecidos en la cartera de acuerdo con la disponibilidad presupuestaria. (art. 19)<sup>135</sup>. También podría nombrarse el art. 32.5 de la Ley aragonesa 5/2009, el cual establece se que “*el catálogo de Servicios Sociales determinará aquellas prestaciones de carácter esencial o exigible, configuradas como derecho subjetivo, y las prestaciones complementarias, cuyo reconocimiento podrá quedar supeditada las disponibilidades presupuestarias del sistema público*”.

De las trece leyes que configuran, al menos formalmente, el derecho subjetivo, tan sólo la Ley de Cantabria 2/2007, parece ser más clara a la hora de configurarlo. Así, junto con las declaraciones referidas a la constitución de derechos contenidas en su exposición de motivos, señala que “ (...) *su filosofía es claramente avanzada y persigue el reconocimiento de los derechos sociales como derechos de ciudadanía social*”. Posteriormente, el art. 4 sobre los derechos sociales básicos, establece:

*1. Las Administraciones Públicas de Cantabria garantizarán a la ciudadanía de la Comunidad Autónoma el derecho subjetivo universal, en los términos recogidos en la presente Ley, a la Protección social mediante actuaciones de promoción, prevención, intervención, incorporación y reinserción social, y de manera singular a:*

- a. La protección ante situaciones de desventaja derivadas de carencias básicas o esenciales de carácter social.*
- b. La protección en las situaciones de dependencia en los términos que establece la legislación estatal y en los que, en este ámbito, determine el Gobierno de Cantabria.*
- c. La protección de la infancia y la adolescencia en situación de riesgo y desamparo por medio de acciones que garanticen la protección jurídica y social de las personas menores de edad.*
- d. La protección ante las situaciones de riesgo social con medidas encaminadas a la inclusión social.*

---

<sup>135</sup> La Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales, también remite la configuración del derecho subjetivo al catálogo de prestaciones que será aprobado por Decreto. En su art. 20.2 señala expresamente: “*El catálogo de prestaciones distinguirá como fundamentales aquellas que serán exigibles como derecho subjetivo en los términos establecidos en el mismo directamente o previa indicación técnica y prueba objetiva de su necesidad, con independencia, en todo caso, de la situación económica de los beneficiarios*”.

2. Las ciudadanas y ciudadanos de Cantabria podrán reclamar en vía administrativa y jurisdiccional el cumplimiento de los derechos que reconoce esta Ley.

La concreción definitiva del derecho subjetivo se remite a la cartera de servicios (art. 26). La ley no configura concretamente un derecho subjetivo dado que alude a servicios y prestaciones de carácter genérico, sin señalar el procedimiento reglado para su adjudicación; pero sí determina elementos u orientaciones vinculantes para la configuración *a posteriori* de las prestaciones sociales como derechos subjetivos. La cartera de servicios sociales deberá señalar qué prestaciones se constituyen como derechos subjetivos y, dentro de éstas han de incluirse los cuatro servicios señalados en el art. 4 de la legislación.

También en el ámbito de los derechos, otro elemento común en todas las leyes autonómicas reformadas es la enumeración de un extenso listado de derechos relacionados con la forma y las garantías en que deben ser suministradas las prestaciones, también denominados derechos de los usuarios de servicios sociales. Este reconocimiento no implica el reconocimiento de un derecho subjetivo a los servicios sociales. Así, por ejemplo, el reconocimiento de la Ley catalana en su art. 9, titulado como el Derecho al Acceso a los Servicios Sociales, señala el *“derecho a acceder a la atención social y a disfrutar de la misma, sin discriminación por razón de lugar de nacimiento, etnia, sexo, orientación sexual, estado civil, situación familiar, enfermedad, religión, ideología, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social”*. Este nuevo amplio catálogo de derechos introducidos en las leyes no implica el reconocimiento de un derecho subjetivo, dado que en este caso sólo existe un reconocimiento formal del derecho pero ni se ha concretado el contenido del derecho, ni tampoco se prevé un procedimiento para la adjudicación de dichas prestaciones o servicios y mucho menos implica la protección jurisdiccional en los supuestos de denegación de la prestación<sup>136</sup>. Simplemente, se introducen parámetros a la administración en un campo que se ha caracterizado por la discrecionalidad.

La introducción de este tipo de derechos en la legislación tiene una valoración muy positiva. No porque constituyan nuevos derechos, dado que los derechos a la información, a la intimidad y a la privacidad, entre otros, están ya positivizados y protegidos en el

---

<sup>136</sup> La legislación catalana es rica en derechos reconocidos en cuanto a la prestación del servicio, pero no al servicio propiamente dicho. Así se regula de forma detallada el derecho a la información, la confidencialidad de los datos e informaciones, derecho a decidir si desean recibir un servicio social y escoger libremente el tipo de medidas o de recursos que deben aplicarse, derecho a renunciar a las prestaciones y los servicios concedidos.

ordenamiento. Sino, porque realizan una función de recordar o concienciar a la administración prestadora de servicios, los parámetros en que debe realizar su actividad y los límites constitucionales a los que está sujeta<sup>137</sup>. Además de cumplir una labor de divulgación de los derechos que toda persona que accede a los servicios sociales es titular y que en muchas ocasiones se desconocen.

Hasta el momento seis Comunidades autónomas, Navarra, Baleares, Aragón, Cataluña y Cantabria, la Rioja, han elaborado la Cartera de Servicios Sociales<sup>138</sup>. En opinión del profesor Tornos, en aquellas prestaciones donde la cartera define la titularidad, el contenido material de la prestación determina su carácter garantizable y el órgano encargado de prestarlo. En tal evento, se configuran derechos subjetivos. Una vez reguladas estas cuestiones, *“tan sólo es necesario dar un paso más, cumplir con el requisito final de someterse a evaluación y obtener de la Administración la resolución final en virtud de la cual, en razón de la situación concreta del solicitante, se determina el contenido de su derecho (...)”*. En el supuesto en que la Administración deniegue la prestación solicitada, o conceda una prestación que no satisfaga al solicitante, se podrá impugnar en vía administrativa y judicial la resolución expresa o presunta<sup>139</sup>.

El Decreto catalán 142/2010 divide las prestaciones de los servicios sociales entre prestaciones garantizadas y prestaciones sujetas a condiciones presupuestarias. Respecto de las primeras, se reconoce su naturaleza de derecho subjetivo y se garantiza la disponibilidad presupuestaria (art.2). En sentido contrario, las prestaciones no garantizadas únicamente son exigibles en caso de que exista crédito presupuestario disponible. Posteriormente, el Decreto detalla para cada una de las prestaciones su naturaleza garantizada o sujeta a crédito

<sup>137</sup> Cabe recordar que en estos casos el contacto entre la persona y la administración social es cercano. Por el tipo de prestación que se otorga, se presenta que en muchas ocasiones un contacto con la esfera más íntima de la persona, por ejemplo la ayuda a domicilio o la presencia en un centro de la tercera edad. Por otra parte, cabe recordar que los colectivos que acceden a los servicios sociales son personas que bien por la propia condición humana, como pueden ser menores o personas de la tercera edad, o por condiciones sociales, pobreza o exclusión social, se encuentran en una situación de vulnerabilidad, y su capacidad de reacción o de reclamo de sus derechos constitucionales vulnerados puede ser menor.

<sup>138</sup> Navarra: Decreto Foral 69/2008, de 17 de junio, por el que se aprueba la Cartera de Servicios Sociales de ámbito general. Baleares: Decreto 56/2011, de 20 de mayo, por el que se aprueba la Cartera Básica de Servicios Sociales de las Islas Baleares 2011-2014. Aragón: Decreto 143/2011, de 14 de junio, por el que se aprueba el Catálogo de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Aragón. Cataluña: Decreto 142/2010 de 11 de octubre, por el que se aprueba la Cartera de Servicios Sociales 2010-2011. La Rioja: Decreto 31/2010, de 29 de abril, por el que se aprueba la cartera de servicios sociales y prestaciones del sistema público riojano de Servicios Sociales.

<sup>139</sup> TORNOS MAS, J., “La configuración de las prestaciones sociales ... op.cit., p.103-106. También es posible acudir a la jurisdicción en los supuestos en que se haya reconocido una prestación pero no se haya hecho efectiva.



presupuestario. Una regulación muy similar se encuentra en el Decreto balear 56/2011, el cual divide las prestaciones entre prestaciones garantizadas y no garantizadas y detalla para cada una de las prestaciones su naturaleza; en el Decreto aragones 143/2011, el cual divide las prestaciones sociales en prestaciones esenciales, configuradas como derecho subjetivo, y prestaciones complementarias y garantizadas y detalla para cada una de las prestaciones su naturaleza.

El Decreto Foral de Navarra 69/2008, divide las prestaciones en prestaciones garantizadas y prestaciones no garantizadas. Las primeras se configuran como derechos subjetivos, mientras que las segundas se únicamente serán exigibles en caso en que exista disponibilidad presupuestaria (art. 2). La norma incluye como prestaciones garantizada: atención primaria<sup>140</sup>; servicios de atención a la dependencia; atención a personas mayores; atención a personas con discapacidad; atención a personas con enfermedad mental; servicios de atención a personas en situación de exclusión social o en riesgo de estarlo, servicios de atención al menor; y servicios de atención a las víctimas de violencia de género.

De la descripción de las Carteras de servicios sociales cabe destacar que la Comunidad de la Rioja se aleja de la tendencia seguida por las otras cuatro normas autonómicas y el Decreto riojano 31/2011 tan sólo configura como derecho subjetivo las prestaciones de la Ley de la dependencia 39/2006. Teniendo en cuenta que la constitución del derechos subjetivo proviene de la Ley estatal y, por lo tanto, es extensible a todas las partes del territorio español con independencia de su inclusión o no en una norma autónoma, se considera que, concretamente la cartera de servicios de la Rioja, no crea derechos subjetivos.

La elaboración y promulgación de carteras de servicios sociales representa un gran avance para el campo de la asistencia social. En ellas, se acota la discrecionalidad de la administración y se regula un procedimiento administrativo para otorgar las prestaciones con la consecuente posibilidad de reclamar por vía administrativa y, posteriormente, judicial, la prestación. También, al margen de la Rioja, se fija el contenido de la prestación y si ella está o no garantizada, y se adjudican las partidas presupuestarias para aquellas prestaciones que el decreto ha señalado como garantizables. Ahora bien, hay que tener presente el alcance territorial limitado dado que hasta el momento sólo cinco de las diecisiete Comunidades

---

<sup>140</sup> Incluye servicio de acogida, orientación, asesoramiento, valoración y diagnóstico social; atención domiciliaria.



autónomas configuran derechos subjetivos por vía de sus Carteras de servicios sociales y la norma para materializarlo ha sido de rango reglamentario, dejando en manos del ejecutivo la posibilidad de modificación. El caso más evidente es el de Cataluña, donde la Cartera de servicios tiene una vigencia anual o el de la Comunidad autónoma de Baleares con una vigencia de 4 años.

#### **IV. LA DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO: ANÁLISIS COMPARATIVO**

##### **1. Breve referencia al modelo de servicios sociales italiano bajo la Constitución de 1948**

La Constitución Italiana de 1948 (en adelante CI) incluye en dos preceptos el deber del Estado de prestar atención social a los ciudadanos. El primero de ellos, a diferencia del Texto constitucional español, hace una expresa referencia a la asistencia social. Así, el art. 38 CI señala “*Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale*”. El segundo de los apartados se incluye en el Título relativo a la distribución territorial y el art. 117 CI del título V, en su versión originaria, estructura los servicios sociales bajo la tipología de competencia concurrente. Así, al Estado central le correspondía el establecimiento de los principios fundamentales en materia de “*beneficenza pubblica ed assistenza sanitaria ed ospedaliera*” y, por lo tanto, quedaba a las Regiones el desarrollo de dichos principios.

La primera cuestión que tuvo que solventar el ordenamiento jurídico italiano fue la diferencia entre asistencia social (art. 38 CI) y beneficencia pública (art. 117 CI). La *Corte Costituzionale* en la *sentenza* n.139 de 1972 señaló que el ámbito de asistencia social que correspondía al Estado central debía ser prestado en función de los sujetos determinados por datos objetivos, mientras que la beneficencia, competencia de las regiones tenía una naturaleza discrecional y debía ser otorgada a individuos singularizados. Esta posición recibió fuertes críticas por la doctrina y fue superada en 1975 cuando se transfirió a las Regiones los servicios sociales. Así, el decreto legislativo delegado de 24 de julio n.616 de 1977 introdujo la beneficencia en el título dedicado a los servicios sociales y la define como “*tutte le attività che attengono, nel quadro della sicurezza sociale, alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti o a pagamento, o di prestazioni economiche, sia in denaro che in natura, a favore dei singoli o di gruppi, qualunque sia il titolo in base al quale sono individuati i*

*destinatari, anche quando si tratti di forme di assistenza a categorie determinate, escluse soltanto le funzioni relativi alle prestazioni economiche” (art. 22)<sup>141</sup>*

A partir de esta norma las Regiones comienzan a operar autónomamente sobre la programación y erogación de servicios sociales. Así, entre finales de la década de los setenta y principios de los noventa la mayoría de las Regiones ordinarias dictan su respectiva ley de servicios sociales o asistencia social<sup>142</sup>. Por su parte, el Estado en 1980 dictó la *Legge de 17 luglio 1980 n.6972, norme sulle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza*, conocida como la *Legge Crispi*, la cual más que una norma a que regule el sistema de servicios sociales es una ley que se dedica a la gestión del mismo, así: “*non è un provvedimento sull’assistenza e beneficenza, ma sulle istituzioni, una legge cioè di ordinamento degli enti, che concerne quindi l’amministrazione e la contabilità, la vigilanza, la tutela e le eventuali riforme dell’amministrazione, non una legge sui servizi*”<sup>143</sup>. Al margen de la *legge Crispi*, la actuación del Estado se centró en la configuración de prestaciones asistenciales que respondían a necesidades concretas. Es decir, se optó por la configuración de un cuerpo normativo fragmentado donde se elaboraron leyes o normas reglamentarias a través de las cuales se configuran prestaciones sociales pero sin un modelo claro de asistencia social<sup>144</sup>. Bajo esta perspectiva y ante la ausencia de un modelo asistencial dirigido por el Estado, las intervenciones en esta materia vienen marcadas por el ejercicio de competencias de naturaleza transversal o que indirectamente tocan la materia de servicios sociales y que hicieron que la legislación estatal terminara influyendo en este campo<sup>145</sup>.

<sup>141</sup> ALBANESE, A., *Diritto all’assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, Giuffrè Editore, 2007, p.14-16. Previamente el d.P.R n.9 de 1972 había descentralizado las principales tareas administrativas a los entes locales y confería a las Regiones el poder de individualizar los principios de la organización del sistema asistencial. En 1988, el Decreto Legislativo 31 marzo 1998, n. 112 “Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge”, denominado *legge Bassanini* o tercera descentralización, profundiza sobre la atribución de competencias a los entes locales.

<sup>142</sup> Al respecto véase VIVALDI, E., *I servizi sociali e le Regioni*. Torino, G.Giappichelli editore, 2008, cap. II, p.45-82.

<sup>143</sup> POTOTSCHING, U., “Il ruolo delle Regioni nell’organizzazione dell’assistenza”, in *Le Regioni*, 1974, p.943.

<sup>144</sup> Entre las prestaciones que se crearon se encuentran: l’ assegno sociale, l’assegno per il nucleo familiare, le maggiorazioni sociale, l’assegno per i nuclei familiari, l’assegno di maternità, Il fondo per il sostengo all’accesso alle abitazioni in locazione, minimo vitale e sussidi alle famiglie in situazioni di disagio, esoneri e/o riduzioni da tariffe. La actuación sobre el sistema de beneficencia pública no fue un sector olvidado por el legislador, de hecho se presentaron numerosas propuestas en cada legislatura que fueron constantemente rechazadas. Las diversas visiones existentes entre los partidos políticos en relación a la atribución y a la gestión de los patrimonios controlados por los entes caritativos, tradicionalmente cercanos a la Iglesia católica, representaron un obstáculo insuperable por muchos años. FERRARA, M., *Le politiche sociali*. Bologna. Il molino, 2006, p.258.

<sup>145</sup> VIVALDI, E., *I servizi sociali e le Regioni ... op.cit.*, p.58 y ss.

El ejercicio fragmentado de la competencia tuvo un efecto potencializador de las actuaciones de las Regiones, las cuales estructuraron su sistema de servicios sociales con una amplitud casi similar al ejercicio de una competencia exclusiva, pero sin coordinar las distintas prestaciones y servicios. En este sentido, la doctrina ha señalado como la ausencia de un marco general unitario de principios, estándares e instrumentos para la actuación del sistema asistencial en todo el territorio deja una gran disparidad de nivel de servicios sociales entre una Región y otra, en especial entre las Regiones norte y las del sur, disparidad aumentada con la configuración de un sistema de financiación desigual<sup>146</sup>.

Un cambio en el modelo comienza a fraguarse en 1997 cuando el Gobierno Prodi crea la *Comisión Onofri*. Dicha comisión tenía como finalidad reflexionar sobre posibles escenarios de reforma en materia de Estado Social. La comisión reconoce que la protección asistencial en Italia es, desde el punto de vista territorial, muy dispar y depende del lugar de residencia, factor agravado por las diferencia entre norte y sur. Bajo este contexto la Comisión recomienda que la reforma del sector asistencial, necesitada desde los años 70 y nunca realizada, se inspire en una racionalización de las intervenciones a través de un análisis de las necesidades y una redefinición de los instrumentos existentes, partiendo la ciudadanía como punto de referencia y de no las singulares categorías de necesidad. En este sentido, la Comisión propone una unificación de las instituciones de redistribución material a través de la renta mínima garantizada o *reddito minimo di inserimento*. Asimismo, sugiere potenciar los servicios sociales e introducir nuevos criterios para comprobar la situación económica del solicitante.<sup>147</sup>

En este mismo año la *Legge 27 dicembre 1997, n. 449, Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica*, crea el *Fondo nazionale per le politiche* con la finalidad de organizar el gasto social que hasta el momento estaba fragmentado y delegado a una multiplicidad de

---

<sup>146</sup> Las Regiones dell' Abruzzo, della Campania, del Lazio, del Molise e della Puglia no aprueban sus leyes de servicios sociales. "Si ripropone così la storica divaricazione tra nord e sud del Paese in ordine allo sviluppo economico e sociale, in quanto nella parte meridionale dello stesso solo la Calabria e la Basilicata hanno inteso procedere ad una riorganizzazione dei servizi, a differenza delle altre Regione del sud Italia tra le quali si registra un diffuso disinteresse per una modernizzazione dell'arcaico sistema assistenziale ereditato dal passato" VIVALDI, E., *I servizi sociali e le Regioni* ... op.cit., p.64-65. En el mismo sentido, FINOCCHI, R., "La legge-quadro sui servizi sociali e la riforma del Titolo V", in ALBANESE, A., e MARZUOLI, C., (a cura di) *Servizi di assistenza e sussidiarietà*. Bologna, Il Mulino, 2003, p 23-24; FERRARA M., *Le politiche sociali* ... op.cit., p.160.

<sup>147</sup> Commissione di indagine sull'esclusione sociale, *Rapporto sulle politiche contro la povertà e l' esclusione sociale*, 2000, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per gli Affari Sociali, p.18 ss. Para un comentario sobre las conclusiones de la Comisión véase., FINOCCHI, R., "La legge-quadro sui servizi sociali ... op. cit., p.31-38.

intervenciones legislativas ocasionales y sectoriales<sup>148</sup>. Según la norma, el Fondo es el instrumento a través del cual se promociona la intervención para la realización de un *standard* esencial y uniforme de prestaciones sociales sobre todo el territorio. Asimismo, a través de este fondo se busca centralizar los recursos asignados en las leyes sectoriales y potencia la actuación por medio de la previsión de una dotación anual a proyectos sociales en la Ley de presupuestos. El Fondo constituye una base financiera única que busca crear un sistema integrado de servicios sociales y, en cierta medida, anticipa el diseño de lo que será la gran reforma en materia asistencial<sup>149</sup>.

En base a los Informe de la Comisión Onofri, se promulga de la *legge quadro sul sistema integrato dei servizi sociali: la legge 8 novembre 2000, n. 328*, norma a través de la cual se pretende establecer una disciplina orgánica y sistemática del sistema integrado de servicios sociales en Italia, hasta ahora disciplinado a nivel estatal por vía de normas destinadas a regular específicos ámbitos o categorías de destinatarios de los servicios sociales. En este sentido, la ley se plantea como un instrumento que busca responder a la fuerte disparidad en cuanto a calidad y cantidad de los servicios sociales prestados<sup>150</sup>.

El sistema integrado de servicios se define, por remisión al art. 128 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, como “*tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti ed a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia*” (art.1 comma 2). La intervención social se realiza por vía de un sistema integrado de servicios sociales público-privado. El primero conformado por el Estado, las Regiones y los entes locales son los encargados de programar y organizar el sistema, los segundos conformados por el denominado tercer sector intervienen en la erogación de las prestaciones.

---

<sup>148</sup> Hasta los años 90 el sistema de financiación de la política social había estado caracterizado por una fuerte heterogeneidad, discontinuidad y fragmentación debido a la pluralidad de fuentes de financiación previstas en las leyes sectoriales, y a la ausencia de un centro de coordinación y programación de las intervenciones de gasto. VIVALDI, E., “Il finanziamento delle politiche sociali”, en BIANCHI, P., *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatori e Corte Costituzionale*. Pisa, Pisa University Press, 2006, p.51.

<sup>149</sup> MASSA M., “Modello e strumento de governo della politiche social al livello nazionale y comunitario”, in BIANCHI P., *La garanzia dei diritti sociali ... op.cit.*, p.15.

<sup>150</sup> ALBANESE, A., e MARZUOLI, C., “Assistenza, servizio pubblico, sussidiarietà”, en ALBANESE, A., i MARZUOLI, C., (a cura di) *Servizi di assistenza e sussidiarietà.*, Il Mulino, 2003, p.11-12.

Dentro de las múltiples regulaciones de la norma, destaca la configuración del principio de universalidad de los servicios sociales, así: “*La Repubblica assicura alle persone e alle famiglie un sistema integrato di interventi e servizi sociali, promuove interventi per garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza*” (art. 1 comma 1). No obstante, posteriormente el acceso a los servicios se configura bajo el principio de acceso prioritario en función del estado de necesidad, matización que ha llevado a la doctrina a referirse a la ley como un modelo de *universalismo selettivo*. Por otra parte, la Ley fija unas las categorías generales de intervención social que posteriormente serán concretadas en el *Piano nazionale* (art. 22)<sup>151</sup>. A nivel territorial la norma coordina la actividad de los servicios de cada ente por medio de la elaboración de un plan estatal (*Piano nazionale*), uno regional y otro local (*Piano di zona*). El *Piano nazionale* se elabora cada tres años que viene a ser adoptado por el gobierno después de una proceso de consulta a las Regiones y con la coalición parlamentaria correspondiente (art.18-19)<sup>152</sup>.

La ley también regula el, ya creado, *Fondo nazionale per le politiche* y subraya su función de centralización de los recursos financieros en la fase de programación nacional de las intervenciones y de los servicios sociales. Según la normativa corresponde al Estado central la financiación y repartición del Fondo y corresponde a las Regiones y a los entes locales desarrollar el sistema integrado de servicios sociales mediante los recursos del Fondo. Los recursos se transfieren a las Regiones en función de su estructura demográfica, el nivel de renta y las condiciones de empleo de la población (art. 20).

Tal y como ha descrito la doctrina, “*In sostanza la legge n.328/2000 ha rappresentato un tentativo di ricondurre ad unite la disciplina di riferimento, nonché di individuare degli strumenti attraverso cui rendere più omogenee le risposte social date dalle autonomie territoriali, divenute sempre più centrali a seguito della progressiva opera di decentramento delle funzioni amministrative in materia*”<sup>153</sup>.

<sup>151</sup> Según el art. 22 las categorías generales de intervención son las siguientes: *misure di contrasto della povertà, misure economiche per favorire la vita autonoma, interventi di sostegno per i minori, misure per il sostegno delle responsabilità familiari, misure di sostegno alle donne in difficoltà, interventi per la piena integrazione delle persone disabili i prestazioni integrate per contrastare dipendenze da droghe, alcol e farmaci.*

<sup>152</sup> Sobre la aprobación del primer *Piano Nazionale*, véase MASSA, M., “Modello e strumento ... op.cit., p.17-18.

<sup>153</sup> RAFFAELLI, A., “Confronto tra la legge regionale n.72/1997 e la legge n.328/2000 alla luce della riforma del titolo V della costituzione”, in ROSSI, E., (a cura di) *Diritti di cittadinanza e nuovo welfare della Toscana*. Padova, Cedam, 2004, p.11-35. Para un comentario detallado de la Ley véase, BALBONI, E., et altri (a cura di) *Commento alla legge n.328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*. Milano, Giuffrè, 2007.



Meses posteriores a la promulgación de la *Legge n. 238/2000* se produce la reforma del regionalismo italiano, la cual plantea en muchos aspectos un cambio significativo en la forma de estructurar y concebir el sistema de división territorial en Italia. El proceso se lleva a cabo por medio de la aprobación de dos leyes constitucionales, la *Legge costituzionale n.1 del 1999* y *Legge costituzionale n.3 del 2001*. Con la primera, la *legge costituzionale n.1/1999*, se valoriza la autonomía estatutaria de las Regiones de régimen común por medio de la reforma del procedimiento de aprobación de los nuevos estatutos y de la incorporación de la elección de la forma de gobierno a la autonomía regional<sup>154</sup>. El proceso de actualización del regionalismo se completa con la *legge costituzionale n.3 del 2001*, por la que se modifica el sistema de distribución competencial entre el Estado y las Regiones; se homogeneiza el rango entre la ley regional y la ley estatal; se eliminan los controles preventivos sobre la legislación y la administración de las regiones; se introduce el principio de garantía financiera para las regiones y se da un paso “tímido”, pero necesario, hacia la configuración federal del Senado. Con el objetivo de no desviarse del tema central de éste apartado, el sistema de servicios sociales en Italia, basta recalcar que las modificaciones de la reforma constitucional, plantean un cambio de los elementos inherentes del regionalismo italiano que lo acercan a un sistema de división territorial más intenso<sup>155</sup>. Así, con la reforma se proyecta una mayor autonomía para las Regiones tanto desde el punto de vista de su capacidad de organización interna como de su posición en el Estado y su relación con éste.

Bajo la nueva estructura competencial, las Regiones son titulares de la competencia en materia de servicios sociales en el marco de la exclusividad<sup>156</sup>, mientras que el Estado central conserva la competencia sobre la «*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni*

<sup>154</sup> Con la *Legge costituzionale n.2/2001* se extendió a las Regiones de autonomía especial una disciplina análoga a la establecida en la *Legge costituzionale 1/1999*.

<sup>155</sup> Para una visión mas amplia sobre la reforma, véase, CARAVITA, B., *Prime osservazioni sulla riforma del titolo V della Costituzione*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); D'ATENA, A., *Prime impressioni sul progetto di riforma del Titolo V*, in BERTI DE MARTIN, C., (a cura di) *Le autonomie territoriali dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale*. Milano, 2001. ROLLA, G., “Italia”, en *Informe de Comunidades Autonomas 2001*. Barcelona, Instituto de Derecho Público, 2002. Sobre la aplicación de la mismas véase los artículos publicados cada año por el autor en el *Informe de Comunidades Autónomas*.

<sup>156</sup> Las Regiones asumen la materia servicios sociales o asistencia social mediante la tipología de la competencia residual. La reforma competencial crea tres elencos competenciales. Las exclusivas del Estado (art. 117.2), las compartidas Estado-Región (art. 117.3) y las residuales de las Regiones. Este último grupo de competencias es definido en una cláusula residual por la cual corresponde a las Regiones “*ad ongni altra materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato*”. La Corte Constitucional en sent. 359/2003 señaló que el hecho que una materia no figure expresamente entre las comprendidas en los dos elencos del art. 117.2 y 3 no conlleva a que cualquier materia pueda ser reconducida automáticamente a la competencia residual. Con esta doctrina la Corte contesta decisivamente a la idea, impulsada por un cierto activismo regional y seguida por un sector doctrinal, según la cual en ausencia de una disciplina legislativa estatal de ciertos fenómenos sociales, éstos debería reconducirse a la competencia exclusiva de las Regiones. CARETTI, P., e TARLI BARNIERI, G., *Diritto Regionale*. Torino, Giapichelli Editore, 2009, p.83.



*concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»* (art. 117.2m CI). Junto con esta modificación, la reforma introduce el principio de subsidiariedad y profundiza sobre el principio de autonomía financiera. Según el primero de los principios, *“Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza”* (art.118 CI)<sup>157</sup>. Bajo el principio de garantía financiera *“I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa”* (art. 119 CI).

En este contexto, la relación entre competencia estatal y competencial regional se reconduce a la determinación por parte del Estado del nivel esencial de las prestaciones concernientes a los derechos civiles y sociales, a través del cual constituyente busca garantizar un sistema de prestaciones sociales homogéneo que reduzca la heterogeneidad que caracteriza el modelo asistencial.

Esta formulación representa, para el ordenamiento italiano, un nuevo punto de equilibrio entre el principio de unidad del ordenamiento o uniformidad de los derechos y el principio de autonomía de las regiones<sup>158</sup>. El nivel esencial que debe fijar el Estado además de representar un estándar garantizado mediante recursos financieros y una estructura organizativa, es también un instrumento para conseguir el objetivo de la igualdad sustancial<sup>159</sup>. Por otra parte, este principio juega como garantía para la autonomía de las Regiones en la medida en que el Estado debe limitarse a, en palabras de la Corte Constitucional, fijar un *“standard minimi e uniformi di tutela”* (sentenza n.536 de 2002) quedando el resto de la materia como competencia exclusiva de las Regiones.

Si bien la reforma constitucional encamina el modelo regional hacia una nueva relación entre el *welfare* y la distribución territorial del poder, lo cierto es que el encargado de aplicar la reforma no ha terminado de dar forma y contenido a los mandatos constitucionales. En este

<sup>157</sup> Bajo el principio de subsidiariedad el gran protagonista son los municipios y el desarrollo tanto de la potestad administrativa del Estado como de las Regiones debe estar justificado. Los servicios sociales debido a su naturaleza, servicios dirigidos a los ciudadanos, resultan un ámbito material adecuado para la aplicación del principio de subsidiariedad. Sobre el papel del principio de subsidiariedad en la asistencia social véase, INNOCENDI, E., “La programmazione sociale nella legislazione regionale successiva alla riforma del Titolo V”, in BIANCHI, P., (a cura di) *La garanzia dei diritti sociali..* op.cit., p.186-187

<sup>158</sup> Este equilibrio tiene como trasfondo una importante carga referida al la dialéctica federalismo e igualdad. TORCHIA, L., “Sistemi di Welfare e Federalismo”, in *Rivista Italiana di Diritto Costituzionale*, n.4, 2002, p.713-740.

<sup>159</sup> BALBONI, E., “Il concetto di “livelli essenziali e uniformi” como garanzia in materia di diritti sociali”, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n.6, 2001, p.1103.

sentido, el legislador italiano no ha cumplido con su tarea de desarrollar o concretar al nivel esencial en materia asistencial, siendo hasta el momento la delegación legislativa la única actuación en esta dirección.

Así, la *Legge 27 dicembre 2002, n. 289, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2003)*, establece que el nivel esencial de las prestaciones en el ámbito social será determinado por Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri “*su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, d'intesa con la Conferenza unificata*” (art.46.3). Hasta el momento el Gobierno no ha dictado el Decreto y teniendo en cuenta el contexto económico es difícil que llegue a materializarse. Por otra parte, la delegación que realiza la *Legge finanziaria* contradice la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale*, sentenza n.88 del 2003, la cual ha señalado que el contenido general del nivel esencial debe ser aprobado por una Ley.

## **2. La naturaleza y el alcance de la competencia estatal relativa al nivel esencial de las prestaciones**

El retraso en el desarrollo de las disposiciones y normas sobre la aplicación de la reforma del Título V es una conclusión aplicable casi del conjunto de cambios que buscan implantarse con la *Legge costituzionale 3/2000*<sup>160</sup>. La falta de acuerdos entre el Estado y las Regiones se traduce en un aumento considerable del conflicto y, con ello, una intensificación de la tarea de la *Corte Costituzionale*. Además, la ausencia de disposiciones transitorias o finales así como la poca claridad de las leyes constitucionales, originan un amplio número de sentencias de naturaleza interpretativa y aditiva, que buscan tanto una aplicación coherente de la reforma con el sistema general como la garantía de la continuidad normativa y de la seguridad

---

<sup>160</sup> Pese a que la reforma se manifiesta ambiciosa y en muchos aspectos necesaria, la valoración sobre su desarrollo tras casi 10 años, no resulta del todo alentador. La aplicación por parte del Estado y de las Regiones ha sido sumamente lenta y los puntos más significativos están aun por desplegar. Las razones de la dilación son varias. La reforma del 2001 se plantea en medio de profundas divisiones políticas y, en especial, de la negativa de los principales partidos de la oposición (centro derecha). El desacuerdo del centro derecha, toma una relevancia fundamental cuando a finales del 2001, la coalición de partidos de derecha (Forza Italia, Alleanza Nazionale, UDCC y Lega Nord) obtiene la mayoría parlamentaria y asumen la Presidencia del Consiglio. Como resultado, las circunstancias políticas crean un ambiente poco favorable a la aplicación de la reforma que se proyecta en la ausencia de acuerdos sobre las actuaciones de cada uno de los entes territoriales y en una lluvia de recursos ante la Corte Constitucional. El Gobierno se centra en la elaboración de una “contra reforma” para deshacer, en gran parte, aquello que se había realizado con la reforma precedente y, no inicia el proceso de adaptación del ordenamiento a los nuevos mandatos constitucionales. La ausencia de un pacto entre las principales fuerzas políticas y la concepción de la estructura territorial del Estado como elemento de un programa de gobierno, explican que en un lapso de 5 años en el Parlamento estatal se discuta y se aprueben dos reformas constitucionales de orientación distinta; la segunda de ellas rechazada en referendun; así como la dilación en la aplicación de los nuevos mandatos constitucionales.

jurídica<sup>161</sup>. En este sentido, la pasividad del legislador central contrasta con la gran actividad de la *Corte Costituzionale*, al punto que puede sostenerse que son las sentencias de la Corte la fuente que fija los rasgos generales de la reforma y los límites impuestos para el desarrollo del nuevo sistema regional<sup>162</sup>.

La primera línea jurisprudencial de la Corte se ha dirigido a contener la intención del Estado central, en especial del ejecutivo, de configurar bajo la cobertura del art. 117.2m una cláusula general que puede invocarse en cualquier ocasión alegando la exigencia de la uniformidad, la garantía de la igualdad o la tutela de los derechos fundamentales. En este sentido, la Corte dictó varios pronunciamientos en los cuales se enfatiza que el título competencial relativo al nivel esencial de las prestaciones sociales puede ser invocado para regular prestaciones concretas pero no todo un sector material. Así, señala que *“tal titolo di legittimazione legislativa non può essere invocato se non in relazione a specifiche prestazioni delle quali la normativa statale definisca il livello essenziale di erogazione”*<sup>163</sup>.

En el mismo sentido que lo ha hecho el Tribunal Constitucional en relación al artículo 149.1.1ª CE, estudio que se remite al apartado II del capítulo cuarto, la Corte subraya el peligro que puede ocasionar para la autonomía regional el uso expansivo de esta competencia. En la Sentenza n.282 del 2002 se señaló que el art. 117.2m constituía *“una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie”*. Los límites o el contenido de la competencia se ha intentado perfilar definiendo el nivel esencial como un *“standard strutturali e qualitativi”* (sentenza n. 120 del 2005) o como *“le caratteristiche sostanziale e formali”* (sentenza n. 370 del 2003). En otros pronunciamientos, en cambio la Corte ha dado una mayor amplitud a la competencia estatal y en la sentenza n. 134 del 2006 señala que la competencia incluye la posibilidad para el legislador estatal de regular por vía el art. 117.3m, la efectiva tutela del nivel esencial (sin menoscabo de la autonomía regional pues debe estar sujeta a la misma garantía procesal) y, posteriormente en sentenza n. 387 del 2007 y sentenza

<sup>161</sup> Así, *“Delle Relazioni annuali sulla Giurisprudenza costituzionale lette dal presidente della Corte in occasione del tradizionale incontro con la stampa negli anni successivi all’entrata in vigore della riforma del titolo V, emerge con chiara evidenza l’incremento del contenzioso Stato/Regione. BILANCIA, F., “L’instabile del riparto delle competenze legislative”, in Istituzione del federalismo n.1/2, 2010, p.66-67. Para un estudio de las sentencias de la Corte véase, GIAMMUSSO, V., La giurisprudenza costituzionale sulla novella del Titolo V. 5 anni e 500 pronunce. Quaderni di documentazione, n. 44, Senato della Repubblica, 2006.*

<sup>162</sup> Véase, FERRARA A., *“L’attuazione della riforma”*, in *Primo rapporto annuale sullo stato del regionalismo in Italia* (2002). Milano, Giuffrè, 2003; MANNOZI, S., *Anno 2002. Il federalismo tra attuazione, conflitti e devolution*, in [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it)

<sup>163</sup> Así, sentenza n. 383 del 2005, sentenza n. 285 del 2005, sentenza n. 335 del 2008, sentenza n.370 del 2003, entre otras. véase, FERIOLI, E., *“Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia e eguaglianza”*, in *Le Regioni*, n.2-3, 2006, p.564-573.

n. 50 del 2008 (en materia sanitaria), lo define como un *standard qualitativo*, que puede incorporar un perfil organizativo y de gestión del servicio.

El *guidice della legge* también se ha pronunciado sobre los paramentos formales derivados del mandato constitucional del art. 117.2m. En la *sentenza* n. 88 del 2003 señala que el nivel esencial de los derechos civiles y sociales deben estar contenidos en una norma con rango de ley. La Corte fundamenta su decisión sobre dos premisas, en primer lugar señala que las obligaciones provenientes del principio de legalidad se invisten de una especial relevancia cuando ésta garantía además de limitar el poder del órgano ejecutivo tiene también como finalidad garantizar un nivel equivalente en todo el territorio. Así, en palabras de la Corte “*L’inserimento nel secondo comma dell’art. 117 del nuovo Titolo V della Costituzione, fra le materie di legislazione esclusiva dello Stato, della “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale” attribuisce al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto*”<sup>164</sup>.

La segunda premisa que fundamenta la posición de la Corte se centra en el carácter de Ley como garantía a la autonomía reconocida a las Regiones “*la conseguente forte incidenza sull’esercizio delle funzioni nelle materie assegnate alle competenze legislative ed amministrative delle Regione e delle Province autonome impone evidentemente che queste scelte, almeno nelle loro linee generali, siano operate dallo Stato con legge, che dovrà inoltre determinare adeguate procedure e precisi atti formali per procedere alle specificazioni ed articolazioni ulteriori che si rendano necessarie nei vari settori*”.

El razonamiento a los ojos de la Corte no gira en torno al concepto clásico de reserva en el sentido de excluir al poder ejecutivo de regular los derechos y libertades de los ciudadanos, sino que la Corte acude a la reserva como un elemento a través del cual busca garantizar la autonomía reconocida a las Regiones. Esto es así porque la intervención del Estado por vía del art. 117.3.m representa tal incidencia sobre el ejercicio de las funciones legislativas y

---

<sup>164</sup> *Sentenza* n. 88 del 2003, resuelve un recurso interpuesto por la provincia autónoma de Trento y la Región de Emilia-Romagna contra el Decreto ministerial de 14 julio 2002, sobre “*Disposizioni di principio sull’organizzazione e sul funzionamento dei servizi per le tossicodipendenze delle aziende unità sanitarie locali*”. Comentario sobre la sentencia véase BALBONI, E., “*Il livelli essenziali e le procedura per la loro determinazione, nota a C. Cost. sentenza n.88 del 2003*”, in *Le Regioni*, 2003. p.1188. Con la *sentenza* n. 16 del 2004 la Corte reafirma la necesidad de una “predeterminación legislativa” del nivel esencial.



administrativas en manos de las Regiones que su desarrollo debe estar previsto en una ley. Parece entonces que la Corte busca evitar que el ejecutivo por vía de delegación legislativa regule el contenido del nivel esencial pues ello podría comportar una extensión material de la regulación al punto que las competencias reconocidas a las Regiones queden fuertemente reducidas. En este sentido, extiende las garantías del *iter* legislativo como son la publicidad o el pluralismo político hacia la salvaguarda de la autonomía regiones y, en este caso concreto, a través del procedimiento la Corte busca encontrar el equilibrio entre el principio de autonomía y el principio de igualdad.

Otras de las cuestiones que ha intentado solventar la Corte es la compatibilidad entre la normativa vigente con el nuevo marco de competencias. Las modificaciones de la reforma al Título V de la Constitución implica que muchos de los preceptos contenidos en la legislación estatal previa a la Reforma queden fuera del margen de los poderes conferidos al Estado. Ante la inactividad del legislador, la Corte Constitucional intenta solventar la cuestión bajo la aplicación del principio de continuidad legislativa según el cual las leyes y normas aprobadas con anterioridad a la Reforma del Título V continúan siendo válidas desde el punto de vista constitucional y la eventual incidencia se declarará sólo respecto de las normas posteriores a la Reforma<sup>165</sup>. Posteriormente la *Legge 5 giugno 2003, n. 131 "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3* reafirma el principio de continuidad dictado por la Corte Costituzionale<sup>166</sup>.

---

<sup>165</sup> La Corte ha dado una amplia aplicación al principio de continuidad, excluyendo la hipótesis de la "inconstitucionalidad sobrevenida" de la reglamentación estatal después de la reforma del Título V por "extralimitación competencial". El primer pronunciamiento viene con la *sentenza* n. 282 del 2002, resuelve la impugnación por el Presidente del Consiglio de la Ley regional de la Región de Marche 13 noviembre 2001, n. 26, sobre la "*Sospensione della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psicoturgia*". La Corte señala que la legislación regional concurrente deberá desenvolverse en el respeto de los principios fundamentales resultantes de la legislación en vigor, sin que sea necesario una legislación nueva por parte del Estado (en el mismo sentido la *sentenza* n. 353 del 2003, n.319 del 2005, n.355 del 2005, n. 424 del 2005). El principio de excepcionalidad también ha tenido una amplia acogida por parte de la Corte, así en *sentenza* n. 13 del 2004 pese a reconocer la invasión competencial por parte del Estado central al detallar en exceso los programas educativos de la red escolar, justifica la actuación estatal en la necesidad de dar continuidad al servicio educativo. En *sentenza* n. 37 del 2004 y n. 381 del 2004, la Corte justifica una limitación temporal y provisional a la Ley regional sobre tributos propios a la espera de una reforma global de la autonomía financiera de las Regiones, en el contexto de desarrollo del nuevo art. 119 de la Constitución. Asimismo, la Corte ha admitido actuaciones transitorias por parte de la legislación estatal en espera de una reforma general; en *sentenza* n. 256 del 2004 sobre la continuidad del sistema de financiación de las actividades culturales; y las *sentenza* n. 36 del 2004 y n. 353 del 2004 sobre la actuación estatal transitoria, en materia de control del gasto público de las regiones y entes locales, a fin de garantizar los límites sobre el déficit público impuesto por el ordenamiento comunitario.

<sup>166</sup> Concretamente el art. 1.2 de la legge n.131 del 2003 señala: "*Le disposizioni normative statali vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge nelle materie appartenenti alla legislazione regionale continuano ad applicarsi, in ciascuna Regione, fino alla data di entrata in vigore delle disposizioni regionali in materia, fatti salvi gli effetti di eventuali pronunce della Corte costituzionale*".



Si bien la interpretación del principio de continuidad legislativa se elabora en el marco de una competencia concurrente entre el Estado y las Regiones, art. 117.3, la doctrina ha optado por extender también dicho principio al ámbito de las competencias exclusivas de las Regiones y, por lo tanto, que las mismas puedan ejercer la competencia sobre servicios sociales desde la exclusividad extrayendo de la legislación estatal los principios relativos al nivel esencial de las prestaciones sociales<sup>167</sup>. No obstante, el principal problema desde el punto de vista práctico se centra tanto en la imposibilidad de extraer el nivel esencial de las prestaciones sociales de la *Legge n.328/2000*, como en la ausencia de un sistema de financiación estatal de las prestaciones hacia las Regiones bajo el nuevo principio de autonomía financiera.

La *Legge 238/2000* configura el sistema integrado de servicios sociales como un conjunto de prestaciones sociales otorgadas en bienes y servicios según las características y requisitos fijados en la *planificazione nazionale*. Por otra parte, se enumeran los sectores objeto de atención del sistema (pobreza, autonomía, menores, familia, mujer, discapacitados, tercera edad y drogodependientes) y se configuran un conjunto de prestaciones que deben ser prestadas pro parte de las Regiones. Éstos son: *segretari sociale per informazione, servizio di pronto intervento sociale per le situazione di emergenza personali e familiari, assistenza domiciliare, strutture residenziale e semiresidenziali per soggetti con fragilità sociali, centri de accoglienza residenziali o diurni a carattere comunitario* (art. 22). Ahora bien, el desarrollo de cada una de las prestaciones se deriva al *Piano nazionale* y la financiación al *Fondo nazionale per le politiche sociali*.

La doctrina ha señalado como la fórmula utilizada para identificar las intervenciones esenciales no presenta la especificidad suficiente como para dotarles de un carácter inmediatamente operativo<sup>168</sup>. Bajo este argumento, el intento de extracción del nivel esencial de las *Legge 238/2000* no resulta del todo adecuado más cuando la legislación tiene como principio general la configuración de un sistema integrado de servicios sociales. En gran medida la norma se plantea como el marco general que posteriormente tendría que ser desarrollado mediante la promulgación de leyes y se remite la determinación de las características y requisitos de las prestaciones contenidas en el nivel esencial al Plan nacional, plan que por otra parte, a ojos de la doctrina resulta incompatible con la nueva distribución

---

<sup>167</sup> VIVALDI, E., *I servizi social e le Regione* .... op. cit., p.148-149.

<sup>168</sup> MOLAZSCHI, V., *I rapporti di prestazione nei servizi social*. .. op. cit., p.193. VIVALDI, ELENA., *I servizi sociali e le Regioni*, op.cit., p.95.

competencial del Titolo V<sup>169</sup>. Así, “La legge 328 affrontava il nodo dei livelli essenziali, affidandone la definizione delle caratteristiche e dei requisiti ad un procedimento di pianificazione articolato su vari gradi. Tale modalità di determinazione dei livelli essenziali, affidata a questa complessa procedura programmatica (il sistema « a cascata » dei piani), era senz’altro coerente con l’assetto delle competenze legislative in materia di assistenza sociale anteriore alla riforma costituzionale intervenuta del 2001”<sup>170</sup>.

La doctrina se acercado al concepto del nivel esencial desde una perspectiva cuantitativa de las prestaciones y sostiene que el nivel esencial del art. 117.2m se refiere a un conjunto de prestaciones y servicios que buscan disminuir los efectos que puede conllevar en cuanto a desarrollo desigual entre las Regiones como consecuencia del distinto nivel de recursos económicos disponibles<sup>171</sup>. Desde posiciones más concretas se ha propuesto que para ser operativo el nivel esencial debería estar detalladamente especificado en términos ya sea de prestaciones, ya sea de destinatarios; mientras que los procesos de especificaciones corresponden al nivel regional. También se ha sugerido que el nivel esencial debe responder los aspectos generales de la titularidad, las necesidades que buscan protegerse, las prestaciones o servicios que se crean, la garantía de dichas prestaciones y los criterios organizativos para erogar los servicios y las a las siguientes preguntas: para quien las prestaciones asistenciales, es decir debe contener: 1) la definición del derecho individual a la prestación o derecho subjetivo exigible; 2) la definición del nivel mínimo de cobertura; 3) tipología de oferta; 4) estándar de la prestación o de la calidad<sup>172</sup>.

Por otra parte, el desarrollo del nivel esencial de las prestaciones sociales por parte de las Regiones requiere además la efectividad de la garantía económica y la autonomía sobre el gasto. Difícilmente podrá una Región desarrollar un nivel adecuado de servicios sociales que respondan a las necesidades de su población si no tiene recursos financieros para ello.

<sup>169</sup> Es unánime la posición de la doctrina véase, excepto MATIONI A., “La Legge-quadro 328/2000: Leggi di attuazione di principio costituzionali”, in Balboni E. e altri, *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del titolo V della costituzione*. Milano, Giuffrè, 2003.

<sup>170</sup> PIZZOLATO, F., “Determinazione dei livelli essenziali di assistenza sociali”, in BALBONI, E., (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali ... op.cit.*, p.321.

<sup>171</sup> CUOCOLO, “Livelli essenziali: allegro, non troppo” in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, p. 1266. Para Elena Vivaldi, el concepto del nivel esencial de la *legge 382/2000* hace referencia al ámbito material más no subjetivo del derecho. VIVALDI, E., *I servizi sociali e le Regioni ... op. cit.*, p.111.

<sup>172</sup> Sobre la primera posición véase PIZZOLATO, F., “La procedura per la determinazione” ... op.cit., p.7. Sobre la segunda véase, MOLASCHI, V., *I rapporti di prestazione nei servizi sociali ... op.cit.*, capítulo III. Si bien esta posición interesante puesto que intenta concretar el que y quantum del nivel esencial en materia asistenciales resulta excesiva desde el punto de vista de la autonomía regional.

Tras una interpretación conjunta entre la garantía de la autonomía financiera prevista en el art. 119 CI y la garantía del nivel esencial de las prestaciones en todo el territorio del art. 117.2m CI en la sentencia n. 370 de 2003 la Corte señaló que el Estado puede, efectivamente, dirigir fondos a las Regiones pero sin vínculos en la destinación<sup>173</sup> pero resolvió afirmando que el servicio público de guarderías forma parte del ámbito propio de las Regiones y de los entes locales. En el caso concreto, el fondo sectorial de financiación configurado por el Estado resulta incompatible con la autonomía financiera de entrada y de gasto reconocida, en cuanto mantiene en cabeza del Estado poderes de dirección del gasto en las materias que trata el fondo. Según la Corte, de hecho *“nel nuovo sistema, pero il normale finanziamento delle funzioni di egioni ed enti locali, lo Stato può erogare solo fondi senza vincoli specifici di destinazione, in particolare tramite il fondo perequativo di cui all’art.119, terzo comma, della Costituzione”*<sup>174</sup>. Esta nueva doctrina contrasta con lo que hasta el momento había mantenido la Corte en relación a la autonomía financiera de las regiones. Una sentencia relevante es la *sentenza* n.356 de 1992, por la cual se establece la legitimidad del Estado central de condicionar y orientar el gasto de las Regiones, al punto que considera conforme al texto constitucional la exigencia, del Estado a las Regiones sobre la adecuación de los recursos destinados a la financiación de los derechos, en este caso sanitarios, y el equilibrio del presupuesto<sup>175</sup>.

Bajo esta misma postura la Corte estableció que respecto de la financiación en materia de servicios sociales el Estado continúa con potestades de direccionamiento del gasto en aquellos aspectos que tengan relación con el nivel esencial de la asistencia social, en cuanto al resto debe transferirse a las Regiones de manera incondicionada. Como ya se señaló anteriormente, el *Fondo nazionale per le politiche sociali* es concebido como un instrumento de organización de las finanzas en materia social. Ahora bien, según la *sentenza* n. 423 del 2004 el Estado conserva la potestad de decidir sobre los recursos financieros que forman parte del Fondo,

---

<sup>173</sup> Las Regiones de Marche, Toscana, Emilia-Romagna ed Umbria, impugnan numerosas disposiciones della *legge* 28 dicembre 2001, n. 448 *“Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2002”*, cuestionando entre otros el art. 70 en materia de guarderías (asili nido). La regiones impugnan las previsiones del fondo estatal de destinación a los entes locales para la construcción y gestión de guarderías en los lugares de trabajo, en cuanto vulnera la autonomía financiera de entrada y de gasto reconocida a las regiones. Concretamente el fondo regulaba los siguientes aspectos: la determinazione delle modalità del riparto annuo ad opera del Ministro del lavoro e delle politiche sociali; la ripartizione, da parte delle Regioni, delle risorse finanziarie tra i Comuni operanti nel settore “nei limiti delle proprie risorse ordinarie di bilancio e di quelle aggiuntive; la quantificazione dell’ammontare del fondo.

<sup>174</sup> Postura que se mantiene en la *sentenza* n.16 y n. 49 del 2004.

<sup>175</sup> Al respecto véase, CARROZZA, P., “Tra standard e differenziazione: il dilemma del welfare municipale, Federalismo fiscale e finanziamento del welfare” in DI CAPUA, A., (cura di), *Quaderni sul principio di eguaglianza*. Padova, CEDAM, 2008, p.48.

pero conforme al nuevo cuadro constitucional no es admisible que éste individualice los objetivos de política social que las regiones deben perseguir, pues ello implica una violación a la autonomía legislativa y financiera de las Regiones. En este sentido, el Estado no puede, como se pretendía en la Ley de presupuestos impugnada, destinar recursos a políticas sociales condicionando el gasto social de las regiones<sup>176</sup>. La *Corte Costituzionale* confirma la lectura del principio de autonomía financiera como un atributo instrumental de las regiones para configurar su propia política en el ejercicio de las competencias atribuidas<sup>177</sup>. Por lo tanto, el Fondo puede considerarse como un instrumento para financiar el nivel esencial de las prestaciones de carácter asistencial sólo si se define de forma precisa el elenco de prestaciones singulares que hacen parte del llamado nivel esencial.

Por otra parte, cabe mencionar que siguiendo el principio de continuidad la Corte también ha aceptado el condicionamiento de aquellos gastos en curso de otra forma aceptando la reiteración año tras año de la financiación condicionada por vía de ley de Presupuestos. Esto ha sido así porque de lo contrario hubiese implicado la imposibilidad del Estado de actuar en materia social<sup>178</sup>. De hecho la actuación del Estado se ha mantenido en los mismos términos antes y después de la Reforma del Título V. Esto es, la configuración y financiación de las prestaciones sociales concretas por vía de la ley de presupuestos sin que se configure un modelo asistencial coordinado y programado<sup>179</sup>.

Bajo este contexto, la doctrina de la *Corte Costituzionale* ha evitado que la inactividad del Estado tenga efectos negativos sobre la competencia de las Regiones pudiendo éstas reformar sus leyes de servicios sociales. Las nuevas leyes incorporan la finalidad y titulares de los servicios sociales, incluyen la referencia a la cartera de servicios sociales si bien, al igual que las Comunidades autónomas, remiten a normas futuras su concreción, estructuran la programación regional a través de la cual se coordinan las actuaciones de la Región y los municipios en materia asistencial, se incluyen las normas para la elaboración del Piano di

<sup>176</sup> La legge finanziaria, 27 dicembre 2002, n. 289 (Ley financiera 2003) señalaba que el 10% de los recursos del fondo deberían destinarse a favor de las familias recién constituidas o di *nuova costituzione*.

<sup>177</sup> En la *sentenza* n. 118 de 2006, la Corte confirmó la inconstitucionalidad de una disposición de la Ley de Presupuestos 2005 (art. 1, apartado 153 de la Legge n.º 311 de 2004) que establecía que una parte del Fondo Nacional de Política Social debía destinarse a promover políticas sociales de participación de los jóvenes en actividades culturales y sociales. La Corte reitera su jurisprudencia, destaca que la disposición viola la autonomía de las regiones en la medida en que va más allá de lo que le corresponde por competencia y entra a participar en la disponibilidad de los recursos de las regiones. VIVALDI E, "Il Fondo nazionale per le politiche sociali alla prova della Corte costituzionale", in *Le Regione*, n. 4, luglio-agosto 2005, p.649-663.

<sup>178</sup> GUAZZAROTTI, A., "Diritti fondamentali e Regioni: Il nuovo Titolo V alla prova della giurisprudenza costituzionale", in *Le Istituzione del Federalismo*, n. 4, 2008, p. 612-621.

<sup>179</sup> *Ibid.*, p.612-613.

zona y regulan el sistema de autorizaciones para los entes privados que prestan servicios sociales<sup>180</sup>.

No obstante, la legislación regional se desarrolla sin parámetros seguros y la anhelada igualdad territorial no acaba de materializarse. Así, las Regiones que han modificados sus leyes de servicios sociales introducen el nivel esencial de la prestación por vía de reenvíos a la legislación estatal o a normas posteriores que dictarán la *Giunta* o el *Consiglio regionale* y algunas incorporan el art. 22 de la *Legge 238/2000*<sup>181</sup>. La inactividad del legislador a la hora de definir el nivel esencial tiene como resultado en mantenimiento de la diversidad de prestaciones y servicios entre las diversas regiones y un cuerpo normativo muy disperso. Así “*Appare difficile tracciare un quadro unitario della legislazione regionale a sette anni dalla riforma costituzionale (...) l’approvazione in 12 le regioni di una legge di riordino dei servizi sociali dopo il 2001, non sempre ha rappresentato un punto di partenza per i legislatori regionali per riprogrammare o programmare le politiche socio-assistenziali della regione e non sembra esistere una qualche correlazione tra la legislazione di settore e le leggi di riordino, con riferimento alla tipologia che al numero*”<sup>182</sup>.

En este punto, las Regiones se encuentran en un alto grado de incerteza. El Estado central no ha definido el nivel esencial de los servicios y, no obstante, deben desarrollar una legislación en materia de servicios sociales teniendo como parámetro dicho nivel. La financiación condicionada que se materializaba a través del Fondo fue declarada inconstitucional por la Corte, debiendo el Estado limitarse a condicionar sólo el nivel esencial de la prestación, nivel que aún no ha sido definido, además la reforma fiscal esencial para la implementación del sistema de servicios sociales regional no ha sido aprobada. Por otra parte, tras la reforma del Título V, el mandato de concertación de las prestaciones que la *Legge 238/2000* deja en manos del *Piano nazionale* también resulta incompatible con la autonomía reconocida.

La reforma del “título V ha dado lugar a un impulso de la legislación en materia de servicios sociales por parte de las Regiones y a una mejor organización del sistema regional. Sin embargo, el problema del desarrollo desigual del sistema de servicios sociales entre las

<sup>180</sup> MALTONI, A., “I sistema regionali integrati di interventi e servizi social”, in *Le Regioni*, n.5, 2005, p.871-900.

<sup>181</sup> NAPOLITANO, G., *Legislazione delle regioni e provincie autonome in materia di politiche sociali dopo la legge 328/2000 e la modifica del Titolo V della Costituzione*, 2007, p.12, in [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it). En el mismo sentido, MALTONI, A., “I sistema regionali integrati di interventi ... op.cit., p.275-276; VIVALDI, E., *I servizi social e le Regione* ... op.cit., p.157-160.

<sup>182</sup> NAPOLITANO, G., *Legislazione delle regioni e provincie autonome* ...op.cit., p.25, in [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it)



regiones del norte y las del sur continúa aun vigente y el modelo que define tanto el contenido del nivel esencial como la financiación para hacerlo efectivo no ha sido hasta el momento concretado por el legislador estatal.

## **V. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS SERVICIOS SOCIALES ANTE LA CRISIS ECONÓMICA**

Las casi tres décadas de desarrollo y configuración del sistema autonómico de servicios sociales transforman lo que hasta el momento se entendía como caridad social. Así, la responsabilidad pública y la administrativización de los servicios sociales son elementos claros que alejan el modelo constitucional de los parámetros de la beneficencia, disminuyendo considerablemente la discrecionalidad en el servicio. Asimismo, el modelo se encuentra fuertemente descentralizado. Actualmente el modelo asistencial se conforma por una amplia y prolija actuación normativa autonómica, sin que, como se verá en el apartado II y III del capítulo cuatro, la actuación del Estado se caracterice por ser excesivamente invasiva en términos competenciales. Todas las Comunidades autónomas han promulgado una ley de servicios sociales a través de la cual estructuran el sistema y la mayoría de ellas han sido reformadas con la finalidad de perfilar el modelo ante los nuevos cambios sociales. En términos generales, todas las leyes incluyen los principios inspiradores del sistema y estructuran los servicios en básicos y especializados. Asimismo, las leyes fijan la titularidad de los servicios, configuran un listado o catálogo de prestaciones y regulan los requisitos generales para acceder al sistema de servicios sociales. Las normas también incluye las cuestiones relativas a la distribución competencial entre la Comunidad autónoma y los entes locales. Además, en los presupuestos autonómicos se destina cada año una partida al gasto asistencial y, desde el ámbito de las políticas sociales, se han elaborado numerosos planes de integración social hacia diversos colectivos y programas de lucha contra la pobreza y la exclusión social.

Asimismo, el ordenamiento autonómico se caracteriza por un amplio desarrollo de los mandatos legislativos. Como se verá a lo largo del capítulo tercero de esta tesis las autonomías han configurado diversas prestaciones de naturaleza económica como son las rentas mínimas de inserción o las ayudas económicas de urgencia; servicios de atención al hogar para aquellas personas que encuentran dificultades en llevar a cabo actividades básicas;

atención pública a menores tanto desde el punto de vista de actuaciones de ayuda a su desarrollo y crecimiento como desde el punto de vista de la acogida en casos de desamparo y atención a la tercera edad, la cual ha sido reforzada desde la actuación estatal.

Desde este trabajo se sostiene la necesidad de mantener un sistema de protección de necesidades y de riesgos desvinculado de la condición de trabajador. Esto es así porque tras los últimos cambios en la sociedad no necesariamente la carencia de una renta es un elemento que lleva a una situación de necesidad. Los objetivos del pleno empleo no han dado sus frutos y las tendencias económicas neoliberales ha traído consigo la figura del *working poor*, trabajadores que formalmente se encuentra integrados en el mercado laboral pero no logran cubrir sus necesidades básicas, bien por los bajos salarios, bien por la precariedad e inestabilidad de éstos. Bajo estas condiciones la asistencia social es una parte fundamental del sistema de bienestar puesto que al estar desvinculada del trabajo cubre los vacíos del modelo laboral.

Sin embargo, también cabe señalar que la asistencia social mantiene aún características que la alejan de un sistema universal de servicios sociales. Como se explicó, el modelo constitucional español configura la asistencia social como directrices dirigidas al legislador y, por lo tanto, la amplitud del sistema asistencial es un tema que se deja a las mayorías parlamentarias. Bajo estos presupuestos es difícil concebir un sistema asistencial amplio y de tipo universal y el ordenamiento actual enfrenta diversas dificultades para erigir situaciones jurídicas de los ciudadanos frente a las prestaciones públicas previstas por la norma en verdaderos derechos subjetivos tutelables judicialmente<sup>183</sup>. Tampoco es posible extraer un derecho al establecimiento del servicio. Es decir, el derecho a solicitar a la administración el establecimiento de un servicio o, en este caso, una prestación social. Ello sólo es posible cuando la ley opte por crear el servicios o la prestación social como un verdadero mandato.

Por otra parte, las políticas sobre el control del gasto público juegan un papel importante de contención. El modelo asistencial sigue cargando con las restricciones de carácter presupuestario y con la configuración de las prestaciones por vía de normas que carecen rango legal. Las limitaciones de tipo presupuestario tienden a configurar los servicios sociales como técnicas meramente compensatorias y no redistributivas<sup>184</sup>. La gran mayoría de las

---

<sup>183</sup> VAQUER CABALLERÍA., *La acción social...* op.cit., p.55

<sup>184</sup> AYALA CAÑON, L., "Pobreza y protección social: las reformas necesarias" ... op.cit., p.248.

prestaciones sociales se encuentran asociadas a la denominada la prueba de necesidad, la cual en este caso se materializa en un lindar máximo de rentas que no puede superarse si se quiere acceder a la prestación. Si bien la doctrina ha propuesto la interpretación en el marco del control constitucional de la cláusula de lo económicamente razonable, lo cierto es que los bajos niveles de presupuesto que se dedican a la asistencia social generan que ésta se limite en su gran mayoría a las situaciones de necesidad, más no de bienestar y crea en algunos supuestos trampas de pobreza<sup>185</sup> y estigmatización social.

Las leyes de servicios sociales enumeran el conjunto de prestaciones y, posteriormente, normas secundarias se dedican a configurar las características de las mismas, así: los titulares las cuantías, los requisitos de acceso y de disfrute de cada una de las prestaciones sociales, incorporan las normas procedimentales para acceder a la prestación, regulan la distribución competencial respecto de la gestión de las prestaciones y el régimen de financiación de la misma. En este campo la actividad normativa es muy variada, algunas prestaciones tienden a regularse por ley, como es el caso de las rentas mínimas de inserción o las prestaciones sociales a la tercera edad o familia. No obstante, en este segundo plano, la norma predominante es de rango reglamentario, dejando en manos del ejecutivo la configuración final de aspectos importantes de las prestaciones y la amplia posibilidad de modificaciones. Esta forma de desarrollar el sistema de servicios sociales pone en duda su adecuación con el principio de legalidad.

Los obstáculos a los que se enfrenta el sistema de servicios sociales se hacen más evidentes bajo la actual situación económica. En los últimos años los derechos y servicios derivados del Estado del bienestar experimentan un retroceso importante como consecuencia de la crisis económica y de las políticas de restricción del gasto público. Las prestaciones que otorgan las Comunidades autónomas y el Estado central, este último en uso de las competencias previstas en los arts. 149.1.1ª CE y 149.1.17ª CE, se eliminan o se restringen por vía de normas con carácter de urgencia, normas de acompañamiento presupuestario o normas con rango reglamentario.

---

<sup>185</sup> Los Estados tienen a aplicar diversos mecanismos para evitar la trampa de la pobreza, así varios han incluido medidas tendentes a suavizar la incompatibilidad de la prestación con otras fuentes de renta y, muy especialmente, con los ingresos procedentes del trabajo. Portugal opta por un tope fijo donde el 20 por 100 de los ingresos del trabajo no se descuentan en el cálculo de la prestación, mientras que Holanda, dicho descuento es progresivo. En otros casos se establece un periodo máximo de disfrute de las dos fuentes de renta para favorecer la estabilidad en la situación laboral. Y también se han adoptado medidas más agresivas como la reducción o expulsión de programas en supuestos de rechazo de ofertas de empleo. *Ibid.*, p.283.

Este nuevo contexto trae la necesidad de volver a repensar las garantías de los principios rectores y, en especial, los límites que tiene el legislador a la hora de modificar o eliminar prestaciones. Tal y como señala el profesor Vaquer, “deberíamos mostrarnos exigentes en los juicios de ponderación entre fines y de eficacia entre medios alternativos para la consecución de aquellos, que necesariamente tienen que hacer los gobiernos y legisladores para adoptar los recortes de forma racional y no arbitraria (art. 9.3 CE), respetar el lugar que ocupan los principios y derechos sociales dentro del sistema axiológico –normativo de la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes públicos (art.9.1 CE), incluso el regulador económico, y por la que todos ellos están apelados a promover la efectividad de la igualdad y remover sus obstáculos para su plenitud (art. 9.3 CE)”<sup>186</sup>.

Bajo el escenario de la crisis económica, la reducción del gasto público se presenta como una finalidad legítima para la actuar sobre las prestaciones y servicios sociales. En este sentido, la racionalidad del sistema de bienestar viene siendo un postulado que invita a reformular el actual modelo de asistencia social. No obstante, dicha finalidad no puede constituirse en una excusa para que indirectamente los poderes públicos eludan las responsabilidades que les impone la configuración del Estado como Social y de Derecho.

Así, las restricciones que el legislador aplique han de estar justificadas desde el punto de vista del juicio de la proporcionalidad. Esto es así porque las políticas de contención presupuestaria emergen como una razón objetiva que justifica cualquier actuación encaminada a reducir los beneficiarios de las prestaciones o las cuantías de las mismas, o incluso de las prestaciones mismas. La vinculación entre partidas presupuestarias y derechos prestacionales es una de las características que más pesa sobre la exigibilidad de los derechos. El Tribunal Constitucional Alemán sujetó el desarrollo de los derechos sociales a la cláusula de “reserva de lo posible”, en el sentido de lo que el individuo de manera razonable puede pretender de la sociedad y, por lo tanto, el desarrollo de los derechos sociales quedan sujetos a los límites presupuestarios<sup>187</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Asunto Kjartan Ásmundsson c. Islandia*, de 30 de marzo de 2005, examina las modificaciones que el Estado islandés introdujo al régimen

---

<sup>186</sup> VAQUER CABALLERÍA, M., “Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad”, *Informe Comunidades Autónomas 2011*. Barcelona, Instituto de Derecho Público, 2012. (en prensa)

<sup>187</sup> Nota extraída de BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p.390.

de pensiones por invalidez. Los cambios legislativos suponen que un número determinado de beneficiarios no pueden seguir disfrutando de la prestación, puesto que no cumplen con todos los requisitos exigidos por la nueva regulación. El Tribunal señala que las dificultades financieras se entienden como una finalidad legítima para que los Estados adopten medidas dirigidas a modificar el régimen de disfrute de las prestaciones sociales. Sin embargo, dichas restricciones deben ser razonables y proporcionadas, lo cual representa para el caso en concreto ponderar la finalidad presupuestaria con los intereses legítimos de los pensionistas. Así, el Tribunal de Estrasburgo entendió contrario al Convenio, concretamente el art. 1 del Protocolo 1, las modificaciones introducidas por el Estado sobre las condiciones de acceso a las pensiones por invalidez. A juicio del Tribunal los pensionistas podían legítimamente esperar que su discapacidad continuaba siendo un elemento que justificaba la continuidad de la prestación. Por lo tanto, se concluye que pese a los amplios márgenes reconocidos a los Estados en el campo social, éstos no pueden suponer una carga excesiva y desproporcionada para los beneficiarios de las prestaciones sociales.

Bajo esta perspectiva el mandato democrático y social implica para los poderes públicos un control sobre las modificantes que el legislador aplique a los derechos sociales, de forma que las cláusulas económicas no conlleven a un escenario de completa rigidez para desarrollo de los derechos sociales. Así, el Consell de Garantías Estatutarias en relación a los límites del legislador autonómico sobre los recortes en materia de derechos sociales señaló que *“el legislador ha de ser especialment curós en l'exercici de la seva potestat legislativa, en el sentit que les lleis que aprova seran aplicades per part de l'Administració amb l'orientació permanent i constant de garantia i preservació del seu contingut social, fins i tot en èpoques d'importantes restriccions pressupostaries. Així, s'imposa una amplia llibertat de configuració legal en la regulació d'aquest tipus de principis rectors, però sense ignorar el principi social”*<sup>188</sup>. La ponderación entre los intereses sociales y los beneficios extraídos de las limitaciones presupuestarias vinculan a la actuación tanto del legislador como de la administración también en época de crisis económica.

Además, la actuación los poderes sobre el desarrollo y modificación de las prestaciones asistenciales se encuentra sujeta también al principio de seguridad jurídica. El Tribunal Constitucional en STC 46/1990, de 15 de marzo, señaló que *“la exigencia del art. 9.3 relativa*

---

<sup>188</sup> Dictamen 4/2012, de 6 de març, sobre el Projecte de llei de mesures fiscals ... op.cit., p.49.



*al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (...). Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no ... provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean éstas".*

La seguridad jurídica, elemento esencial del Estado de Derecho, tiene como finalidad que el ciudadano pueda conocer con seguridad las normas a las cuales está sujeto, incluyendo también las normas de carácter prestacional. Si bien es cierto que el Estado Social conlleva una mayor flexibilidad de la aplicación de este principio<sup>189</sup>, aquello que no resulta conforme al cumplimiento del principio de seguridad jurídica es que el legislador modifique por vía de normas de rango reglamentario o decretos leyes las prestaciones sociales creadas por ley o incluya conceptos ambiguos que conlleven a una actuación administrativa bajo los amplios márgenes de discrecionalidad.

Bajo esta perspectiva, el Consell de Garantías Estatutarias entendió conforme al texto estatutario las modificaciones introducidas por el Proyecto de Ley de medidas fiscales y financieras de 2012 a la renta mínima de inserción sólo si se garantizaba el nivel de seguridad jurídica que deben gozar las normas del ordenamiento jurídico. Concretamente el nuevo art. 11.4 de la Ley de renta mínima de inserción relativo a la renovación de la renta establece: *“Cuando la disponibilidad presupuestaria no sea suficiente para aprobar todos los expedientes, la Comisión Interdepartamental elevará una propuesta al Gobierno para determinar los criterios objetivos y no discrecionales de prelación de los expedientes”*. Según el órgano autonómico dicho precepto es conforme al art. 24.3 del Estatuto sólo si se *“interpreta*

---

<sup>189</sup> Frente al principio de seguridad jurídica está la necesidad de someter a revisión constante el ordenamiento jurídico a la luz de las cambiantes circunstancias y ajustarlo a las nuevas necesidades. Cuanto más rápida e intensamente trabaje el legislador, tanto más de plantearán como problemas de transición y ajuste. En particular, el Estado social que se limita a la garantía de seguridad interior y exterior sino que está obligado a intervenir en la ordenación de la economía y la sociedad no puede dejar las cosas tal cual hayan sido reguladas. El Estado tiene que actuar crecientemente como legislador, con obvios efectos ambivalentes. El ciudadano que confía y cuenta con la acción social del Estado ha de contar asimismo con este fenómeno inexorable. BENDA, E., “El Estado Social de Derecho”, en BENDA, E., (Coord.) *Manual de Derechos Constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 2001, p.508 (Traducción Antonio López Pina).

*en el sentido que no pot comportar l'exclusió de les persones a rebre la prestació si reuneixen els requisits fixats a la llei per obtenir-la*"<sup>190</sup>.

Las actuaciones de los poderes públicos en materia asistencial no pueden realizarse al margen de los instrumentos de control previstos en el texto constitucional y no deben ser constitutivas de situaciones de incerteza jurídica. Las condiciones de acceso y disfrute de las prestaciones deben estar previstas en la ley. Además resulta contrario al principio de seguridad jurídica que la legislación incluya cláusulas que, o bien habiliten al Gobierno o a órganos administrativos a decidir, bajo parámetros de la discrecionalidad, sobre la adjudicación o continuidad de una prestación, o bien habiliten a introducir cambios que restrinjan las condiciones de acceso y disfrute o disminuyan las cuantías de las prestaciones. En suma, la seguridad jurídica, la prohibición de discriminación, la proporcionalidad son principios que limitan tanto actuación del legislador como de la administración también en materia de derechos sociales.

Finalmente, cabe referirse a la inmigración como otro de los retos a los que se enfrenta actualmente los servicios sociales. Desde finales de la década de los noventa y con especial énfasis durante los diez primeros años del nuevo siglo, el territorio español se vio inmerso en la llegada de un importante número de población de origen inmigrante. El modelo migratorio español, al igual que en el resto de países receptores de inmigración, es esencialmente laboral y por lo tanto, el fenómeno viene dado por dos circunstancias. Por una parte, en los países receptores la disminución de la natalidad junto con el crecimiento económico y la necesidad de mano de obra laboral trae la necesidad de aumentar la población activa; por otra parte, las precarias condiciones laborales y de pobreza en que vive una parte importante de la población mundial impulsa el traspaso de las fronteras hacia los países desarrollados en búsqueda de mejores oportunidades. En este contexto, nuevas situaciones no previstas plantean la necesidad de repensar el ordenamiento jurídico. Así unos servicios sociales inicialmente concebidos para un tipo de población y unas necesidades específicas, se enfrenta hoy en día con una población diversa tanto, desde el punto de vista cultural como jurídico. Además, es un colectivo que por su propia historia migratoria presenta necesidades distintas. Sin duda la inmigración ha abierto un nuevo frente a las actuaciones asistenciales. Así, los servicios sociales, en ocasiones, representan la primera institución pública a la que acuden los inmigrantes en su momento de llegada, desarrollando éstos una importante función de primera

---

<sup>190</sup> Dictamen 4/2012, de 6 de març, sobre el Projecte de llei de mesures fiscals i financeres i de creació de l'impost sobre les estades en establiments turístics, p.51. BOPC núm. 249, de 10 de febrer de 2012.

acogida y de impulso hacia una futura integración. En otras ocasiones, los servicios sociales se encuentran frente a necesidades de personas, ya establecidas en España, pero que por su propia condición de inmigrante presentan supuestos de hecho y necesidades particulares.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA TITULARIDAD DEL DERECHO A LOS SERVICIOS SOCIALES Y LA INMIGRACIÓN

#### I. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS INMIGRANTES

##### 1. La Constitución Española de 1978 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

La única referencia prevista en la Constitución Española sobre el estatuto jurídico del inmigrante se encuentra en el art. 13: “*los extranjeros en España gozarán de las libertades y derechos en los términos en que se reconozcan en la legislación vigente y en los Tratados internacionales*”<sup>191</sup>.

El legislador estatal regula por primera vez la extranjería en la *Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*. Sin embargo, como ha acertadamente ha señalado el profesor Aja esta primera ley de inmigración es una norma que se plantea más en términos del control migratorio y de evitar que, ante la entrada a la Unión Europea, España se convirtiera en puerta de entrada de inmigrantes hacia países como Francia o Alemania<sup>192</sup>. La norma interpretaba la presencia de extranjeros como algo temporal, su visión de la inmigración era ciertamente restrictiva y las posibilidades de entrada y establecimiento de trabajadores eran mínimas<sup>193</sup>.

Como consecuencia del silencio constitucional y de la regulación incompleta de la Ley Orgánica 5/1985 el estatuto jurídico del inmigrante se construye a partir los criterios

<sup>191</sup> Un estudio detallado del art. 13.1 CE, véase, VIDAL FUERO, C., *Constitución y Extranjería Los derechos fundamentales de los extranjeros*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 36-64.

<sup>192</sup> Esto es así porque tal y como ha señalado el profesor Aja “la Ley Orgánica 5/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España si bien reunió en un solo texto la multiplicidad de normativa hasta entonces dispersa y dio rango legal a las disposiciones principales del régimen de extranjería (...). En realidad, más que regular la inmigración del país, prácticamente inexistente, pretendía impedir que España, que se incorporaba en enero de 1989 a la Unión Europea, resultara una entrada fácil de inmigración ilegal con destino a Alemania y demás países del centro de Europa, que había cerrado drásticamente sus fronteras a partir de la crisis del petróleo de 1973”. AJA FERNÁNDEZ, E., “La política migratoria del Estado en el marco de las Comunidades autónomas”, en AJA, E.; ROIG, E.; y MONTILLA, J.A., (Coords.) *Las Comunidades Autónomas y la Inmigración*. Valencia, Tirant lo Blanch, novedades de derecho público, núm. 9, 2006, p.157.

<sup>193</sup> IZQUIERDO, A., y FERNÁNDEZ, B., “La gestión política de la inmigración en España 2000.2008”, en NAVARRO, V (Dir.) *La situación Social en España III*. Madrid, Biblioteca Nueva, 2009, p.292.

adoptados en campo jurisprudencial. En este contexto son los pronunciamientos tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo los que durante más de una década vienen a suplir las carencias de la normativa estatal. El punto de partida es la construcción nacida de la sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre, concretamente, la denominada Teoría tripartita de derechos. En este pronunciamiento el Tribunal señala en primer término que *“cuando el art. 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a «los españoles». 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”*. Seguidamente matiza esta afirmación al señalar que la igualdad jurídica de los inmigrantes ha de interpretarse conforme el art. 13 CE y a partir de este precepto construye una triple categoría de derechos. La primera categoría se predica de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE) y declara la equiparación. La segunda categoría recae sobre los derechos derivados del art. 23 CE; derechos predicables de los ciudadanos, y sobre los cuales no hay equiparación con los españoles. Y, por último, el resto de derechos que dependerán de lo que se establezca en los Tratados y leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto de los nacionales<sup>194</sup>.

Por lo que se refiere a la propia configuración de los derechos, el Tribunal afirma que *“todos los derechos de los extranjeros, en cuanto a su contenido son de configuración legal”*. Posteriormente en STC 115/87, de 7 de julio, enfatiza en las limitaciones al legislador, en la regulación de los derechos constitucionales de los extranjeros, aplicando plenamente la garantía del contenido esencial, incluso en los casos en que pudiera creerse que el legislador está legitimado para configurar un régimen distinto para los inmigrantes: en referencia a los derechos de reunión y manifestación (e idénticamente después para la asociación y tutela judicial). A partir de la STC 94/1993, el Tribunal afirma que los extranjeros son titulares prácticamente de todos los derechos fundamentales, salvo el 23. No obstante, los Tratados y la ley pueden introducir algunas limitaciones. A partir de este momento la labor del Tribunal se

---

<sup>194</sup> Una posición muy similar en la doctrina italiana es la sostenida por Mortati “tre sono le situazioni prospettabili nei confronti dello straniero: di assoluta esclusione di quei diritti per loro stessa natura inerenti alla qualità di cittadino de, in modo tipico, di tutti i diritti politici (activae civitatis); di necessario riconoscimento in condizioni di parità con i cittadini, degli altri che riguardano la tutela delle esigenze essenziali alla condizione umana e pertanto di quelli di cui gli art. 13, 14, 15, 19, 21/1, 32, 33); di discrezionale attribuzione dei residui diritti, con quelle limitazioni le quali possano rendersi necessarie a tutela della sicurezza o del buon costume”. MORTATI, C., *Istituzioni di diritto pubblico* vol. III. Padova, Cedam, 1976, p.1154.



centra en realizar un estudio individualizado de los derechos de los extranjeros teniendo como eje de interpretación las tres categorías de derechos y en especial las limitaciones a los mismos<sup>195</sup>.

La STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, es probablemente el siguiente pronunciamiento donde el Tribunal retoma en su conjunto el análisis sobre el alcance constitucional del estatuto jurídico del inmigrante. Esta sentencia resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Concretamente el Parlamento autonómico sostiene la inconstitucionalidad de diversos preceptos de la primera reforma a la LODYLE (Ley Orgánica 8/2000) a través de la cual el legislador restringía tanto la titularidad como el disfrute de derechos como: el derecho de reunión, el derecho de asociación, el derecho a la educación, el derecho de sindicación, el derecho a la reagrupación familiar, la asistencia jurídica gratuita y el procedimiento de expulsión y retorno.

La argumentación del Tribunal, pese a los cambios tanto sociológicos como jurídicos acaecidos sobre la inmigración, continúa girando sobre la teoría tripartita de los derechos y si bien, en esta ocasión, profundiza sobre los límites de la potestad legislativa, véase el punto 4.3 de apartado I del presente capítulo, el juicio al que acude el Tribunal para juzgar la constitucionalidad de los derechos concretos impugnados, educación, asociación, sindicación, entre otros, continúa girando sobre la conexión de la dignidad humana con el derecho en cuestión.

---

<sup>195</sup> La lista de derechos vinculados con la dignidad humana y por tanto reconocidos a los extranjeros se ha venido ampliando paulatinamente incluyendo los derechos a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985); la libertad personal (STC 115/1987), el derecho a no sufrir discriminación por cualquier tipo de circunstancias personal o social (STC 137/2000) y el derecho a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003). En cuanto a los derechos de configuración legal el Tribunal ha incluido la libertad de circulación y el resto de derechos derivados del art. 19 CE (STC 94/1993 y 72/2005), el derecho al trabajo (STC 107/1984), el derecho a la salud (STC 95/2000) y el derecho a recibir prestaciones por desempleo (STC 130/1995), y también con matizaciones el derechos de residencia y desplazamiento en España (STC 94/1993, 242/1994; 24/2000). Clasificación extraña de GONZALEZ BEILFUSS, M., “El paper de la jurisprudencia constitucional en el desenvolupament del dret públic de la immigració”, en *Revista Catalana de Dret Públic* núm. 40, 2010, p.209 y 211-212. A mayor profundidad sobre la doctrinal del Tribunal Constitucional en materia de derechos y libertades de los extranjeros, véase, AJA FERNÁNDEZ, E., “Veinte años de doctrina del Tribunal Constitucional sobre derechos de los inmigrantes”, en *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Rubio Llorente*, Vol.1. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 439-459; GONZÁLEZ BEIFUS M., “El paper de a jurisprudència ... op.cit., p. 203-222.

Para el Tribunal, al margen del art. 23 CE, los derechos de los extranjeros se dividen, por una parte, en aquellos vinculados a la dignidad humana que deben reconocerse a todas las personas con independencia de su nacionalidad y, por otra, en aquellos derechos no vinculados a la dignidad humana y que son libre disposición del legislador. Sobre estos últimos el elemento extranjería puede entrar a condicionar el ejercicio del mismo *“el legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español”*.

Bajo esta interpretación, uno de los problemas de la interpretación del Tribunal son los términos hasta cierto punto confusos en que se introducen los límites al legislador predicándolos sólo de los derechos de configuración legal y se deja de lado el análisis sobre el papel que juega el elemento “extranjero” o “no nacional” en relación a los límites de los derechos. Por otra parte, si bien el Tribunal señala que *“las condiciones de ejercicio que establezca respecto de los derechos y libertades de los extranjeros en España sólo sean constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE) se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida”*;

La teoría tripartita de los derechos resultó útil y necesaria para un momento en que la legislación de extranjería poco señalaba al respecto y cuando la discrecionalidad administrativa era uno de los elementos que caracterizaba el estatuto jurídico del inmigrante. La doctrina sobre la *‘no desconstitucionalización del estatuto del inmigrante’* constituyó uno de los parámetros más contribuyeron a la definición del régimen de derechos y libertades de los mismos. Sin embargo, el cambio producido tanto desde el punto de vista normativo como de la propia transformación social del fenómeno cuestiona el mantenimiento de dicha doctrina o al menos su utilidad.

En primer lugar, el vacío legal existente ha sido ampliamente colmado por la LODYLE que desarrolla de forma sistemática y completa, con mayor o menor éxito, el estatuto jurídico del inmigrante. Esta norma a diferencia de la legislación que le precede reconoce por primera vez el fenómeno migratorio en su totalidad y regula tanto la titularidad y el acceso a cada uno de

los derechos, como el alcance y la aplicación del principio de igualdad y no discriminación. Bajo el prisma de la LODYLE la discusión, en gran parte, se traslada de la titularidad hacia los límites de los derechos. No se discute ya la capacidad del extranjero que reside legalmente de constituirse como sujeto activo de derechos. De hecho, a excepción del derecho al voto no hay un sólo derecho que se niegue. Con ello, el debate se centra en aspectos como el papel que juega el estatus de residente, los derechos que se reconocen al inmigrante en situación irregular, las exigencias que legítimamente pueden solicitarse al inmigrante en aras de la integración o la introducción de requisitos como pueden ser años previos de residencia para el disfrute de un derecho. Todos estos aspectos escapan del alcance de la teoría tripartita.

En segundo lugar, tal y como se evidencia tras acudir a las amplias aportaciones doctrinales, la teoría se fundamenta sobre presupuestos que resultan de difícil encaje a las actuales dimensiones sociales y jurídicas de la inmigración. Así, la uniformidad del término extranjero omite el alcance de la categoría inmigrante y equipara dos conceptos cuyas diferencias son más que relevantes a la hora de analizar la titularidad y el ejercicio de los derechos<sup>196</sup>. Tampoco responde a los diferentes estatutos creados por la LODYLE<sup>197</sup> y por el Derecho Comunitario, ordenamiento que ha intensificado la tendencia al estatuto escalonado. Cabe recordar también que el Tribunal Europeo de Derecho Humanos ha construido una abundante jurisprudencia relativa al derecho a la vida familiar del cual derivan protecciones tan importantes como el derecho a permanecer en un Estado pese a la existencia de una orden de expulsión<sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> Para el profesor Aja “la necesidad de diferenciar entre el estatus del inmigrante y del extranjero deriva del hecho que el inmigrante tiene una vocación de perdurabilidad en el Estado de acogida y desarrollara su vida en éste”. (...), “entre el estatuto jurídico del extranjero y del inmigrante hay puntos en común (esencialmente los derechos fundamentales que corresponden a la dignidad de la persona), pero reducir a éstos los que corresponden a los inmigrantes es una simpleza, aunque haya sido la primera doctrina del TC”. En AJA FERNÁNDEZ, E., “La política migratoria del Estado como marco de la actividad de las CCAA”... op. cit., p. 176-177. En el mismo sentido, LÁZARO GÓMEZ, I., “Noción de extranjero. Diferentes situaciones de extranjería. Normativa de extranjería”, en ADROHER BIOSCA, S., y CHARRO BAENA, P., (Coord.) *La inmigración. Derecho Español e Internacional*. Barcelona, Bosch, 1995, p.22; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: La dialéctica universalidad/ciudadanía”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006, p.254.

<sup>197</sup> La LODYLE crea un régimen diferenciado entre extranjeros en situación administrativa regular o irregular al punto que, en la actualidad muchas de las discusiones sobre el principio de igualdad se plantean no ya en términos de españoles/no españoles, sino entre inmigrantes en situación regular e inmigrantes en situación irregular. Asimismo, se encuentra la figura del arraigo permite la posibilidad de regularización individual del inmigrante, el inmigrante empadronado, el cuál puede acceder a derechos como la sanidad básica, la educación y los servicios sociales básicos; la minoría de edad es otra categoría que permite el acceso a determinados derechos y amplia el nivel de protección que debe tener la administración a la hora de aplicar el estatuto migratorio.

<sup>198</sup> Así el Derecho comunitario ha elaborado nuevas categorías jurídicas, como el residente familiar de comunitario o el residente de larga duración, que se insertan, en las ya existes, categorías internas. Véase, MANGAS MARTÍN, A., “La familia extranjera del ciudadano de la Unión: una inmigración privilegiada”, en

En tercer lugar, la difusa concepción de la dignidad humana genera problemas cuando se introduce como una categoría jurídica que atribuye, pero sobretodo que niega la titularidad de un derecho<sup>199</sup>. Finalmente, también se ha señalado las dificultades que conlleva el término “derechos de configuración legal”, como otro de los elementos llevan a cuestionar la (in) conveniencia de interpretar el estatuto jurídico bajo la teoría tripartita de derechos<sup>200</sup>.

La huella de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tal y como concluye el profesor González Beilfuss, ha sido mucho más útil e importante a la hora de dar solución a los supuestos concretos, es decir en la interpretación individual de cada derecho y de cada libertad, que en la creación de una doctrina general donde se defina con claridad el estatuto constitucional de los inmigrantes<sup>201</sup>. Sin embargo, la carencia de un marco constitucional sobre los derechos de los inmigrantes trae como resultado un estatuto que se modifica en función de las mayorías parlamentarias y de la precepción social del fenómeno migratorio.

---

ÁLVAREZ CONDE y PÉREZ MARTÍN, E., *Estudios sobre Derecho de Extranjería*. Madrid, Instituto de Derecho Público Universidad Juan Carlos III, 2005, p. 325-344; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P., *Derecho Comunitario de la inmigración*. Barcelona, Atelier, 2006. Cap V. o, OLESTI RAYO, A., “El estatuto de los residentes de larga duración: comentario a la Directiva del Consejo 2003/109 de 25 de noviembre de 2003”, en *Revista Electrónica de Derecho Comunitario*, núm.4, 2004. Sobre la jurisprudencia del TEDH *Asunto Berrehab c. Países Bajos*, de 21 de junio de 1988. Sobre la configuración y alcance del derecho a la vida familiar de los extranjeros ver, SANTOLAYA MACHETTI, P., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*. Valencia, Tirant lo Blanch- Instituto de Derecho Público, 2004; BOUZA D., *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Cádiz, Universidad de Cádiz, 2007.

<sup>199</sup> ROIG MOLÉS, E., “Los derechos de los extranjeros. Titularidad y límites”, en REVENGA, M., (Coord.) *Problemas constitucionales de la Inmigración: Una visión desde Italia y España*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p.598 y ss.

<sup>200</sup> Sintetiza muy bien los problemas interpretativos el profesor Roig, para quien la teoría tripartita del TC resulta inadecuada por varias razones. La primera hace referencia a que, la decisión resultante de la ley o la jurisprudencia en la práctica es poco eficaz, por cuanto no obedece a la razón real de las diferencias existentes en la práctica legislativa y administrativa (extranjero en situación regular o irregular, arraigado o no, en España o fuera de ella y extranjero o nacional). Sólo en el ámbito del desarrollo legislativo del contenido esencial del derecho, que en todo caso esta garantizado al extranjero, sigue el Tribunal proyectando la tripartición, pero sin que en ningún caso haya debido platearse si la regulación legal... En segundo lugar, para el autor, la distinción entre derechos de la persona y derechos del ciudadano, parece difícil trasladar sin más a los actuales preceptos constitucionales, y que en cualquier caso ofrece pocos y ambiguos asideros para una clara definición ¿El derecho a la educación, es un derecho de ciudadanía limitable por el legislador de modo diferenciado para los extranjeros o es más bien un derecho de la persona vinculado al libre desarrollo de la misma?. Por último, la referencia a la distinción entre derechos fundamentales y libertades públicas, nacida en los votos particulares a la Sentencia 155/87, plantea problemas no sólo de la delimitación de cada uno de éstos grupos, sino también las consecuencias de la clasificación son oscuras, por cuanto la distinción sigue estando prisionera de la afirmación inicial del tribunal Constitucional según la cual pueden producirse limitaciones especiales para el ejercicio de los derechos por parte de los extranjeros en el ámbito de la “segunda categoría” de derechos más alejados del valor de la dignidad de la persona, de manera que el debate sobre la legitimidad de una concreta restricción o exclusión en estos ámbitos se plantea en torno a si se trata de una privación de la titularidad o del ejercicio de un determinado derecho. ROIG MOLÉS, E., “Los derechos de los extranjeros.... op. cit., p. 598 y ss. Cuestionan también la utilidad de la jurisprudencia del Tribunal GONZÁLEZ BEILFUSS, M., “El papel de la jurisprudencia ... op. cit., 203-222; VIDAL FUERO, C., *Constitución y Extranjería* ...op.cit.,

<sup>201</sup> GONZÁLEZ BEILFUSS, M., “El papel de la jurisprudencia ... op. cit., p.218.



## 2. La Constitución Italiana de 1948 y la teoría del *diritti inviolabili della personalità* de la *Corte Costituzionale Italiana*

La Constitución Italiana regula la posición del extranjero en términos muy similares al texto español dedicando tan sólo un precepto. De acuerdo con el art. 10.2 CI: “*La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali*”. Las razones de una regulación del estatuto jurídico del inmigrante muy escueta y remitida a normas externas al texto constitucional se deben, en gran medida, a que en el momento de elaboración del texto constitucional el fenómeno que el constituyente italiano tenía en mente era la emigración. Tal y como indica la profesora Corsi “*questa norma è ben lontana dal risolvere le questioni relative alla posizione dello straniero nel nostro ordinamento: non è chiaro l’ambito di applicabilità di questa disposizione rispetto ad altri principi fondamentali, quali quelli sanciti negli artt. 2 e 3, e rispetto alle disposizioni contenute nella prima parte della costituzione*”<sup>202</sup>

El resultado de la deficiente respuesta constitucional ha sido el intento por parte de la *Corte Costituzionale* de construir la posición jurídica del no nacional a partir de la extensión de los preceptos referidos a la titularidad y alcance de los derechos fundamentales para los ciudadanos nacionales. En consecuencia la discusión en el ordenamiento jurídico italiano, en gran medida presente también en el ordenamiento español, gira sobre los términos en que debe aplicarse el art. 2 CI a los no nacionales “*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”; y sobre el papel que debe jugar la nacionalidad como elemento válido para fijar unas condiciones distintas en el ejercicio del derechos. En otras palabras, los términos en que el principio de igualdad y no discriminación previsto en el art. 3 CI se aplica también a los extranjeros “*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*”.

La *Corte Costituzionale* ha optado por realizar una interpretación conjunta entre el art. 2 CI y el art. 10.2 CI señalando que los derechos fundamentales garantizados por el art. 2 CI y los

---

<sup>202</sup> CORSI, C., *Lo Stato e lo straniero*. Padova, Cedam, 2001, p.66.



derechos provenientes de los actos internacionales relativos a los derechos del hombre son aplicables también a los extranjeros. En la *sentenza* n.120 de 1964, uno de sus primeros pronunciamientos, señaló que el art. 3 CI no debe ser considerado de manera asilada, sino en conexión con el art. 2 y el art. 10.2 CI. A consideración de la Corte los no nacionales son titulares de los derechos fundamentales y por lo tanto al legislador le está prohibido fijar un estatuto diferenciado “*se è vero che l’art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattarsi di rispettare quei diritti fondamentali*”.

Esta afirmación se matizará dos años más tarde cuando, en la *sentenza* n.104 de 1969, se especifique que no todos los derechos fundamentales se reconocen al extranjero, sino sólo *i diritti inviolabili della personalità* que representan una parte de los derechos de libertad reconocidos al ciudadano. La titularidad de estos derechos se reconoce tanto al extranjero como la ciudadano en una misma posición de igualdad<sup>203</sup>. Respecto del resto de *diritti di libertà* (no vinculados a la inviolabilidad de la persona), el *giudice della legge* distingue entre titularidad y ejercicio del derecho, indicando que la igualdad de la titularidad no excluye la posibilidad de introducir diferencias razonables en el ejercicio. Concretamente se señala que “*La titolarità di quei diritti, comuni al cittadino e dallo straniero nell’ambito di quella sfera, non può non importare, entro la stessa, una loro posizione di eguaglianza*”, continúa la argumentación de la Corte indicando que “*La riconosciuta eguaglianza di situazioni soggettive nel campo della titolarità dei diritti di libertà non esclude affatto che, nelle situazioni concrete, non possano presentarsi, fra soggetti uguali, differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, la quale non trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento*”<sup>204</sup>.

La Corte se posiciona hacia la apertura al reconocimiento a los extranjeros de la titularidad de los derechos fundamentales, así como la aplicabilidad del principio de igualdad también a los no ciudadanos, superando la interpretación literal *i cittadini* del art. 3 CI. Sin embargo, la

---

<sup>203</sup> Específicamente “*essendo ovvio che, per quanto attiene ai diritti inviolabili della personalità, che rappresentano un minus rispetto alla somma dei diritti di libertà riconosciuti al cittadino, la titolarità di quei diritti, comune al cittadino e allo straniero nell’ambito di quella sfera, non può non importare, entro la stessa, una loro posizione di eguaglianza*” (FJ.4).

<sup>204</sup> Sobre la jurisprudencia de la Corte Costituzionale véase., BASCHERINI G., *Immigrazione e diritti fondamentali*. Napoli, Jovene Editore, 2007, p. 210-130. MAGNANENSI S., PASSAGLIA P., RISPOL E., (a cura di) *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario*, Quaderno predisposto in occasione dell’incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Madrid, 25 - 26 settembre 2008.

garantía del principio de igualdad parece limitarse a la tutela de los derechos fundamentales, asomando la posibilidad que en otras situaciones esto no opere<sup>205</sup>.

Tal y como ha descrito la doctrina las dificultades que plantea la posición de la *Corte Costituzionale* son varias. Por una parte, se encuentra el problema de dar una aplicación práctica al criterio interpretativo entre situaciones jurídicas subjetivas definibles como “derechos fundamentales” y aquellas que no lo son: el rango de los derechos fundamentales tiende de hecho a ampliarse o a restringirse según el punto de vista del intérprete, condicionado en su juicio por un gran número de factores de orden histórico, social y cultural. Por otra parte, la distinción entre “derechos fundamentales” y “no derechos fundamentales” omite la disparidad de trato entre ciudadano y no ciudadano existente en el ordenamiento jurídico y a la práctica en presencia de un derecho fundamental la posición jurídica del extranjero puede no equipararse a la del ciudadano<sup>206</sup>.

Cuniberti señala al respecto que basta pensar en la imposibilidad de aplicar este criterio al ámbito de los derechos políticos, de los cuales no se puede negar la calificación de “derechos fundamentales”. Sin embargo, son derechos que continúan considerándose como dependientes de la nacionalidad. Además, bajo la distinción de la Corte italiana acaba admitiéndose entonces la posibilidad de introducir diferencias no razonables, en otras palabras discriminatorias, sobre aquellos derechos no fundamentales, donde el legislador tiene plena libertad de configuración<sup>207</sup>.

Tanto la *Corte Costituzionale Italiana* como el Tribunal Constitucional han optado por configurar la titularidad de los derechos de los extranjeros a través de la vinculación de éstos con categorías como son los derechos inviolables de la persona o la dignidad humana y, entonces, extenderles el principio de igualdad y no discriminación. Junto con la dificultad que conlleva elegir que derechos y que libertades forman parte de cada una de las categorías, se deja en manos del legislador la libre configuración de aquellos derechos no vinculados a las categorías generales. En este sentido, a la hora de analizar un derecho en concreto ambos tribunales han tenido que renunciar a las categorías generales. Así, la Corte italiana en la *sentenza* n.432 de 2005 sobre el derecho a la sanidad admitió la posibilidad de limitarlo pese a

<sup>205</sup> CORSI, C., *Lo Stato e lo straniero ...* op.cit., p.78

<sup>206</sup> CUNIBERTI, M., *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*. Padova, Cedam, 1997, p.162-168

<sup>207</sup> *Ibid.*, p.162-168.

configurarse como un derecho de naturaleza fundamental y por lo tanto extensibles a todos los extranjeros en las mismas condiciones que los nacionales<sup>208</sup>. En cuanto al Tribunal Constitucional español el derecho de asociación, art. 22 CE, se cataloga como un derecho vinculado a la dignidad humana pero sobre el cual el margen de libertad que tiene el legislador orgánico es mayor cuando los titulares del derecho son los extranjeros.

Dada la dificultad que tiene vincular o desvincular el derecho a los servicios sociales a la dignidad humana o a los derechos inviolables de la personalidad, y al no existir una sentencia del Tribunal Constitucional sobre el acceso a los servicios sociales, se renuncia a analizar el art. 14.2 y 14.3 LODYLE bajo el enfoque de la teoría tripartida de derechos del Tribunal Constitucional Español o bien bajo el enfoque de la división de la *Corte Costituzionale* entre *diritti inviolabili della personalità* y *diritti di libertà* descrita en la *sentenza* n.104 de 1969. En este contexto se procede a estudiar un nuevo criterio para el reconocimiento del derecho y de los condicionamientos que en virtud del estatus migratorio puede introducir el legislador.

### 3. Propuestas doctrinales sobre la interpretación de los derechos de los inmigrantes

La doctrina internacionalista consagra el llamado “estándar mínimo internacional”. Bajo este presupuesto, los Estados gozan de un margen de discrecionalidad a la hora de regular los derechos y libertades de los inmigrantes, no obstante dicho margen tiene como límite los derechos reconocidos por el Derecho Internacional sobre Derechos Humanos<sup>209</sup>. El estándar mínimo desempeña una doble función. Por una parte, actúa positivamente sobre las legislaciones de los Estados inspirando su regulación en la condición jurídica de los extranjeros, para que se ajuste a ese mínimo. Por otra parte, opera negativamente contra el ordenamiento que no lo respeta. La violación del estándar mínimo faculta a cualquier Estado a exigir responsabilidad internacional, a través del ejercicio de la protección diplomática, al país que lo atacó<sup>210</sup>. Como acertadamente señala el profesor Bonet, el problema esencial planteado por este estándar mínimo internacional es la delimitación de su objeto, esto es: la

<sup>208</sup> Sólo bajo este parámetro se entiende que se puedan limitar derechos, que previamente la Corte ha clasificado *diritti inviolabili della personalità* como la sanidad, en función del estatuto migratorio. Asimismo, el profesor Cuniberti señala que “la Corte costituzionale sembra ricorrere allo schema del controllo di “ragionevolezza” al fine di valutare le differenziazioni operate in materia dal legislatore in materia di soggiorno dello “straniero”, senza attribuire troppa rilevanza alla distinzione (pure enunciata in linea di principio) tra “diritti inviolabili” e altre situazioni giuridiche soggettive”. *Ibid.*, p.289

<sup>209</sup> JIMÉNEZ PIERNAS, C., “Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, en *Mes a Mes Social*, núm. 61. p.2.

<sup>210</sup> LÁZARO GÓMEZ, I., “Noción de extranjero. Diferentes situaciones de extranjería ... op.cit., p. 31-32

determinación del catálogo de derechos y libertades que comprende este trato mínimo que toda persona de nacionalidad extranjera debería recibir<sup>211</sup>.

Bajo la categoría del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de un análisis conjunto de los distintos textos y cartas internacionales pueden inferirse de sus coincidencias, a juicio del profesor, algunas características comunes en el tratamiento jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros. En primer lugar, se predica la igualdad de derechos y la no discriminación entre nacionales y extranjeros, aunque, sin perjuicio de la progresiva tendencia a la igualación de estándares, la equiparación resultante es todavía restringida<sup>212</sup>. En segundo lugar, no es reconocido a los extranjeros el derecho a entrar y residir en un Estado distinto del de su nacionalidad; lo cual no quiere decir que la discrecionalidad del Estado no esté expuesta a ciertos límites. En tercer lugar, a través de las excepciones que, bajo ciertas condiciones, se permite adoptar a los Estados respecto a ciertos derechos y libertades, es posible introducir distinciones de trato en su goce y disfrute entre nacionales y extranjeros así como entre extranjeros entre sí, siempre que las diferencias introductorias sean razonables, objetivas y proporcionales y, por consiguiente, no constitutivas de un acto discriminatorio. En cuarto lugar, las decisiones de extradición y expulsión han de someterse a unas mínimas garantías jurídicas. Finalmente, los Estados adquieren obligaciones jurídicas respecto a la protección de los extranjeros contra la discriminación y la xenofobia: perspectiva que refuerza la aplicabilidad de la Convención internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación. En últimas, este derecho tiende a fijar unos límites elementales a la discrecionalidad de las políticas migratorias estatales, sin perjuicio que la gestión de flujos pueda recibir en el ámbito regional un impulso marcado por la generación de espacios propios de cooperación<sup>213</sup>.

Pese a la indeterminación del objeto del denominado estándar mínimo, es posible extraer conclusiones de la propia práctica internacional y entender que forman parte del mismo los

---

<sup>211</sup> BONET i PÉREZ, J., *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes*. Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, p.17.

<sup>212</sup> Si respecto a una gran mayoría de derechos y libertades se considera que todo ser humano es titular en pie de igualdad- por ejemplo del derecho a la vida o la prohibición del tortura o prácticas análogas-, algunos derechos y libertades son reservados a los nacionales del Estado- por ejemplo el derecho a la participación en los asuntos públicos-y, respecto a otros, se autoriza al Estado introducir restricciones legítimas que se sustenten en la distinción entre nacionales y extranjeros, e incluso entre extranjeros entre sí -en virtud, entre otros motivos, de su diferente situación regular o irregular. BONET i PÉREZ, J., "Los convenios internacionales aplicables a la regulación jurídica de las migraciones y del régimen jurídico de extranjería", en BALADO RUÍZ-GALLEGOS, M., *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el Siglo XXI*. Barcelona, Bosch, 2008, p.736-737.

<sup>213</sup> Idem, p.737-752.

siguientes derechos: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y, por tanto, de su capacidad jurídica para actuar en el ámbito privado; el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica; una amplia esfera de libertades individuales que le protegerían de la detención arbitraria, de las intromisiones ilegítimas tanto en su intimidad como en su domicilio y en sus comunicaciones; así como la libertad de conciencia y religión; el derecho a la propiedad privada y la realización de actividades económicas; el derecho a la protección administrativa contra actos lesivos; así como el derecho de acceso a la justicia<sup>214</sup>.

Otras posturas parten de una interpretación amplia que defiende la configuración de una ciudadanía cosmopolita que permite extender la condición de ciudadano a personas que no se encuentran vinculadas a los Estados por la nacionalidad, ni siquiera por la residencia o por la condición de trabajador<sup>215</sup>. Ahora bien, resulta más concreta la aportación del profesor Pisarello quien, partiendo del carácter independiente e íntegro de los derechos, configura una ciudadanía global de residencia basada en la existencia de fronteras porosas y en el principio según el cual, en materia de derechos, los que habitan en ese lugar, son de ese lugar. Para él, la ciudadanía global no supone renunciar sin más a todos los controles públicos sobre las fronteras. Sin embargo, este control tiene como límite los derechos fundamentales, en especial cuando afecta a personas cuyas vidas peligran o se encuentran en situación de vulnerabilidad. Por una parte, plantea la reconfiguración del derecho a la libre circulación basada en una política de fronteras porosas, al menos en el corto plazo, permitiendo el otorgamiento de visados para la búsqueda de trabajos flexiblemente definidos y de permisos de residencia que acojan a quienes tengan vínculos sociales en los países de recepción. Por otra parte, una ciudadanía de residencia no tendría porque suponer la vigencia inmediata de todos los derechos, pues dependería del tiempo de permanencia o grado de arraigo en la comunidad de recepción<sup>216</sup>.

Para el profesor el debate de fondo en materia de derechos sociales no consiste en la negación directa de la titularidad a los extranjeros. Por el contrario, los residentes legales gozan al menos formalmente, de un reconocimiento de derechos bastante avanzado en relación con el resto de la legislación europea. Lo que ocurre es que el acceso a la condición de residencia

---

<sup>214</sup> BONET PÉREZ, J., *Las políticas migratorias ... op. cit.*, p.17.

<sup>215</sup> DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras, derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*. Madrid, Temas de hoy, 1994, p129-130.

<sup>216</sup> PISARELLO, G., "Los derechos sociales de la población inmigrada: razones para una comunidad inclusiva y plural", en *Sur o no sur. Los derechos sociales de las personas inmigradas*. Barcelona, Icaria, 2006, p. 52-59.



legal se ha reducido notablemente, al punto de que los impedimentos en el ejercicio de los derechos se convierten en una vía frontal para vaciar la titularidad<sup>217</sup>. Bajo esta misma perspectiva para Maestro Buelga el problema de los extranjeros en España se ha planteado, desde la perspectiva constitucional, fundamentalmente con relación a las exigencias de regularidad administrativa como requisito para el disfrute de los mismos. La visión laboralista de la inmigración acentúa el reconocimiento en función de su situación administrativa y si bien es cierto que bajo la teoría del Tribunal Constitucional se niega la desconstitucionalización de los derechos de los inmigrantes la doble configuración legal, tanto de los principios rectores como de los derechos de los extranjeros, acaba desconstitucionalizado, porque en ambas situaciones la normatividad constitucional se expresa de forma especialmente débil<sup>218</sup>

En opinión de la profesora Vidal, la titularidad y el ejercicio de los derechos de los extranjeros debe partir de una interpretación sistemática de la Constitución, donde la titularidad subjetiva de los derechos se extrae de cada uno de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales. Estos derechos han de ser comprendidos atendiendo no tanto a su tenor literal sino al conjunto de los valores constitucionales y a los contenidos de los Tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España, tal y como exige el art. 10.2 CE. A juicio de la autora *“(...) no basta la formulación terminológica de la Constitución (...) para deducir de dichos términos la delimitación subjetiva del derecho, sino que tal formulación habrá de interpretarse atendiendo a criterios sistemáticos y teleológicos, esto es, habrá de confrontarse con los requerimientos de los valores y principios constitucionales y con los contenidos de los tratados internacionales. De este modo, aunque la Constitución en una regla concreta se refiera a los españoles, sólo autoriza a aceptar su literalidad en la determinación de los sujetos del derecho cuando ello no colisione frontalmente con los valores constitucionales, o no se encuentre manifiestamente contradicho por las declaraciones de derechos contenidas en los tratados internacionales suscritos por España, que son una fuente de interpretación de primera magnitud, frente a la que no cabe oponer el simple argumento de la literalidad”*<sup>219</sup>

<sup>217</sup> PISARELLO, G., “Derechos, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalísimo a una interpretación sistemática y evolutiva”, en AÑÓN, M.J., *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p.82

<sup>218</sup> MAESTRO BUELGA, G., “Los derechos sociales de los emigrantes”, en *Revista catalana de dret públic* núm. 40, 2010, p.55-69.

<sup>219</sup> VIDAL FUERO, C., *Constitución y Extranjería ... op.cit.*, p.70.

La autora argumenta que del Título primero de la Constitución se puede deducir un conjunto de derechos cuya titularidad no viene condicionada por la nacionalidad. A su entender la fuente de dichos derechos está, al igual que para los españoles, en los preceptos del Título primero. Sobre este conjunto de derechos la remisión a los Tratados internacionales y a la ley del art. 13.1 CE resulta redundante, dado que las modulaciones que posteriormente puede introducir el legislador y la interpretación del principio de igualdad y no discriminación estarán regidos por el art. 53.1 CE y art. 14 CE, respectivamente<sup>220</sup>.

Bajo esta interpretación la función del art. 13.1 CE está, entonces, relacionada con aquellos derechos cuya titularidad no puede atribuirse directamente del Título I. Sobre este otro conjunto de derechos, el art. 13.1 CE constituye una habilitación al Estado para mediante el tratado y la ley, y desde una plena libertad de configuración, extender a los extranjeros - o a un determinado grupo de extranjeros-, derechos fundamentales que el texto constitucional sólo reconoce a los españoles, pero no prohíbe expresamente a los no nacionales. Estos derechos no van a tener un mero valor infraconstitucional, sino que pasan a ser derechos con la eficacia y la tutela de los derechos fundamentales aunque, al no resultar indisponibles para el legislador, no pueden llamarse propiamente fundamentales<sup>221</sup>

Bajo esta interpretación, la igualdad de los derechos y libertades de los extranjeros se plantea de la siguiente forma:

- a. Derechos fundamentales que la Constitución reconoce a todas las personas: la titularidad y el ejercicio de estos derechos se extiende tanto a los extranjeros que hayan entrado legalmente en España, como a los que se encuentren en una situación jurídica irregular desde un punto de vista administrativo. Cosa distinta serán las posibles modulaciones que para su ejercicio pueda introducir el legislador en aquellos casos en los que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 14 CE, exista una justificación objetiva y razonable. En estos supuestos el juicio de razonabilidad se torna más riguroso, y el legislador necesitará una mayor fundamentación de la objetividad y razonabilidad de la distinción si introduce la extranjería como factor diferencial en el contenido de la norma. Para este conjunto de derechos la introducción de la

---

<sup>220</sup> Ibid., p.70-71.

<sup>221</sup> Ibid., p.71.

nacionalidad como elemento de diferenciación implicará el sometimiento a la norma a un *strict scrutiny*, es decir, a un análisis más estricto del juicio de razonabilidad<sup>222</sup>.

- b. Derechos que la Constitución reconoce a los españoles y a los extranjeros que se encuentren legalmente en España. Se trata de un grupo de derechos que por su propia naturaleza requieren como presupuesto habilitante para poder ser extendidos a los extranjeros la entrada y permanencia legal en el país<sup>223</sup>.
- c. Derechos reconocidos en la Constitución exclusivamente a favor de los españoles y con exclusión expresa de los extranjeros<sup>224</sup>.
- d. Derechos reconocidos en la Constitución exclusivamente a favor de los españoles, y de cuya titularidad sólo en el caso en que los Tratados (ex art. 13.1 CE) y la ley así lo dispongan. Sobre estos derechos existió plena libertad de configuración para el legislador para extenderlos con las modulaciones que crea oportunas. De suerte que un derecho fundamental inicialmente no reconocido para los extranjeros se convierte tras la mediación de la ley o del Tratado, y en los términos que ellos establezcan, en derecho de los no nacionales. Estos derechos van a contar con la eficacia y la tutela propia de los derechos fundamentales; pero, al ser disponibles para el legislador, no pueden llamarse propiamente fundamentales, conforme con el art. 13.1 CE la ley y los Tratados, existe una plena libertad<sup>225</sup>.

Sin ánimo de entrar en un análisis más detallado la profesora Vidal extrae su tesis partiendo de una interpretación de los arts. 13 CE y 10.2 CE en los siguientes términos. En primer lugar, parte de una interpretación amplia de la expresión libertades públicas del art. 13 CE, que incluye la totalidad de los derechos fundamentales y, por lo tanto, todos los derechos son aptos de ser reconocidos por la ley o por los Tratados. En segundo lugar, la referencia a los

<sup>222</sup> Estos derechos conforme serían: vida e integridad física y moral; libertad ideológica y religiosa, derecho a la libertad y a la seguridad personal; derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; derecho a la inviolabilidad de domicilio y al secreto de las comunicaciones; libertad de expresión y derecho a recibir y transmitir información; los derechos de reunión y manifestación y el derecho a asociación; la tutela judicial efectiva así como los otros derechos procesales recogidos en el art. 24; derecho a la propiedad. Para los extranjeros que se hallen legalmente en España, el derecho a residir y circular libremente por el territorio español, derecho a la educación y a la libertad de enseñanza; derecho a la huelga y a la libertad sindical y derecho a contraer matrimonio. *Ibíd.*, p. 98 y ss.

<sup>223</sup> Formarían parte de estos derechos: los derechos a residir y circular libremente por el territorio español, el derecho a la educación y a la libertad de enseñanza, el derecho a la huelga y a la libertad sindical, y el derecho a contraer matrimonio. *Ibíd.*, p. 101.

<sup>224</sup> Los extranjeros nunca podrán gozar de los derechos recogidos en el art. 23 CE, salvo lo que atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el sufragio pasivo y activo en las elecciones municipales (art. 13.2 CE). *Ibíd.*, p. 101.

<sup>225</sup> Según la autora estos derechos serían: el derecho a libertad de entrada en el territorio español, el derecho al trabajo en su dimensión inicial de derecho a procurarse trabajo y poder trabajar, esto es como derecho de libertad y no de prestación; la libertad de empresa, o el libre ejercicio de profesión u oficio. *Ibíd.*, p. 107.

Tratados internacionales del art. 10.2 CE es servir como parámetro de interpretación de los derechos fundamentales. A partir de este precepto se puede deducir un elenco de derechos reconocidos a todas las personas independientemente de su nacionalidad; derechos que la Constitución reconoce a los nacionales y a los extranjeros que se encuentren legalmente en España; derechos reconocidos en la Constitución exclusivamente en favor de los españoles y derechos reconocidos en la Constitución exclusivamente en favor de los españoles, y cuya titularidad podrán gozar los extranjeros sólo en el caso de que los Tratados o la ley así lo dispongan. En tercer y último lugar, la tarea del legislador a la hora configurar los derechos y libertades de los extranjeros, que no se reconocen por vía del art. 10.2 CE, el legislador goza de una absoluta libertad de configuración, pero una vez han sido extendidos a los extranjeros gozan de la protección constitucional<sup>226</sup>.

En Italia la discusión doctrinal, aún no resuelta, gira en torno a la delimitación del precepto constitucional sobre el cual debe construirse el estatuto jurídico del extranjero. Para una parte de la doctrina el estatuto debe construirse a partir del art. 2 del texto italiano dando un sentido más amplio a la ciudadanía. Otra parte de la doctrina encuentra en el art. 10.2 CI una regulación expresa, en clave de remisión, a la regulación de los derechos de los extranjeros y entienden la ciudadanía como un hecho político predicable sólo de los nacionales.

Sobre la primera posición, D'Orazio sostiene que del art. 2 CI se deriva la existencia de un núcleo común de situaciones jurídicas subjetivas garantizadas a los extranjeros y, por lo tanto, de este artículo se deriva un mínimo común entre ciudadanos y extranjeros, en términos de igualdad con referencia a una cierta esfera jurídica que resulta de la especificación de los sucesivos preceptos constitucionales. A su entender, desde la perspectiva de los derechos humanos se extiende el reconocimiento "constitucional" de los derechos también a los extranjeros, salvo aquellos derechos donde las mismas disposiciones constitucionales les reservan solo a los ciudadanos. No obstante, tales derechos textualmente reservados a los ciudadanos no deben retenerse absolutamente excluidos al extranjero, en ausencia de cobertura constitucional. En virtud del art. 10.2 CI se puede extender tales derechos a los extranjeros. En este punto el debate se encuentra en los límites que tiene el legislador para extender la titularidad de un derecho que viene constitucionalmente limitado a los ciudadanos y por esto la atención debe centrarse sobre la naturaleza de las situaciones jurídicas y sobre las

---

<sup>226</sup> *Ibíd.*, p.67 y ss.

razones que pueden legítimamente justificar un tratamiento distinto en función de la posesión o la ausencia de la ciudadanía<sup>227</sup>.

En relación a la segunda posición Pace entiende la Constitución como un hecho político y en esta línea de principios se reserva sólo a los ciudadanos. Además el autor señala que “*la proclamazione dell’eguaglianza (art.3) riguarda formalmente i soli cittadini; e quindi la Costituzione medesima ammette che la cittadinanza possa giocare un ruolo diversificante nella disciplina delle situazione giuridiche soggettive*”. De acuerdo con el texto constitucional la condición jurídica del extranjero se encuentra remitida por el art. 10.2 CI a la ley ordinaria de conformidad con las normas y los Tratados internacionales. El art. 3 CI reserva a los ciudadanos el derecho a la igualdad y sería entonces admisible un trato diferenciado en materia de derechos fundado sobre la posición de la ciudadanía, aunque los extranjeros estarían tutelados por el principio de *razionalità/ragionevolezza*<sup>228</sup>.

#### **4 Análisis de la limitación de los derechos de los inmigrantes**

Desde este trabajo se entiende que el análisis del estatuto jurídico del inmigrante debe partir de los propios fundamentos de la estructura de los derechos y libertades y, en especial, al método de interpretación que resuelve los problemas sobre las limitaciones, de los poderes públicos, a los derechos y libertades de las personas, el llamado test de la proporcionalidad.

##### **4.1 El test de la proporcionalidad**

Tras la consagración de la supremacía de los textos constitucionales y la irrefutabilidad del carácter vinculante de los mismos, la preocupación del derecho público gira, entre otros, sobre la configuración de instrumentos o mecanismos que controlen la labor que encomiendan los textos constitucionales al legislador de desarrollo de los derechos. En este contexto el principio de proporcionalidad se introduce en el constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX como un instrumento que busca dotar de certeza al juicio que realiza el supremo intérprete del texto constitucional sobre las elecciones del legislador relativas al desarrollo de

<sup>227</sup> D’ORAZIO, G., *Effectività dei diritti e condizione dello straniero*, in *Dir. Soc.*, 1973. Sigue esta doctrina ONIDA, V., *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Redazione Introduttiva*, in *Convegno italiano de costituzionalisti*. Cagliari, 2009.

<sup>228</sup> PACE, A., *Problematica delle libertà costituzionale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*. Padova, Cedam, 2003, p.33 y ss. En el mismo sentido, STANCATÌ, P., *Lo statuto costituzionale del non cittadino: le libertà civili*, in *Convegno italiano de costituzionalisti*. Cagliari, 2009.



los derechos fundamentales. Ello es así porque, en varias ocasiones, el deber de legislar se lleva a cabo en el marco de unos principios o finalidades que responden en gran parte a intereses contrapuestos o de difícil conciliación. Además, porque el propio Estado democrático abre la puerta a la limitación de los derechos cuando se parte de la premisa que el reconocimiento de éstos implica también la imposibilidad de concebirllos como derechos absolutos. Este principio es, en suma, una técnica para que la consecución de los intereses públicos no se haga a costa de los derechos e intereses de los particulares, sino que busque un punto de equilibrio entre ambos<sup>229</sup>.

El principio de proporcionalidad viene justamente a juzgar la legitimidad del parámetro de actuación del Parlamento a la hora de introducir cualquier tipo de condicionamiento a los derechos, de forma que la competencia legislativa no acabe reduciendo el derecho a tal punto de vaciarlo de contenido. La proporcionalidad se mueve en el espacio que por antonomasia le corresponde al derecho constitucional, el control del poder, y se configura como un límite sobre los límites de los derechos<sup>230</sup>. Sobre estas premisas se entiende que una medida que limita o condiciona el ejercicio de un derecho puede entenderse legítima sí, y sólo sí, responde a la consecución de una finalidad legítima, existe una relación de causalidad entre la medida y la finalidad, y es necesaria y proporcional en sentido estricto. El juicio de proporcionalidad supone la superación de los siguientes pasos:

1. Que la norma contenga una finalidad legítima. La finalidad es el objetivo que se pretende conseguir con la norma y la legitimidad se concreta a través de su concordancia con los preceptos constitucionales, lo cual no quiere decir que la finalidad legítima haya necesariamente que tener un rango constitucional.

---

<sup>229</sup> DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de Derechos ...* op.cit., p.122.

<sup>230</sup> MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid, McGraw-Hill, 1996, p.115 y ss. Para este autor la proporcionalidad es también una técnica de control de la labor interpretativa del Tribunal Constitucional, a su entender "A nadie se le oculta, ciertamente, que cuando menos formalizado y canalizado está el proceso de aplicación del Derecho Constitucional, tanto mayor es el margen de maniobra del juez constitucional y la posibilidad de incidir en ámbitos funcionales ajenos. En este sentido, es evidente que el principio de proporcionalidad añade pautas, directrices, puntos de referencia, que, con independencia de su mayor o menor grado actual de depuración, coadyuvan a encauzar y predeterminar la argumentación del juez constitucional, que no tiene, así, por qué centrarse en exclusiva en la sola empresa de decidir, de una vez por todas, si una concreta conducta debe protegerse, o no, por integrar, o no, la 'esencia' del derecho pretendidamente aceptado". MEDINA GUERRO, M., "El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales", en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1994, p.141.

2. Es necesario que exista una relación de causalidad entre la finalidad perseguida y la medida adoptada. Toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Este juicio llamado de idoneidad no implica un juicio de perfectividad en el sentido que sea exigible que el medio utilizado sea el más óptimo para conseguir el fin perseguido.

3. A continuación se exige el juicio de necesidad donde se constata que no existe un medio alternativo menos gravoso con los derechos y de igual eficacia. Toda medida de intervención de los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre aquellas que revisten por los menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo.

4. Por último, la medida ha de cumplir el requisito de la proporcionalidad en sentido estricto. El cual implica un mandato o juicio de ponderación y que obliga a contrastar la medida objeto de control con su finalidad, no desde la perspectiva de la causalidad (juicio de idoneidad), sino comparando su respectiva entidad o peso. Las ventajas que se obtienen mediante la intervención del derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general<sup>231</sup>.

Sólo si la medida cumple estos requisitos puede admitirse su conformidad respecto de la protección de los derechos de las personas<sup>232</sup>.

El juicio de proporcionalidad se extiende también al juicio sobre la igualdad y la prohibición de medidas discriminatorias. El análisis de la igualdad parte de la premisa que ésta no puede ser entendida como la uniformidad jurídica en la titularidad de toda norma, puesto que establecer un principio absoluto de igualdad conllevaría a una imposibilidad real de desarrollo normativo. La relevancia de la igualdad es, paradójicamente, la valoración de la diferencia bajo el denominado juicio de la razonabilidad. Siguiendo a Alexy dado que “si hay una razón

---

<sup>231</sup> GONZÁLEZ, BEILFUSS M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC*. Navarra, Thomson-Aranzadi, 2001 p.121 y ss. y PULIDO BERNAL, C., *El principio de proporcionalidad ...* op.cit., p.38.

<sup>232</sup> Sin embargo el principio de proporcionalidad no ha estado exento de críticas. Para representantes del Derecho Público Alemán este principio acaba cuestionando la libertad de configuración política del legislador. FORSTHOFF, E., *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1996, p.231-247. La doctrina italiana ha puesto de manifiesto la ambigüedad del juicio, pudiéndose extraer dos aspectos uno objetivo ligado a la lógica de no contradicción y otro subjetivo como valor político social, CERI., A., *Ragionevolezza delle leggi*, Enciclopedia Giuridica Italiana, XXV.

suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces será ordenado un tratamiento desigual”<sup>233</sup> y, hay una razón suficiente cuando puede hallarse una razón objetiva para la diferenciación de trato. Para el autor alemán ésta justificación se centra en dos averiguaciones básicas: que las diferencias de hecho son suficientemente relevantes de cara a la distinción, y que esta guarda una justificación con relación al fin que la norma protege<sup>234</sup>.

El Tribunal Constitucional Alemán será el encargado de introducir el principio de proporcionalidad en el campo de la aplicación jurídica. El Tribunal Alemán incorpora el principio de prohibición de exceso como el instrumento idóneo para evaluar la actuación del poder legislativo en la célebre sentencia sobre la legitimidad de las limitaciones legales en la regulación de las farmacias en Bayern (BverfGE 7, 377). Tras analizar el art. 3.1 de la Ley de farmacias y el derecho de elección y ejercicio de profesión garantizados bajo la orbital del art. 13 Ley Fundamental, sostiene que cuanto mayor sea la afectación de libertad del individuo, mayor debe ser el interés público que la justifique o, en términos referidos al caso, que los presupuestos subjetivos para la elección de la profesión de farmacéutico impuestos por la Ley, deben ser proporcionales a las necesidades que fundamentan la regulación del ejercicio profesional<sup>235</sup>. La decidida y constante aplicación por parte del Tribunal Constitucional Alemán de este criterio ha ido acentuando la idea que “en la República Federal de Alemania el principio de proporcionalidad tiene rango jurídico constitucional. Ese reconocimiento deriva del Principio del Estado de Derecho, teniendo como sustrato esencial los derechos fundamentales”<sup>236</sup>. Junto a ese reconocimiento expreso del año 1965, el Tribunal continuó delimitando el contenido de los “principios de proporcionalidad” y de “prohibición de exceso” afirmando que constituyen “principios cuya aplicación se extiende a la completa

---

<sup>233</sup> ALEXY, R., *La teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

<sup>234</sup> Sobre el derecho a la “omisión de un tratamiento desigual” pueden adscribirse derechos de igualdad concretos: el derecho a no sufrir discriminación (estatus negativo), el derecho a acciones positivas del Estado, que pueden consistir en prestaciones (estatus positivo), el derecho a acciones para favorecer la participación política (estatus activo). *Ibidem.*, p. 402 y ss. En la doctrina española la discusión se centra en si el juicio sobre la razón suficiente implica los cuatro pasos del juicio de proporcionalidad o sólo uno de ellos. Sobre la primera postura véase ALONSO GARCÍA, E., “El Principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española”. *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p.37 y GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Barcelona, Bosch, 2004. p. 104-120. Sobre la segunda posición la razonabilidad debe analizarse dentro del juicio de idoneidad, véase SUAY RINCÓN, J., “El principio de igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid, Civitas, 1991 y GONZALEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad* .. op. cit., p.103.

<sup>235</sup> PULIDO BERNAL, C., *El principio de proporcionalidad* ... op.cit., p.50

<sup>236</sup> KULTH, W., “Prohibición y exceso y principio de proporcionalidad en el Derecho Alemán”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, sept.-dic, 1994, p.200.

actuación estatal, directamente deducidos del reconocimiento del Estado de Derecho y, por ello, de rango constitucional<sup>237</sup>.

Si la incorporación de la proporcionalidad como instrumento del control de constitucionalidad sobre los actos de desarrollo de los derechos fundamentales estuvo en manos del Tribunal Alemán, la expansión del mismo a los ordenamientos europeos se debe en gran parte a su adopción por Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este último ha acudido reiteradamente al criterio según el cual los límites a los derechos reconocidos en el convenio sólo son conforme al mismo si las injerencias o límites sobre los derechos están previstos en la ley, son necesarios en una sociedad democrática para conseguir un fin legítimo y son proporcionales con relación al fin legítimo perseguido<sup>238</sup>.

El modo de operar del Tribunal en este tipo de conflictos es el siguiente: una vez que constata la limitación de alguno de los derechos garantizados, verifica si esa limitación está prevista en la Ley («inaccordance with the law», «prévüe par la loi»); seguidamente comprueba si está justificada en la consecución de alguno de los fines legítimos; y, finalmente, examina si la limitación del derecho «era necesaria en una sociedad democrática» para la satisfacción de los fines perseguidos. Normalmente, el control de los dos primeros aspectos mencionados resulta poco problemático, siendo por tanto el enjuiciamiento de la tercera cuestión el núcleo esencial de este tipo de decisiones<sup>239</sup>.

Ligado al juicio de “la necesidad en una sociedad democrática” el Tribunal ha introducido también el criterio del “margen de apreciación nacional” como elemento de contrapeso a la aplicación del principio de proporcionalidad. En este sentido, se otorga un cierto espacio de libertad de actuación a las autoridades nacionales en el desarrollo o aplicación del derecho, margen que se fundamenta en la elección democrática de los parlamentos nacionales y en la conservación de la diversidad cultural europea. Sin embargo, el Tribunal reclama para sí mismo la función de *European supervision*, pues de este modo se reserva la última palabra para decidir si una limitación de derechos reconocidos en el Convenio tiene o no justificación:

---

<sup>237</sup> Ibid., p.222.

<sup>238</sup> *Asunto Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976; *Asunto Gillow c. Reino Unido* (Gran Sala) de 24 de noviembre de 1986; *Klass y otros c. Alemania* (Gran Sala) de 6 de septiembre de 1978; *Asunto Sunday Times c. Reino Unido* (Gran Sala) de 26 de noviembre de 1991; *Asunto Young, James y Webster c. Reino Unido*, de 18 de octubre de 1982; *Silver y otros c. Reino Unido* (Gran Sala) de 25 de marzo de 1983.

<sup>239</sup> FASSBENDER, B., “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm.5, 1994, p.55.

*“the Court must decide... whether the reasons given by the national authorities to justify the actual measures of “interference” they take are relevant and sufficient under Article 10, § 2»*<sup>18</sup>. «Sufficient» y «relevant» no significan en este contexto otra cosa que «necessary» y «proportionate»<sup>240</sup>.

En España, el principio de proporcionalidad se introduce a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, específicamente la STC 66/1995, de 8 de mayo y STC 55/1996, de 28 de marzo<sup>241</sup>. El primero de los pronunciamientos resuelve un recurso de amparo interpuesto contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de 25 de mayo de 1992, que prohíbe la celebración de una concentración convocada por la Federación de Banca, Ahorro, Seguros y Oficinas de la Unión General de Trabajadores. Tras recordar que los derechos en ningún caso pueden entenderse bajo la categoría de ‘derechos absolutos’, la sentencia desarrolla un juicio de ponderación entre el derecho de reunión y manifestación y la alteración del orden público. Según el Tribunal *“la adopción de una medida tan drástica como la prohibición de celebrar una concentración debe ser sometida a un juicio de proporcionalidad, ya que sólo será constitucionalmente legítima si no existen otros medios de preservar el orden público sin un sacrificio tan importante del derecho de reunión”* (FJ4) y *“para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”* (FJ5).

Un año más tarde, en la STC 55/1996 el Tribunal acaba de sistematizar y consolidar la proporcionalidad como parámetro de control de la actuación, en este caso legislativa. Este

<sup>240</sup> *Ibíd.*, p.58.

<sup>241</sup> En el derecho comparado el control sobre la actividad del legislador ha tenido respuesta por vía de diversos instrumentos que si bien se desarrollan bajo la dinámica histórica y jurídica propia de cada ordenamiento, el fin que se persigue y los resultados a los que se llega son muy similares, la protección de los derechos mediante la evaluación del papel legislativo. En la experiencia estadounidense el juicio de la igualdad gira en torno *al rational bassics test* y *el scrick scrutiny*, en la experiencia francesa el Consejo Francés verifica la justificación en la discriminación respecto al interés general sea proporcional y se valora el error manifiesto de apreciación. En la doctrina italiana el juicio de la *raggionevolezza* entendida como un balance entre los intereses contrapuestos. LUTHER, J., “Ragionevolezza (della leggi)”, in *Digesto XII*, cuarta ed. Torino, UTET, 1997, p.345 y ss.



supuesto resuelve un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo contra la Ley Orgánica 8/1984 relativa a la prestación social sustitutoria del servicio militar. Para el Tribunal el principio de proporcionalidad opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales, siendo el campo de los derechos fundamentales el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable. A través de este pronunciamiento catalogado como *leading case* se delimita la operatividad del principio otorgándole un carácter accesorio al mismo *“el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales”*, a juicio del Tribunal no es posible invocar el juicio de proporcionalidad de forma autónoma y aislada, este no procede a partir de un razonamiento en abstracto (FJ3). Asimismo, recuerda la especial vinculación y nexo entre el principio y la labor encomendada por el texto constitucional al legislador *“la posición constitucional del legislador a la que antes aludíamos obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes. Como acabamos de recordar, este Tribunal ha reiterado que el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que ésta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas”* (FJ6).

Volviendo nuevamente al campo de la inmigración, se encuentra la aportación del profesor Roig quien entiende que la delimitación del estatus jurídico de los inmigrantes ha de resolverse por medio de la aplicación del test de la proporcionalidad. A su entender, la Ley de Extranjería puede introducir las limitaciones que desee en referencia a cualquier derecho, siempre que tales limitaciones se vinculen a una finalidad legítima y sean proporcionadas, aplicando aquí un examen de proporcionalidad que se ha elevado ya a criterio general más o menos formalizado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sin duda los extranjeros pueden ser sometidos a un régimen especial, pero el contenido concreto de ese régimen deberá justificarse en relación a la finalidad de controlar la entrada, residencia y trabajo de los extranjeros. De este modo, el estatuto constitucional concreto del extranjero, como el del nacional, debe buscarse en las leyes de desarrollo examinando caso por caso cada una de las restricciones y no con divisiones apriorísticas que permiten la limitación de algunos derechos pero no de otros. Aunque obviamente existen derechos en los que tales limitaciones, en

función de las finalidades legítimas que lo permitan, serán más fácilmente susceptibles de verse limitados<sup>242</sup>.

A juicio del autor “los derechos fundamentales, con excepción del art. 13, pertenecen a los extranjeros, sin perjuicio de la posibilidad de fundamentar un trato diferenciado en cualquier de los mismos, cuando, y sólo cuando, la diferenciación en base a la nacionalidad se oriente a la satisfacción de las finalidades propias de la política de extranjería: control y residencia, preferencia de españoles en el acceso al trabajo e integración de los extranjeros”. En relación con la aplicación del principio de igualdad se indica que “la respuesta sobre la aplicación del art. 14 CE en su vertiente frente al legislador debe seguir la misma línea, de manera que sostener su titularidad por parte de los extranjeros no significa la posibilidad de reconocer tratos diferenciados, sino exigir su justificación en sus diversas vertientes de finalidad legítima, idoneidad y necesidad, de acuerdo al juicio de proporcionalidad”<sup>243</sup>.

En este sentido, los derechos que mas claramente deben considerarse limitados para el extranjero son indudablemente la libertad de ambulatoria (supuestos de detención e internamientos privativos de los extranjeros), la residencia (permiso de residencia, la posibilidad de expulsión y medidas similares de alejamiento) y trabajo (permiso de trabajo). En estos casos, no resulta difícil vincular las limitaciones existentes con las finalidades referidas al control de entrada, residencia y trabajo del extranjero, lo cual justifica las restricciones. Una vez superados los controles de entrada y residencia, el extranjero en situación regular puede ver limitados muy pocos de sus derechos y prácticamente cualquier trato diferenciado respecto al español deberá justificarse en algún aspecto distinto de su nacionalidad a riesgo de ser contradictorio e inconstitucional por no poder vincularse al control de residencia. En cuanto a las restricciones a los derechos de los extranjeros en situación irregular serían aquellas que permitan recuperar la situación respecto de la legalidad: la imposición de la sanción de expulsión o la correspondiente resolución de alejamiento, y las medidas correspondientes para garantizar su ejecución. Ciertamente, la negación de cualquier derecho a un irregular significa dificultar su estancia en España y, en este sentido, cualquier

---

<sup>242</sup> La legitimidad de la finalidad necesaria el test de constitucionalidad, para el caso de la limitación de los derechos y libertades de los extranjeros se encuentra en el art. 13 CE. “El artículo 13 CE viene simplemente a poner de manifiesto que en el caso de los extranjeros existe algunas finalidades, comunes en todos los Estados, que justifican tales restricciones: las propias de las políticas de extranjería entendida como el control de flujos de entrada y residencia en España que, como hemos visto antes se erige en el fundamento de la propia existencia de un régimen especial para los extranjeros”. ROIG MOLÉS., “Los derechos de los extranjeros ... op.cit., p.605.

<sup>243</sup> *Ibíd.*, p.622-625.

limitación se vería justificada. Sin embargo, debe ponderarse la estancia irregular de un extranjero con otros elementos de la situación del extranjero como pueden ser la estabilidad de la estancia en España y su arraigo en el territorio<sup>244</sup>.

#### 4.2 El principio di ragionevolezza de la doctrina italiana

En la doctrina italiana Cuniberti defiende la necesidad de superar el clásico debate de fundamentar el estatuto jurídico del inmigrante en el art. 10.2 o en el art. 2 del texto constitucional italiano. A su entender, esta discusión hace perder de vista la discusión central de la reconstrucción del significado actual de la ciudadanía. Es decir, los criterios y los límites que autorizan al legislador a introducir la disparidad de trato entre ciudadanos y no ciudadanos. El autor sostiene que la diferencia entre el estatuto jurídico del ciudadano y del no ciudadano debe necesariamente analizarse bajo el control de la razonabilidad. Sólo profundizando sobre el rol que puede otorgarle el legislador dentro del juicio de la razonabilidad a la nacionalidad se puede dar una respuesta correcta al problema del fundamento jurídico de la disparidad de trato entre ciudadanos y no ciudadanos<sup>245</sup>.

Ante la dificultad que implica la diferencia entre derechos fundamentales y no fundamentales del art. 2 CI, propone reconstruir el estatuto jurídico del *non cittadino* en virtud del art. 3 CI “*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*”. El autor es consciente de las implicaciones que tiene el término ciudadano, sin embargo propone superar la limitación textual, atribuyéndole un sentido mucho más amplio al que tradicionalmente se le ha otorgado. Entiende la ciudadanía como un concepto cercano a la pertenencia del ciudadano a una comunidad política y su participación en ella.

A su entender, el verdadero problema de la diferenciación legislativa entre ciudadano y no ciudadano respecto del art. 3 CI no es la referencia al término *cittadini* contenida en la enunciación constitucional del principio de igualdad en el texto constitucional. El verdadero problema que plantea el análisis del principio de igualdad, entendido como prohibición de discriminación irrazonable o arbitraria cuando esta en juego el tratamiento del *non cittadino*, es aquel de determinar en que medida el elemento de diferenciación representado en la

---

<sup>244</sup> *ibid.*, p.624-629.

<sup>245</sup> CUNIBERTI., *La cittadinanza .... op.cit.*, p.149 y ss.

posesión de la cualificación de *cittadino* puede ser apreciado, y cual es el rol que puede jugar en el interior del juicio de la *ragionevolezza*<sup>246</sup>.

El nudo del problema para el autor es la determinación del rol que puede atribuirse en el esquema del juicio de la razonabilidad a la específica situación que se deriva de la posición o ausencia de la ciudadanía italiana. En otras palabras, en que medida el elemento de diferenciación que implica la ausencia o presencia de la nacionalidad puede ser apreciado y cual es el rol que debe jugar dentro del juicio de igualdad. *“E’ evidente, infatti, che la cittadinanza del soggetto non può assumere, a questo riguardo, lo stesso ruolo che può giocare una qualunque differenza di carattere propriamente fattuale (ad esempio, una differenza di età, la residenza, ecc), o anche ad una qualificazione giuridica che comunque sia espressione immediata di una situazione di fatto (si pensi alla situazione dal fallito, dell’interdetto o dell’inabilitato, o così via), e questo per la semplice ragione che la qualità di “cittadino”, attribuita e regolata dalla legge non è (né corrisponde a) una situazione unitaria, ma si presenta piuttosto como il risultato di un complesso inscindibile di differenze di fatto e di valutazioni giuridiche operate dal legislatore”*. Para Cuniberti la aplicación del principio de *ragionevolezza* pueden extraerse dos consecuencias:

En primer lugar, cada vez que estén en juego situaciones en las cuales la Constitución no atribuye expresamente relevancia al factor de la *cittadinanza*, no debe ser consentido utilizar este criterio como elemento de valoración dentro del juicio de razonabilidad. En tal valoración puede asumir relevancia las diferenciaciones directamente relacionadas con las situaciones de hecho como pueden ser la edad o la residencia, pero no puede admitirse diferenciaciones de trato fundadas exclusivamente sobre el supuesto de la posición o la ausencia de la ciudadanía italiana.

En segundo lugar, las situaciones constitucionales en donde por el contrario parece consentido el reconocimiento de la ciudadanía como “situación” que justifica una disparidad de tratamiento jurídico, deberá entonces tenerse en cuenta el hecho que la ciudadanía no es una situación de hecho, sino que es el resultado de una valoración legislativa de una pluralidad de elementos relacionados con la posición del sujeto con la colectividad y de su relación con los

---

<sup>246</sup> CUNIBERTI, M., *La cittadinanza ... op.cit.*, p.167-168.

poderes públicos, de modo que dado el espacio solo en cuanto tal valoración se presente como realmente idónea para expresar la situación real del sujeto<sup>247</sup>.

En últimas la posición puede resumirse en que cuando la Constitución no atribuye relevancia a la ciudadanía no debe introducirse como criterio de diferenciación. Por el contrario, cuando la Constitución parece estar autorizando la diferencia en base a la ciudadanía entonces dicha diferencia debe analizarse bajo el criterio de la razonabilidad. El autor le deja al art. 10.2 CI un rol residual o secundario, el cual más que atribuir o no derechos, tiene como función limitar el poder del legislador a la hora de configurar el estatuto jurídico estableciendo por una parte una reserva de ley y por otra un respecto al Derecho internacional.

Muy próxima a esta posición la profesora Corsi comparte la opción de fundamentar los derechos del no ciudadano directamente del texto constitucional y la de atribuir un rol secundario al art. 10.2 CI. Ahora bien, señala la dificultad que implica moverse al principio de igualdad y acudir al art. 3 CI como fundamento para la titularidad de los derechos. La razón no radica en que la expresión literal *cittadini* del art. 3 CI sino en atribuir de manera directa a partir de éste artículo la titularidad los derechos al extranjero para evitar discriminaciones. A su entender, antes de la reflexión sobre la naturaleza y la modalidad del control de la *ragionevolezza* de la elección legislativa hay un salto preliminar e indispensable que es aquel de ofrecer un fundamento a la titularidad de los derechos constitucionalmente garantizados en cabeza del extranjero; sólo como segundo paso podrá verse cuales son las posibles diferenciaciones respecto de la normativa relativa a los ciudadanos, pero siempre respecto de la disciplina constitucional. Una vez se tenga claridad sobre el reconocimiento del derecho, se puede entrar en el análisis del principio de igualdad del art. 3 de la Constitución<sup>248</sup>. En otras palabras primero debe analizarse la capacidad del extranjero de ser titular de un derechos y, posteriormente, puede entrarse en la discusión sobre el alcance de la aplicación del art. 3 CI.

A juicio de la autora, el principio de igualdad conlleva la conciliación entre dos criterios opuestos: la ciudadanía con la cual se concreta la diferenciación y el principio de absoluta igualdad entre los hombres<sup>249</sup>, donde dicha diferencia debe analizarse bajo el juicio de la razonabilidad. Para todas las posiciones que la *Corte Costituzionale* entiende como no

---

<sup>247</sup> CUNIBERTI, M., *La cittadinanza* ...op.cit., p.179-180.

<sup>248</sup> CORSI, C., *Lo Stato e lo straniero* .... op.cit., p.96.

<sup>249</sup> *Ibid.*, p.119



garantizadas constitucionalmente al extranjero, la libertad de regulación por parte del legislador no es absoluta, sino que debe ser reconducida al ámbito de la *ragionevolezza*. En esta hipótesis el esquema del control no gira en torno a los criterios de paridad/disparidad de trato, sino que comporta una valoración de la adecuación, pertinencia, congruencia, proporcionalidad, y en última instancia de coherencia interna de la ley. En conclusión el principio de igualdad debe analizarse bajo el juicio de la razonabilidad, donde es necesario valorar la ausencia de la ciudadanía italiana y en concreto la ley puede prever disciplinas distintas respondiendo efectivamente a las diversas situaciones, pero esta diversidad debe ser relevante con los fines de la norma y, por lo tanto, debe tratarse de una diferenciación “*ragionevoli*”<sup>250</sup>

Acudir al test de la proporcionalidad o de la razonabilidad como elemento útil para valorar la configuración de los derechos y los límites al mismo en relación a la población no nacional ha tenido mayor eco en la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale Italiana* que en la del Tribunal Constitucional Español. Ahora, si bien son múltiples los pronunciamientos en los cuales el intérprete de la Constitución italiana juzga la ley en función de su *ragionevolezza*, hay en el fundamento de su teoría inconvenientes tanto desde el punto de vista de la concepción del estatuto jurídico del inmigrante como del contenido del juicio.

Efectivamente, bajo el ordenamiento italiano el control sobre la discrecionalidad del legislador se desarrolla bajo la figura del *sindacato della ragionevolezza*<sup>251</sup>. A partir de la *sentenza* n.15 de 1960 se fija el criterio según el cual la opción constitucional dada al legislador de configurar diferencias conforme a los mandatos incorporados en el art. 3.1 C.I se fundamenta en la existencia *ragionevole motivo*<sup>252</sup>. El desarrollo posterior ha perfeccionado el uso de la igualdad fundamentalmente bajo dos direcciones: la razonabilidad entendida como un *tertium comparationis* y la razonabilidad concebida como un *bilanciamento dei*

---

<sup>250</sup> *Ibid.*, p.123-125

<sup>251</sup> ZAGREBELSKI, G., *La giustizia costituzionale*. Bologna, Il mulino, 1988, p.26-30

<sup>252</sup> Textualmente se dice: “non basta accertare che norma in esame non sia in contrasto con i precetti inderogabili posti nel primo comma dell’art.3. La giurisprudenza di questa Corte è costante nel senso che il principio di eguaglianza è violato anche quando la legge, senza un ragionevole motivo, faccia un trattamento diverso ai cittadini che si trovino in eguali situazioni”. Posteriormente la sent. n. 42 de 1961, la Corte reitera que “l’art. 3, comma 1, Cost. Consente bensì al legislatore ordinario di emanare norme differenziate riguardo a situazioni obiettivamente diverse, purché queste norme rispondano inoltre all’esigenza che la disparità di trattamento sia fondata su presupposti logici obiettivi, i quali razionalmente ne giustifichino l’adozione”. Al respecto, MORRONE, A., *Il custode della ragionevolezza*. Milano, Giuffrè Editore, 2001, p.45-46.

valori o degli interessi<sup>253</sup>. Bajo esta técnica la Corte ha enjuiciado gran parte de las vulneraciones al art. 3 C.I. pero sin llegar a elaborar criterios claros y unívocos del mismo. La razonabilidad ha sido entendida como una justificación de la diferencia de trato o como la coherencia de la norma respecto de la *ratio* que la inspira y su no contrariedad respecto del sistema. También se han hecho referencias a la razonabilidad como la no manifiesta idoneidad de los instrumentos al alcance del legislador para conseguir un determinado fin, o como un concepto que conlleva consideraciones de *adequadezza, pertinenza, proporzionalità e coerenza*<sup>254</sup>.

Tal y como describe la profesora Corsi, el inconveniente sobre la aplicación de la *ragionevolezza* ha sido la vaguedad que ha mantenido la Corte en relación al juicio de la razonabilidad, se argumenta que una norma vulnera o no el principio de igualdad entre nacionales y no nacionales en función de la razonabilidad o irrazonabilidad de la medida pero sin aportar más elementos al debate y, por lo tanto, es difícil concretar los elementos del juicio, “*manca cioè la concreta individuazione delle differenze che giustifichino il verso trattamento normativo. Non lasciano, pertanto, del tutto soddisfatti le argomentazioni della Corte nella valutazione della ragionevolezza delle scelte del legislatore*”.<sup>255</sup>

#### **4.3 La aplicación por parte del Tribunal Constitucional de la proporcionalidad como límite a los derechos de los inmigrantes**

En cuanto a la jurisprudencia constitucional española la negativa del Tribunal a utilizar el test de la proporcionalidad como criterio interpretativo de las limitaciones de los derechos y libertades de los inmigrantes puede entenderse, para los primeros pronunciamientos, en la propia dinámica por la que se introduce y se consolida este método interpretativo. Así, en la primera década de jurisprudencia constitucional el principio de proporcionalidad destaca por su aplicación irregular, fragmentaria y asistemática. No será hasta las ya mencionada STC

---

<sup>253</sup> En base al canon de la ponderación de intereses “*viene verificata la “funzionalità” della legge, qui intesa come capacità di comporre principi costituzionali “prima facie” confliggenti nel caso astratto disciplinato dalla legge. Questo esame richiede a) l'accertamento di una situazione de collisione tra principi, c) l'assenza di regole di gerarchia tra questi principi, c) la verifica che la preferenza stabilita dal legislatore non sacrifici in modo eccessivo uno dei principi*”. LUTHER, J., *Ragionevolezza ... op.cit.*, p.355.

<sup>254</sup> Así PANIZZA, S., e STRADELLA, E., “Eguaglianza e Ragionevolezza”, in DI CAPUA, A (a cura di), *Quaderni del principio ... op.cit.*, p.10-11.

<sup>255</sup> CORSI, C., *Lo Stato e lo straniero ... op. cit.*, p.81.

55/1996 y 207/1996, cuando la proporcionalidad se inserta en el ordenamiento constitucional como un principio interpretativo ante las limitaciones de los derechos fundamentales<sup>256</sup>.

Sin embargo, tras incorporarse la proporcionalidad como método interpretativo en materia de inmigración el análisis sobre los límites de los derechos de los no nacionales continúa girando sobre la teoría tripartita. Tan sólo en STC 53/2002, de 27 de febrero, el Tribunal acude a la proporcionalidad para evaluar los límites a los derechos de los inmigrantes<sup>257</sup>. Esta sentencia resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la *Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado*. El Defensor del Pueblo entendía que la previsión del párrafo 3 del art. 5.7 de la ley, que señalaba «*Durante la tramitación de la admisión a trámite de la solicitud y, en su caso, de la petición de reexamen, el solicitante permanecerá en el puesto fronterizo, habilitándose al efecto unas dependencias adecuadas para ello*», vulneraba el art. 17.1 CE y la reserva del ley orgánica del art. 53.1 CE.

En lo que respecta a la vulneración del derecho a la libertad y seguridad, el Tribunal realiza un examen sobre los límites introducidos al derecho. Por una parte, enjuicia los límites referidos expresamente en los distintos párrafos del art. 17 CE, para concluir que el límite de las 72 horas no es aplicable dado que el término “*el detenido*» a que se refiere el art. 17.2 CE es, en principio, el afectado por una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal; y por lo mismo, el límite máximo de setenta y dos horas no es aplicable cuando la privación de libertad sirve a un fin radicalmente distinto, como es la protección de quien se dice perseguido con simultáneo aseguramiento de que la entrada y estancia de los extranjeros en España se hacen con pleno respeto a la Ley”<sup>258</sup>.

<sup>256</sup> MEDINA, M., “El principio de proporcionalidad ... op.cit., p.121 y ss.

<sup>257</sup> Previamente, el voto particular del Magistrado Diego González Campos en la Sentencia 13/2001, de 29 de enero, sobre control policial señala la necesidad de introducir la proporcionalidad como parámetro interpretativo. En esta sentencia el TC resuelve un recurso de amparo sobre un control policial basado exclusivamente en la raza. El alto tribunal entiende que no hubo violación del derecho pues la raza es un indicio de mayor probabilidad de que la persona sea extranjera. Por su parte, el magistrado en su voto particular sostiene que “si se pretende buscar su legitimación en otros bienes constitucionalmente relevantes, como la seguridad ciudadana o la protección del mercado nacional de trabajo, las medidas adoptadas para control general de los extranjeros, a mi entender, han de someterse necesariamente a un juicio de proporcionalidad para que sus fines no resulten distorsionados y, en particular, para determinar si tales medidas, aun siendo acordes con esa finalidad, son en sí misma proporcionadas”.

<sup>258</sup> El razonamiento jurídico de que se esta ante un tipo de restricción de la libertad, pero no ante una detención, y que no todas las garantías previstas en el art. 14 CE, y singularmente el plazo máximo de 72 horas, son de aplicación a las restricciones de libertad previstas por las leyes con finalidad distintas a las penales, lo que también se deriva que las leyes que establezcan tales restricciones, no han de ser orgánicas. Puede traer ciertos inconvenientes pues hace renacer la posibilidad constitucional de figuras intermedias entre la detención y

Posteriormente, se analiza la limitación al derecho del art. 17 CE por medio del test de la proporcionalidad. Se entiende que la medida es idónea pues *“es innegable que la permanencia de los peticionarios de asilo en dependencias adecuadas evita eficazmente que, por vía de la protección al perseguido, se eludan las leyes que regulan la entrada, residencia y circulación de los extranjeros en España”*. Respecto de la exigencia de necesidad de la medida, el Tribunal no percibe con claridad qué otra medida menos restrictiva de la libertad puede alcanzar el mismo nivel de eficacia en la aplicación del régimen ordinario de entrada de extranjeros, que la permanencia o espera de los solicitantes en «dependencias adecuadas» de frontera. Por último, el plazo máximo de cuatro días se entiende proporcional pues se guarda una clara relación con el tiempo mínimo que requiere la tramitación y resolución fundada de una petición de asilo y lo mismo se puede decir respecto del lapso máximo de dos días para el reexamen.

De forma más abierta, la STC 236/2007 el Tribunal Constitucional, donde se pronuncia sobre la impugnación de varios preceptos de la Ley Orgánica 8/2002 por la cual se reforma la Ley Orgánica 4/2000, introduce el test de la proporcionalidad como límite a la potestad legislativa.

Según el intérprete de la Carta la capacidad de limitar o condicionar los derechos de los extranjeros es una facultad derivada del propio art. 13 CE y predicable de aquellos derechos en principio no vinculados a la dignidad humana *“al regular tales derechos la libertad del legislador es más amplia ya que puede modular las condiciones de ejercicio “en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros”, si bien aquella libertad “no es en modo alguno absoluta”*.

Tras entender el margen de libertad del legislador sobre los derechos de configuración en términos tan amplios como los descritos, el Tribunal aclara que dicha potestad se encuentra limitada: *“por cuanto las condiciones de ejercicio que establezca respecto de los derechos y libertades de los extranjeros en España sólo sean constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE) se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida”*.

---

libertad. SATOLAYA, P., “Sobre la constitucionalidad del procedimiento de tramitación de solicitudes de asilo en frontera tras la STC53/2002”, en REVENGA, M., (Coord.) *Problemas constitucionales de la Inmigración...* op.cit., p.223-224

No obstante, a su juicio, tal instrumento es operativo sólo para los derechos de configuración legal. Así, indica que en relación a éstos derechos *“la libertad del legislador se ve asimismo restringida por cuanto las condiciones de ejercicio que establezca respecto de los derechos y libertades de los extranjeros en España sólo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida”* (FJ4).

El juez constitucional parece ser consiente de la imprecisión a la que somete los denominados derechos vinculados a la dignidad humana y posteriormente matiza *“respecto de aquellos derechos que la Constitución reconoce directamente a los extranjeros se pueden establecer condicionamientos adicionales que en cualquier momento deben respetar las prescripciones constitucionales”*. Al margen de las cuestiones descritas anteriormente relativas la clasificación sobre la que gira el razonamiento del Tribunal, acotar los límites al legislador sólo a aquellos derechos de configuración legal, es dejar al resto de derechos al margen del control legislativo imprescindible en todo Estado democrático. El Tribunal parece solventar esta cuestión configurando, como ha descrito la doctrina, un cuarto grupo de derechos que se reconocen a toda la población inmigrante pero respetando siempre las prescripciones constitucionales<sup>259</sup>. sin que.

En cuanto al juicio que realiza posteriormente el Tribunal de cada uno de los derechos impugnados y categorizados como de libre disposición el principio de proporcionalidad no entra en ningún momento ser el parámetro a través del cual juzga la actuación legislativa, el Tribunal no se acude al test de proporcionalidad para valorar los límites que legítimamente puede imponer el legislador orgánico. Por el contrario, la hora de enjuiciar cada uno de los derechos impugnados se analiza la conexión del derecho con la dignidad humana y la garantía del contenido esencial de los derechos. Es decir, pese a que el Tribunal en sus primeros fundamentos jurídicos intenta construir una teoría general, posteriormente al enjuiciar el régimen concreto de cada derecho y de cada libertad hace caso omiso de la misma.

---

<sup>259</sup> “ (...) D' altra banda, aquesta sentència sembla introduir un quart grup de drets que no fa més que complicar la tradicional classificació tripartita dels drets dels estrangers. En el FJ.4 STC 239/2007 es fa, en efecte una referència als drets “que la Constitució reconeix directament als estrangers” respecte dels quals sí que es poden establir “condicionaments addicionals” que en qualsevol cas han de respectar les prescripcions constitucionals” GONZÁLEZ BEILFUSS, M., “El paper de la jurisprudència constitucional ... op. cit., p.212.



## II. LA TITULARIDAD DEL DERECHO A LOS SERVICIOS SOCIALES POR PARTE DE LA POBLACIÓN INMIGRANTE

### 1. Las previsiones del artículo 14 de La Orgánica 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social

El punto de partida desde la perspectiva jurídica sobre el acceso a los servicios sociales por parte de la población inmigrante es el análisis de la titularidad del derecho. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros (en adelante LODYLE) señala en su art. 14 relativo al derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales:

- 1. Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles.*
- 2. Los extranjeros residentes tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles. En cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico.*
- 3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.*

La primera cuestión a destacar del artículo es la novedad de la regulación. Hasta la promulgación de la LODYLE no existía en el ordenamiento jurídico español una norma sobre el acceso a los servicios sociales. Así, la anterior ley de extranjería, la *Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*, nada señalaba al respecto. Tan sólo el Reglamento de desarrollo de la LO 7/1985, *Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985*, remitía a la legislación sectorial, concretamente a la Ley de Seguridad Social, el acceso a las

prestaciones asistenciales provenientes del sistema estatal, pero guardaba silencio respecto del sistema autonómico de servicios sociales<sup>260</sup>.

En cuanto a la legislación autonómica es oportuno mencionar que las leyes de servicios sociales tampoco incorporaban ni principios ni reglas normativas que definieran el régimen de acceso a las prestaciones asistenciales. En términos generales todas las leyes autonómicas de primera generación señalaban que los extranjeros, apátridas y exiliados eran beneficiarios de los servicios sociales en virtud de la legislación de extranjería o de los Tratados internacionales. Como se analizará, en el punto 2 del apartado I del capítulo tercero, de la tendencia a definir la titularidad mediante remisiones, difícilmente puede llegar a deducirse reglas claras de aplicación.

En segundo lugar, cabe señalar que el art. 14 LODYLE incorpora la tendencia de los Estados de regular el acceso a las prestaciones sociales en virtud de criterios intermedios entre la nacionalidad, elemento clásico de titularidad de los derechos, y criterios vinculados a la condición humana provenientes de las normas internacionales. En este sentido, la residencia o la presencia en el territorio emergen como vínculos partir de los cuales el inmigrante puede ser titular de un derecho social. Esta nueva forma de atribuir derechos se plantea por vía de un reconocimiento escalonado modulado por los distintos estatus migratorios. En este sentido, la LODYLE introduce la presencia en el territorio, la minoría de edad y la residencia como los elementos que condicionan o determinan el acceso al sistema autonómico de servicios sociales.

---

<sup>260</sup> Los arts. 8 y 9 del *Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985* remita la Ley de Seguridad Social. La LGSS regulaba el acceso en función de las nacionalidades por una parte, equiparaba a los hispanoamericanos, brasileños, andorranos y filipinos con los españoles en materia de prestaciones no contributivas, y por otra, establecía que los demás extranjeros tendrán derecho dependiendo de los Tratados suscritos por España (art.7.5). Posteriormente la Ley 26/1990, de 20 de noviembre, de pensiones no contributivas configura el sistema asistencial estatal pero guarda silencio respecto de su acceso o no por parte de los extranjeros, limitándose a señalar “*estarán comprendidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social, a los efectos de la modalidad no contributiva, todos los españoles residentes en el territorio nacional*”. Esta situación viene a ser aclarada por la Ley 13/1996, de medidas fiscales, administrativas del orden social que extiende el doble régimen de la LGSS a las prestaciones no contributivas del sistema. Al respecto véase SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social en el ordenamiento español*. Murcia, Laborum, 1988; TARABINI-CASTELLANI AZANAR, M., “La igualdad de trato entre nacionales extranjeros en materia de Seguridad Social tras la Ley 13/1996 sobre medidas fiscales, administrativas y de orden social”, en *Actualidad laboral*, 1988.

El art. 14 de la LODYLE reconoce tres categorías: las prestaciones y servicios de la Seguridad Social, los servicios sociales básicos o generales y los servicios sociales especializados<sup>261</sup>.

El primero de los apartados es, probablemente de los tres incisos, aquel que presenta un nivel de confusión menor. “*Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles*”. El precepto es claro a la hora de regular la titularidad del derecho: accederán a las prestaciones de la Seguridad Social los extranjeros con residencia o situación administrativa regular. Sin embargo, el problema se plantea a la hora de delimitar el contenido del derecho. La cuestión radica en que el art. 10 de la LODYLE ya regula el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social; por lo tanto, parece dar a entender que, por exclusión, el art. 14.1 LODYLE hace referencia a las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social, reguladas en la *Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de pensiones no contributivas*, y algunos servicios sociales que aún persisten en el marco de la Seguridad Social (art. 38.1 LGSS)<sup>262</sup>. No siendo objeto de esta tesis el acceso sobre las prestaciones no contributivas del sistema de la Seguridad Social el estudio sobre la misma se remite a los amplios trabajos elaborados por la doctrina<sup>263</sup>.

---

<sup>261</sup> Autores como han criticado fuertemente la sistematización del artículo, así para Iñiguez “la interpretación del contenido del art. 14 de la Ley Orgánica 4/2000 presenta dificultades por causa de su técnica normativa deficiente. Por una parte, porque utiliza criterios diferentes a los empleados en otros artículos para determinar su ámbito subjetivo. Por otra, porque reúne confusamente en su regulación lo que llama servicios sociales con las prestaciones de la Seguridad Social, materias distintas que debería recibir un tratamiento diferenciado. En tercer lugar, porque no tiene en cuenta que la competencia legislativa y administrativa sobre buena parte de los primeros no es estatal, sino autonómica y, en numerosas ocasiones, local. En cuarto lugar, porque establece una clasificación que no respeta la terminología establecida en materia de Seguridad Social, que, sin embargo, es un sector del ordenamiento jurídico (y de la actividad estatal) especialmente estructurado y objeto de una regulación específica, que cuenta con una Administración específica dedicadas a él. En quinto lugar, porque extrae la mención de las prestaciones de la seguridad social del art. 10, en el que se recogen las reglas sobre afiliación, sin razón sistemática o material que lo aconseje. Y en sexto lugar, porque se refiere con carácter general a los servicios sociales, cuando algunos otros artículos del presentan también cuestiones que pudieran incluirse en ellos.”, IÑIGUEZ, D., “Artículo 14. Derecho ala Seguridad Social y los Servicios Sociales”, en SANTOLAYA, P., en *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*. Valladolid, Lex Nova, p.107.

<sup>262</sup> No obstante, algún sector doctrinal ha sostenido que el art. 10.1 LODYLE recoge una declaración genérica de acceso al sistema de la Seguridad Social por parte de los extranjeros, mientras que el art. 14.1 LODYLE lo que hace es concretar cuáles son los requisitos que han de cumplir dichos extranjeros para obtener las prestaciones del sistema. Otros autores estiman que las divergencias en la interpretación sistemática de los arts. 10 y 14 LODYLE ha de resolverse atendiendo a los requisitos específicos de cada prestación de Seguridad Social en concreto que, de algún modo, unas están vinculadas a la prestación de trabajo y otras tan sólo a la mera residencia. ESPLUGAS, C., y DE LORENZO, M., *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p.149.

<sup>263</sup> MORENO PÉREZ, J., y MOLINA NAVARRETE, C., “Comentario al artículo 14 LODYLE”, en MORENO PEREZ, J.L y MOLINA NAVARRETE, C. (Dirs.) *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración social*. Granada, Comares, 2001, p. 255; RUEDA VALDIVIA., R., “Derecho de la Seguridad Social y los Servicios Sociales”, en ESPLUGUES MOTA, C., (Coord.) *Comentarios a la Ley de Extranjería*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p.308; RAMOS QUINTANA, M., “Derecho al trabajo y los derechos en materia de

Los dos apartados siguientes del art. 14 LODYLE se refieren a los servicios y prestaciones sociales competencia de las Comunidades autónomas y son los preceptos que centrarán el análisis de este Capítulo y la primera parte del Capítulo III.

La redacción actual del art. 14.2 y 14.3 LODYLE es fruto de la versión inicial contenida en la Ley Orgánica 4/2000 y de la posterior reforma de la Ley Orgánica 2/2009.

El art. 14 fue objeto de reforma por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LODYLE por lo que cabe realizar algunas consideraciones al respecto. El contenido inicial del art. 14 Ley Orgánica 4/2000 ya hacía eco del sistema de acceso a través de dos velocidades. La primera, el derecho de los extranjeros en situación legal, a acceder tanto a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social como a los servicios sociales y prestaciones sociales básicas generales y específicas, en las mismas condiciones que los españoles. La segunda, según la cual sea cual sea la situación de los extranjeros, éstos tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.

Artículo 14. Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales. (redacción de la LO 4/2000 hasta la reforma LO 2/2009)

*2. Los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles.*

*3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas*

La reforma del art. 14 LODYLE, realizada por la LO 2/2009, se centra en el reconocimiento a los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, del derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico.

---

Seguridad Social”, en AJA FERNÁNDEZ, E., (Coord.) *Los derechos de los inmigrantes en España*. Valencia, Tirant lo Blanch, novedades de derecho público, núm.12, 2009, p.349-390.

Tal y como se deduce del debate parlamentario de la reforma, la extensión tiene como finalidad dar cumplimiento a los mandatos establecidos en la Declaración de los Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989<sup>264</sup>. Dicha declaración señala como principios básicos y fundamentales “*el derecho del menor al goce de los beneficios de la Seguridad Social y el acceso a los servicios médicos adecuados, así como el derecho a recibir el tratamiento que requiera cada caso particular, todo ello sin discriminación por ningún motivo y sin excepción alguna por razones de residencia*”. Si bien las enmiendas presentadas por los distintos grupos parlamentarios sólo aluden a la Declaración de los Derechos del Niño, hay que tener presente que en el ordenamiento estatal y autonómico existen otras normas como la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*, que impelen a los poderes públicos actuaciones en favor de este colectivo sin hacer distinción alguna en relación a su situación administrativa. Por otra parte, en 2007, España ratifica la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006<sup>265</sup>. A través de la firma y ratificación de esta Convención, el Estado español se compromete a garantizar el nivel de vida adecuado y de asistencia social a las personas con discapacidad y sus familias. La protección derivada del Convenio incluye el acceso a prestaciones como la alimentación, vestido y vivienda adecuados. Además, según se prevé en el art. 28.1, “*los Estados se comprometen a la mejora continua de las condiciones de vida de las personas discapacitadas y a la adopción de las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de los derechos garantizados sin discriminación por motivos de discapacidad*”.

El proyecto de reforma elaborado por el Gobierno y enviado al Congreso de los Diputados, no incluía ningún cambio al art. 14 de la LODYLE. El origen de las modificaciones se encuentra en las enmiendas propuestas por los grupos parlamentarios de Esquerra Republicana, Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds y Convergència i Unió. A través de esta intervención parlamentaria se propuso que los menores discapacitados tuvieran pleno acceso a los servicios sociales y se le extendiese la cláusula “en los mismos términos que los españoles”<sup>266</sup>.

<sup>264</sup> Instrumento de Ratificación, de 30 de noviembre de 1990, de la Convención de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. BOE núm. 313, de 31/12/1990.

<sup>265</sup> Instrumento de Ratificación, de 23 de noviembre de 2007, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96 de 21/04/ 2008).

<sup>266</sup> Véase el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm.31-8, de 9 de octubre de 2009



La redacción final de la reforma del art.14.2 LODYLE, reconoce a los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, el derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico. La opción del legislador de no identificar el derecho que le asiste a los menores discapacitados por vía de la referencia a los servicios especializados y, en cambio, acudir a los términos “tratamiento, servicios y cuidados especiales” se valora positivamente. Esto es así porque, como se verá a continuación, no hay claridad sobre el significado de los conceptos básicos y especializados, siendo la referencia al tratamiento servicios y cuidados una redacción clara que identifica el derecho que les asiste. Por otra parte, la redacción final de la reforma no incluye la cláusula de no discriminación contenida en la enmienda. No obstante, bajo una interpretación sistemática de dicho precepto con el texto constitucional y con la cláusula de no discriminación del art. 23 de la LODYLE, debe entenderse que los servicios, prestaciones y tratamientos se prestarán bajo el principio de igualdad y no discriminación.

En términos generales el art. 14.2 y 14.3 LODYLE reconoce el derecho a los servicios sociales en función de un estatus determinado como es la residencia, la condición de discapacidad y minoría de edad y la presencia en el territorio. Sobre este presupuesto, el artículo que se analiza abre la puerta a la discusión sobre la titularidad del derecho, es decir, la capacidad de un no nacional de ser titular de un derecho de naturaleza social. Asimismo, se discute también los términos o requisitos en que el legislador reconoce dicha titularidad y los límites que el principio de no discriminación juegan en este supuesto. Cuando el legislador español señala en el art. 14.2 y 14.3 LODYLE que los inmigrantes en situación administrativa regular y los menores discapacitados tienen derecho tanto a los servicios sociales básicos como especializados, mientras que los extranjeros que carecen de dicho estatus sólo acceden a los servicios básicos, por una parte implica el reconocimiento del derecho a un no nacional y, por otra, la negación de una parte de estos servicios, los especializados, a la población que no posee el permiso de residencia. Es decir, a población presente en el territorio no se le reconoce el acceso a los mismos o se le limita en función del estatus migratorio. En este sentido, las páginas que se presentan a continuación tienen como finalidad estudiar la titularidad del derecho a los servicios sociales por parte de la población inmigrante, para posteriormente se entrar en el análisis de los requisitos introducidos para el disfrute del derecho. Estos son: el padrón municipal, los plazos de residencia previa o la exigencia de un determinado permiso de residencia

## **2. La titularidad del derecho a los servicios sociales y el principio de no discriminación**

A la hora de analizar la titularidad y evaluar las limitaciones que legítimamente puede el legislador introducir al acceso a los servicios sociales es necesario tener en cuenta las propias particularidades y características de la asistencia social. Por una parte, el sistema de servicios sociales tiene como fundamento el principio de solidaridad social y son servicios que tienen como objetivo dotar de protección aquella población que por diversas razones se encuentra en un especial estado de vulnerabilidad social y/o de necesidad económica. Además, a través de los servicios sociales se busca evitar o actuar sobre los procesos de exclusión social, siendo justamente la población inmigrante un colectivo que por sus propias características se constituye como potencialmente excluido<sup>267</sup>.

Por otra parte, los servicios sociales se caracterizan también porque las partidas presupuestarias o los recursos destinados suelen constituir un límite para los mismos<sup>268</sup>. A modo de ejemplo las cuantías autonómicas de las Rentas Mínimas de Inserción varían entre el 50 y 70% del IPREM o las ayudas por hijo a cargo, a excepción del País Vasco, el promedio en las distintas Comunidades autónomas es de 500 euros anuales. Si bien, como se ha visto, en las últimas reformas de la legislación autonómica se ha realizado un importante esfuerzo por configurar las prestaciones de los servicios sociales como un derecho subjetivo y se intenta desligarlas de los límites presupuestarios, lo cierto es que continúan caracterizándose como un servicio donde la falta de disponibilidad presupuestaria puede constituirse como un criterio válido a la hora de denegar el acceso.

### **2.1 La titularidad del derecho a los servicios sociales**

El debate sobre la titularidad de las prestaciones sociales por parte de la población inmigrante puede situarse de manera muy gráfica a partir del caso del Ayuntamiento de Brescia (Italia), el cual decide otorgar una ayuda económica a favor de los hijos recién nacidos a nacionales italianos (*bonus bebè*). El Ayuntamiento justifica la exclusión de los no nacionales de la posibilidad de solicitar la ayuda porque, a consideración del órgano emisor, en una sociedad

<sup>267</sup> Véase apartado II del capítulo tercero

<sup>268</sup> En 2005 España destinó el equivalente al 0.2% del PIB a exclusión social, porcentaje solamente mayor a los de Estonia, Lituania e Italia. Expresado en unidades de poder de compra (upc) por habitante, supuso un gasto de apenas 42.2 upc, apenas rozando el gasto promedio de la UE 15 para el mismo año (82.2 upc). NAVARRO, V., y REYNOLDS, J., "La inversión en protección social en España en el contexto de la Unión Europea. El reto de déficit social", en NAVARRO, V., (Dir.) *La situación social en España ... op.cit.*, p.123.

multicultural no tienen porque realizarse políticas similares y en este caso la familia italiana se encuentra en una posición de fragilidad dado que el índice de natalidad es menor que el de las familias extranjeras y por lo tanto se entiende justificable y legítimo la exclusión de las familias no nacionales de tal ayuda<sup>269</sup>.

Según la norma italiana art. 41 del *Decreto legislativo num.286 de 25 luglio de 1988, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, el régimen de acceso a los servicios sociales para los extranjeros no comunitarios es el siguiente:

*Gli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, nonché i minori iscritti nella loro carta di soggiorno o nel loro permesso di soggiorno, sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste per coloro che sono affetti da morbo di Hansen o da tubercolosi, per i sordomuti, per i ciechi civili, per gli invalidi civili e per gli indigenti.*

Posteriormente, el art. 80.19 *Legge finanziaria del 23 de dicembre de 2000 n.388* incorpora el requisito de *carta di soggiorno* (residencia de larga duración UE) para el acceso a las prestaciones constitutivas de derecho subjetivo<sup>270</sup>.

Bajo esta regulación el acceso a los servicios sociales se rige bajo el siguiente esquema: el acceso a las prestaciones asistenciales que tienen naturaleza de derecho subjetivo (*assegno sociale i provvidenze economiche*) se reconoce a los extranjeros titulares de *carta di soggiorno* (permiso de residencia de larga duración UE); mientras que, el resto de prestaciones y servicios sociales se reconoce a los extranjeros que poseen al menos un

<sup>269</sup> El Tribunal de Brescia, ord. 20.2.2009 declara la norma discriminatoria al señalar que la diversidad de trato entre ciudadanos y extranjeros no encuentra ninguna justificación y que en todo caso si el objetivo es el fomento de la natalidad no resulta legítimo la distinción entre nacionales y no nacionales. Véase el análisis que sobre la misma realiza la profesora Cecilia Corsi, en CORSI, C., "Prestazioni assistenziali e cittadinanza", in *Rivista Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, núm. 2, 2009, p.33-35.

<sup>270</sup> Art. 80.19 *legge finanziaria del 23 de dicembre de 2000 n.388*, "Ai sensi dell'articolo 41 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, l'assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali sono concessi, alle condizioni previste dalla legislazione medesima, agli stranieri che siano titolari di carta di soggiorno; per le altre prestazioni e servizi sociali l'equiparazione con i cittadini italiani è consentita a favore degli stranieri che siano almeno titolari di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno. Sono fatte salve le disposizioni previste dal decreto legislativo 18 giugno 1998, n. 237, e dagli articoli 65 e 66 della legge 23 dicembre 1998, n. 448, e successive modificazioni".

*permesso di soggiorno* de duración no inferior a un año (este permiso se otorga cuando el extranjero lleva residiendo legalmente en Italia por un periodo de dos años).

Siguiendo el principio de jerarquía normativa la norma del Ayuntamiento de Brescia contradice lo dispuesto en Decreto legislativo y, por lo tanto, desde un punto de vista formal resulta contrario al principio legalidad y, por ende, al texto constitucional. Sin embargo, es difícil entender que la norma en materia de extranjería puede suponer un límite para la potestad normativa de los ayuntamientos, cuando el propio legislador estatal omite los términos en que se reconoce el acceso a las prestaciones sociales.

En este sentido, a partir el 2001 son varias las normas a nivel estatal que modifican el régimen de acceso a las prestaciones asistenciales<sup>271</sup>. Este es el caso de la *Legge finanziaria del 2001, de 23 dicembre 2000, n. 388*, donde en su art. 80.5. limita una ayuda social (cheque) a los núcleos familiares de 3 o más hijos a los solicitantes italianos o comunitarios<sup>272</sup>. La *Legge finanziaria 2006, de 23 dicembre 2005, n. 266*, art. 1 del 330-336 otorga a cada recién nacido a partir del 2005 un cheque de 1.000 euros. Esta prestación es reconocida a los titulares de la potestad de los hijos siempre que sean residentes italianos o comunitarios<sup>273</sup>. La *Legge 6 agosto 2008, n. 133, conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la*

<sup>271</sup> Véase BIONDI, F., "I diritti sociali degli stranieri tra frammentazione e non discriminazione. Alcune questioni problematiche", in *Le istituzioni del Federalismo*, n. 5, 2008, p.558-595; VRENNNA, M., "Le prestazioni economico-assistenziali e gli immigranti extracomunitari", in *Gli stranieri, Rassegna di studi, giurisprudenza e legislazione*, n.1, 2004, p.1-9.

<sup>272</sup> "L'assegno di cui all'articolo 65 della legge 23 dicembre 1998, n. 448, e successive modificazioni, come ulteriormente modificato dal presente articolo, e come interpretato ai sensi del comma 9, e' concesso, nella misura e alle condizioni previste dal medesimo articolo 65 e dalle relative norme di attuazione, ai nuclei familiari di cui al decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 109. e successive modificazioni, nei quali siano presenti il richiedente, cittadino italiano o comunitario, residente nel territorio dello Stato, e tre minori di anni 18 conviventi con il richiedente, che siano figli del richiedente medesimo o del coniuge o da essi ricevuti in affidamento preadottivo."

<sup>273</sup> "330. Al fine di assicurare la realizzazione di interventi volti al sostegno delle famiglie e della solidarietà per lo sviluppo socio-economico, è istituito presso lo stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze un fondo, con una dotazione finanziaria di 1.140 milioni di euro per l'anno 2006, destinata alle finalità previste ai sensi della presente legge.

331. Per ogni figlio nato ovvero adottato nell'anno 2005 è concesso un assegno pari ad euro 1.000.

332. Il medesimo assegno di cui al comma 331 è concesso per ogni figlio nato nell'anno 2006, secondo o ulteriore per ordine di nascita, ovvero adottato.

333. Il Ministero dell'economia e delle finanze comunica per iscritto, entro il 15 gennaio 2006, la sede dell'ufficio postale di zona presso il quale gli assegni possono essere riscossi con riferimento all'assegno di cui al comma 331 e, previa verifica dell'ordine di nascita, entro la fine del mese successivo a quello di nascita o di adozione con riferimento all'assegno di cui al comma 332. Gli assegni possono essere riscossi, in deroga ad ogni disposizione vigente in materia di minori, dall'esercente la potestà sui figli di cui ai commi 331 e 332, semprechè residente, cittadino italiano ovvero comunitario ed appartenente a un nucleo familiare con un reddito complessivo, riferito all'anno 2004 ai fini dell'assegno di cui al comma 331 e all'anno 2005 ai fini dell'assegno di cui al comma 332, non superiore ad euro 50.000.

competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria, introduce en su art. 81.32 la denominada *carta di acquisiti*. Esta tarjeta habilita la adquisición de bienes y servicios como, entre otros, alimentos genéricos, pago de las facturas de electricidad, costo del suministro de gas. La Ley reserva el acceso a dicha tarjeta únicamente a la población italiana excluyéndose directamente a los extranjeros<sup>274</sup>.

La Legge 28 gennaio 2009, n. 2 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, recante misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale", prevé en su art. 19.18 que el reembolso de los gastos corrientes para la adquisición de leche en polvo y pañales para los recién nacidos hasta tres meses exclusivamente para ciudadanos italianos<sup>275</sup>.

Acudir al Derecho comunitario para solventar la cuestión planteada por la norma del Ayuntamiento de Brescia no resulta de gran ayuda. En la década de los setenta la entonces Comunidad Económica Europea dicta el *Reglamento 1408/1971 del Consejo, de 14 de junio, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros*. Por vía de esta norma se busca garantizar el acceso a las prestaciones de Seguridad Social con independencia de la nacionalidad a los trabajadores nacionales de un Estado miembro desplazados a otro Estado miembro. En el año 2003 por vía del *Reglamento 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003* los efectos del Reglamento 1408/1971 son aplicables también a la población inmigrante residente. Sin embargo, existen varias limitaciones que excluyen un análisis desde la perspectiva comunitaria. En primer lugar, porque según el Reglamento 859/2003 la posibilidad de reconocimiento de las prestaciones requiere la constatación de que todos los elementos no estén situados en un sólo país. Lo cual lleva a que para la aplicación de la normativa comunitaria sea necesario la movilidad del trabajador

---

<sup>274</sup> Art. 81.32. "In considerazione delle straordinarie tensioni cui sono sottoposti i prezzi dei generi alimentari e il costo delle bollette energetiche, nonché il costo per la fornitura di gas da privati, al fine di soccorrere le fasce deboli di popolazione in stato di particolare bisogno e su domanda di queste, e' concessa ai residenti di cittadinanza italiana che versano in condizione di maggior disagio economico, individuati ai sensi del comma 33, una carta acquisti finalizzata all'acquisto di tali beni e servizi, con onere a carico dello Stato".

<sup>275</sup> Art. 19.18. Nel limite di spesa di 2 milioni di euro per l'anno 2009, ai soggetti beneficiari delle provvidenze del Fondo di cui all'articolo 81, comma 29, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e' altresì riconosciuto il rimborso delle spese occorrenti per l'acquisto di latte artificiale e pannolini per i neonati di età fino a tre mesi. Con decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono stabilite le modalità di attuazione del presente comma.



comunitario de un Estado miembro hacia otro. En segundo lugar, el Reglamento 1407/71 se aplica expresamente sólo a las prestaciones no contributivas, es decir a la asistencia social estatal, y difícilmente puede entenderse que se incluyen las prestaciones provenientes del sistema de servicios sociales de las Comunidades autónomas.

Un panorama distinto se encuentra al acudir a la jurisprudencia del TEDH. El intérprete del CEDH ha emitido interesantes pronunciamientos al respecto. En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo ha venido delineado de forma progresiva un principio de no discriminación en relación al acceso a las prestaciones asistenciales entre la población nacional y la población inmigrante residente<sup>276</sup>.

Así, en el *Asunto Gaygusuz c. Austria*, de 10 de septiembre de 1996, se pronuncia sobre la denegación de una prestación asistencial tiene como presupuesto la contribución previa a la Seguridad Social; en el *Asunto Koua Poirrez c. Francia*, de 30 de septiembre de 2003, se analiza el alcance del principio de igualdad sobre prestaciones sociales previsto en los convenios bilaterales entre Estados en materia de prestaciones sociales. Bajo la jurisprudencia del Tribunal, los Estados no pueden justificar la diferencia de trato entre un nacional y un extranjero en la finalidad de priorizar la protección a los nacionales, dado que, la situación que ostenta el extranjero, en supuestos de contribución previa o convenio, es equiparable al de los nacionales y, por lo tanto, un trato diferente constituirá una discriminación por razón de nacionalidad. También desarrollan la prohibición de discriminación en razón de nacionalidad, el *Asunto Moser contra Austria*, de 21 de septiembre del 2006, en el que el Tribunal se pronuncia sobre el acceso de una nacional serbia y su hija, ambas en situación irregular, a una casa de acogida para madres que carecen de hogar. En el *Asunto Weller c. Hungría*, de 31 de marzo de 2009, se examina la conformidad con el art. 14 CEDH en conexión con el art. 8 CEDH en el caso de la exclusión del acceso a prestaciones sociales por nacimiento de hijo a una nacional Rumana residente legal en Hungría. En el *Asunto Andrejeva c. Letonia*, de 18 de

---

<sup>276</sup> La primera cuestión que ha tenido que solventar el TEDH ha sido la inexistencia de un derecho en el Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo a los servicios o prestaciones sociales. Sin embargo, para solventar este impedimento el Tribunal en el *Asunto Gaygusuz contra Austria*, entiende que las prestaciones sociales hacen parte del derecho de propiedad contenido en el art.1 del Protocolo Adicional y, por lo tanto, son objeto de protección por el Convenio. Posteriormente *Asunto Anotonakopoulos y otros contra Grecia*; *Asunto Petrovic c. Austria*, de 27 de marzo de 1998, relativa la prestación por nacimiento a favor del padre; *Asunto Wessels-Bergervoet c. Holanda*, de 4 de junio de 2002, relativa a una pensión de vejez en favor de la mujer del cónyuge; *Asunto Willis c. Reino Unido*, de 11 de junio de 2002 sobre el disfrute de una pensión fuera del territorio nacional. En el *Asunto Axinas c. Chipre* de 20 de junio de 2002 sobre los efectos de una medida sancionadora relativa al vencimiento de una pensión de vejez se consolida la vinculación de las prestaciones sociales con el derecho de propiedad.

febrero de 2009 y *Asunto Carson y otros c. Reino Unido*, de 4 de noviembre de 2008 se examina el acceso a una pensión de un nacional con residencia permanente.

En otros casos el objeto de la discriminación no es la exclusión de los no nacionales de los beneficios asistenciales, sino la limitación del acceso a aquellos que poseen una determinada categoría de permiso de residencia. Este es el caso de *Niedzwiecki contra Alemania*, de 25 de octubre de 2005 y *Okpisk contra Alemania*, de 15 de febrero de 2006, donde el Tribunal examina la conformidad con el art. 14 CEDH de la limitación al acceso a las prestaciones por hijo a cargo sólo a aquellos que poseen un permiso de residencia permanente.

Teniendo en cuenta la casuística a que da lugar el análisis de cada uno de los pronunciamientos, se renuncia a realizar un estudio general y se opta por analizarlos forma individual en cada uno de los apartados de esta tesis. En todo caso cabe señalar que la jurisprudencia del TEDH ha intentado mantener un equilibrio entre el derecho de los Estados a controlar los titulares de los beneficios sociales y la necesidad de impedir la discriminación respecto de las personas que han desarrollado una vinculación de hecho o de derecho con el Estado en cuestión. El Tribunal ha dado pocas posibilidades al margen de apreciación nacional cuando la diferencia de trato se basa en la nacionalidad y se excluye a los no nacionales que poseen residencia legal. El ámbito de protección del art. 14 CEDH se extiende también a las diferencias en el acceso entre ciudadanos con residencia permanente y temporal. En este sentido, la existencia de un vínculo materializado en la residencia legal en el territorio y/o las contribuciones a la Seguridad Social emerge, para el Tribunal, como un límite a la posibilidad de los Estados de regular el régimen de acceso al Estado del bienestar. En cambio, ha dado mayor juego al margen de apreciación nacional cuando el potencial beneficiario se encuentra en situación irregular, o cuando el nexo con el territorio aún siendo legal es tenue. Así, el *Asunto Bah c. Reino Unido* de 27 de septiembre de 2011 sobre el acceso a los beneficios en materia de vivienda de un menor reagrupado que llevaba menos de un año residiendo en territorio nacional.

La *Corte Costituzionale* también ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto del papel que juega la nacionalidad en el acceso a las prestaciones asistenciales. La *sentenza* n.432 de 2005 analiza la constitucionalidad del art. 8.2 de la Ley 1/2002 de la Lombardía, de 12 de enero de 2002. La Ley lombarda reconocía el acceso gratuito al servicio de transporte público a las personas con una invalidez del 100%, siempre que cumplieran el doble requisito de:

poseer la nacionalidad italiana y residir en territorio italiano. En este sentido la Ley lombarda negaba el acceso a una prestación social, el servicio gratuito de transporte, a la población no nacional<sup>277</sup>.

Tras resolver una cuestión de naturaleza competencial, la Corte entra a juzgar la disposición desde el punto de vista material y analiza la posible vulneración del texto constitucional bajo el prisma del derecho a la salud. Para el *giudice della legge* existió un *nucleo irrinunciabile del diritto alla salute* que hace parte del ámbito inviolable de la dignidad humana y debe ser reconocido a los extranjeros con independencia a su posición respecto a las normas que regulan el ingreso y la residencia en el Estado, lo cual no excluye la posibilidad al legislador prever diversas modalidades de ejercicio sobre el mismo (FJ 5.1). La tarifa gratuita sobre el transporte que pueden disfrutar las personas que padecen una invalidez de 100% es una medida destinada a garantizar un derecho fundamental, por lo que “*il requisito della cittadinanza non può assumersi -come deduce la Regione- come uno specifico presupposto che condiziona l'ammissione al regime di favore, non diversamente degli altri specifici requisiti che ad identificare le singole categorie privilegiate*” (F.J 5.2). La nacionalidad se presenta como una categoría del todo arbitraria, donde no hay ningún nexo razonable entre la condición política de admisibilidad al beneficio (ciudadanía italiana) y otros requisitos particulares (invalidez 100% y la residencia). La Corte declara la inconstitucionalidad la norma, señalando que la distinción sobre *i diritti inviolabili della personalità* en base a la ciudadanía es siempre arbitraria y, en cambio, la distinción en base a la residencia (tiempo de residencia) dependerá de la regulación específica de cada caso (con el fin de no convertirse en una discriminación indirecta) (F.J 5.2).

La precisión de la *Corte Costituzionale* relativa a que la nacionalidad es siempre arbitraria y la distinción en base a la residencia debe valorarse en relación a cada caso concreto resulta ser la aportación que más elementos da a la hora de analizar el acceso a las prestaciones asistenciales. No obstante, principal problema del razonamiento de la Corte es la dificultad

---

<sup>277</sup> El Gobierno regional defiende la legitimidad de la medida bajo dos argumentaciones. Por una parte, desde un punto de vista técnico sostiene que la circulación gratuita para algunas categorías de sujetos no se puede configurarse como una categoría esencial, ni como una prestación constitucionalmente obligada; ésta no hace parte de los “*servizi minimi*” o de aquellos de “*obblighi di servizio pubblico*” a los que se refieren los arts. 16 y 17 del decreto legislativo n.42, de 19 de noviembre de 1997. Por otra parte, legitima la norma acudiendo a la limitación del gasto público. Así, a juicio de la Lombardía se trata de un asunto de discrecional del legislador regional, dado que la carga recae directamente sobre la finanzas de los entes locales, los cuales deben reembolsar a las agencias concesionarias del servicio de transporte la tarifa subvencionada. La Región entiende que la norma busca mediante la restricción a los no nacionales controlar el gasto público y no penalizar las finanzas locales.

que plantea la determinación de que prestaciones sanitarias conforman *nucleo irrinunciabile del diritto* y que prestaciones quedan por fuera del mismo. La clave de la sentencia está en que la Lombardía excluye del acceso a la prestación a toda la población no nacional sin realizar distinción o graduación alguna, además de contravenir el Derecho comunitario, la exclusión en tales términos constituye para la Corte una diferenciación arbitraria e irrazonable, una diferenciación claramente identificable como odiosa.

Bajo este panorama la nacionalidad no puede ser utilizada como un fin legítimo en sí mismo para denegar el acceso a las prestaciones sociales y, por lo tanto, los inmigrantes son titulares del derecho a los servicios sociales, si bien esto queda limitado a la regularidad de la estancia. Ello es así porque el extranjero que reside legalmente en el país se encuentra en una posición similar a la del nacional. Siendo el vínculo con el territorio en términos de ciudadanía el elemento que entra a garantizar y graduar el acceso a los derechos. La transformación social y jurídica que conlleva la inmigración conlleva también a que *“la cittadinanza avrebbe perso, nella sua configurazione attuale, il significato di appartenenza ad una comunità di ordine razziale (una comunità di sangue) o di ordine etnico-culturale (una comunità di valori) per assumere il carattere di un criterio di distinzione meramente tecnico-giuridico”*<sup>278</sup>. La ciudadanía entendida como el *“vínculo entre una persona y su Estado”* (Convención Europea sobre nacionalidad de 14 de mayo de 1997) ha perdido su carácter exclusivo de nexo entre derecho y titularidad. Actualmente la conexión con el territorio materializada en un permiso de residencia es también un vínculo con el Estado, al punto que una diferenciación en el acceso a los servicios sociales única y exclusivamente por razón de nacionalidad es desde el punto de vista constitucional de difícil justificación<sup>279</sup>.

La LODYLE reconoce efectivamente la titularidad sobre los servicios sociales en éstos términos, concretamente el art. 14.2 señala que *“los extranjeros con residencia legal en España gozarán de los servicios sociales en las mismas condiciones que los españoles”*. Sin embargo, la titularidad del derecho en este caso no proviene de la Ley de extranjería, pues ello implicaría una desconstitucionalización del derecho y dejar en manos del legislador orgánico su libre modificación. La Constitución Española, como ya se ha señalado, no es de gran

<sup>278</sup> CUNIBERTI, M., *“L’illegittimità costituzionale dell’esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale”*, in *Le Regioni*, n. 2/2006.

<sup>279</sup> Sobre la relativización del concepto de nacionalidad, AMIRANTE, C., *Cittadinanza (Teoria generale)*, in *Enc. giur., Aggiornamento*, XII, 2004, p.7-10; SAURA ESTEPÀ, J., *La nacionalidad y nuevas fronteras en Europa*. Madrid, Marcial Pons, 1998, p.15 y ss.

ayuda, por una parte el art. 10.1 remite a la Ley y a los Tratados internacionales el reconocimiento de los derechos y, por otra, el art. 50 recoge los servicios sociales como unas prestaciones dirigidas a la tercera edad. Con todo ello no quiere decir que no puedan extraerse el texto constitucional principios de interpretación sobre la titularidad.

Así, el art. 13 CE señala que los derechos serán reconocidos en los términos de los Tratados internacionales. En primer lugar, los instrumentos internacionales firmados por España en materia de asistencia social reconocen este derecho también para la población no nacional que se encuentre residiendo legalmente en el territorio<sup>280</sup>.

En segundo lugar, en todos los asuntos sometidos a examen al TEDH ha indicado la inexistencia de una razón suficiente para excluir de forma implícita a población que el propio Estado ha reconocido como legal. En tercer lugar, esta posición acaba siendo reforzada por la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. La norma reconoce a los residentes de larga duración el mismo trato que los nacionales en lo que respecta, entre otros, a las prestaciones de la Seguridad Social, de la asistencia social y de la protección social tal y como se definen en la legislación nacional; o la acceso a bienes y a servicios y el suministro de bienes y servicios a disposición del público, así como los procedimientos para acceder a la vivienda (art. 11 d y f).

## 2.2 Aplicación del principio de igualdad y no discriminación

Dejar de lado la nacionalidad lleva a centrar el estudio sobre los límites al acceso a los servicios sociales en relación con los criterios basados en la residencia y/o en la mera presencia en el territorio. El art. 14 LODYLE extiende la cláusula “*en las mismas condiciones que los españoles*” y por lo tanto conlleva la prohibición de tratos diferenciados que tengan como fundamento única y exclusivamente la condición de inmigrante. Además la posición del extranjero residente es reforzada con las cláusulas antidiscriminatorias previstas en el art. 23.2 c LODYLE

---

<sup>280</sup> En este sentido los Convenios del Consejo de Europa relativos a la asistencia social y médica, de 11 de diciembre de 1953 (BOE núm. 41, de 17 de febrero de 1984), Carta Social Europea de 12 de octubre de 1961 (BOE núm.153, de 26 de junio de 1980).



*“En cualquier caso constituyen actos discriminatorios: c) Todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley orgánica, al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad”.*

Bajo la posición defendida en este trabajo de investigación, las limitaciones que el legislador decida aplicar sobre el acceso a los servicios sociales serán entendidas como arbitrarias o irrazonables en función del análisis del denominado test de la proporcionalidad. Dentro de este test el elemento extranjero legitima los límites a los derechos siempre que se tenga como finalidad el control de los flujos migratorios, la preferencia del nacional en el acceso al mercado de trabajo y la integración social.

Retomando el estatuto escalonado, la conexión con el territorio como elemento atributivo del derecho implica asimismo, en palabras de la profesora Corsi, que *“in alcuni casi potrà essere necessario che si tratti di lavoratore, in certi casi anche altri titoli di soggiorno possono dar diritto al godimento i alcune diritti sociali, in altre ipotesi il dato residenza (o l'abitual dimora) diviene fondamentale, talvolta anche la mera presenza sul territorio può essere sufficiente”*. En este sentido, *“spetta al legislatore individuare, di volta in volta, quel collegamento con la comunità italiana che dà accesso al godimento di questi diritti”*.<sup>281</sup>

Una de las finalidades por las cuales resulta legítimo modular la titularidad o condicionar el ejercicio del derecho a la población inmigrante es el control de los flujos migratorios. En este sentido, el profesor Roig recuerda que los derechos “centrados en su carácter prestacional tampoco presentan una especial vinculación con las finalidades propias del derecho de extranjería en su sentido limitador de flujos. La educación, la salud, las prestaciones de asistencia social, sólo en casos muy extremos pueden incidir en la entrada de extranjeros”.<sup>282</sup> Podría argumentarse que el acceso universal a los servicios sociales puede favorecer la llegada de nueva población. Autores como Borja sostienen que el Estado de bienestar tiende a favorecer la inmigración de trabajadores poco cualificados y efectivamente constituye un

<sup>281</sup> CORSI, C., *Lo Stato e lo straniero...* op. cit., p.388.

<sup>282</sup> ROIG MOLÉS, E., “Los derechos de los extranjeros ... op. cit., p.629.

efecto llamada dado que la población inmigrante se agrupará en los Estados que ofrecen altos niveles de bienestar<sup>283</sup>.

La teoría neoclásica sostiene que el fenómeno migratorio a nivel macro se explica por las diferencias geográficas en el suministro y demanda laboral. A nivel micro razona que los inmigrantes como individuos nacionales, individuos racionales que buscan la maximización de sus ingresos, deciden moverse bajo un esquema de costo-beneficio. Asumiendo la libertad de elección y el libre acceso a la información, las personas decidirán migrar a aquellos lugares donde ellos puedan ser más productivos y obtener un mayor número de beneficios. Incluso ha llegado a plantearse la incompatibilidad entre Estado de bienestar e inmigración<sup>284</sup>

Para el autor norteamericano la determinación de migrar viene a ponderarse entre las posibilidades de ganancia en el país de origen, las posibilidades de ganancia en el país al que se migra y los costes migratorios. Las prestaciones sociales provenientes del Estado de bienestar juegan un papel de incremento respecto de las ganancias que el inmigrante pueda obtener en el país receptor y por lo tanto *differences in welfare benefits generate strong magnetic effects on the immigrant population*. A su entender, la inmigración desarrollará una tendencia mayor que los nativos a agruparse en aquellos Estados donde los beneficios del bienestar son mayores<sup>285</sup>.

En la doctrina española este debate surgió como consecuencia de la exigencia de los años de residencia previos requeridos por la LGSS para el acceso a las prestaciones no contributivas. Una parte de la doctrina española sostiene que la razón de limitar el acceso se plantea desde la política migratoria. Donde los sistemas de Seguridad Social intentan protegerse frente a posibles migraciones de población marginal a la búsqueda de prestaciones de esta naturaleza; se trata de prevenir el denominado “turismo social”<sup>286</sup>.

---

<sup>283</sup> BORJAS, G. J., “The economics of migrations”, *Journal of Economic Literature*, núm. 32, 1999, p.1667-1717. En el mismo sentido, BOERI, T., *Immigrazione e Stato Sociale in Europa*. Milano, Egea. Edizioni Giuridiche Economich, 2001.

<sup>284</sup> FREEDAM, G., “Migration and the political Economy on the Welfare State”, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, núm. 485, 1986, p.51 y ss.

<sup>285</sup> BORJAS, G. J., “Immigration and Welfare Magnets”, in *Journal of Labor Economics*, vol. 17, núm. 4, part 1, 1999, pp.607-637.

<sup>286</sup> MALDONADO MOLINA J.A., “El requisito de residencia en el nivel no contributivo de la Seguridad Social. A propósito de la STJCE de 25 de febrero de 1999. asunto C-90/1997 Swaddling”, en *Actualidad Laboral*, núm. 6. p. 483-492. En el mismo sentido, ALARCÓN y GONZÁLEZ ORTEGA., *Compendio de la Seguridad Social*. Madrid, Tecnos, 1992. p.272 y 357

Sin embargo estudios demuestran que factores como las posibilidades laborales y la existencia de redes migratorias tienen un mayor poder de influencia en el hecho que personas de otras partes del planeta se planteen iniciar un proyecto migratorio. Para autores como Nannestad las debilidades de la teoría de Borjas se encuentran en omitir el impacto de las instituciones en el número y composición de los flujos migratorios en los Estados de Europa occidental. A su entender, son las políticas nacionales de inmigración aquellas que dirigirán las características de la población inmigrante. Tampoco tiene en cuenta otras decisiones individuales como la existencia de redes migratorias que facilitarán las decisiones migratorias. Finalmente, el modelo omite aspectos como las diferencias individuales para asumir riesgos dado que los individuos con bajos recursos tienden a tomar más riesgos que otros y esto influye en el número y la composición de los flujos migratorios. Asimismo el autor señala como estudios en los que se analizan 129 recursos de 27 países de la OCDE entre el periodo 1990-2000 no encuentran evidencias claras del efecto llamada del Estado de bienestar<sup>287</sup>.

El profesor Arango indica como en el caso de la Unión Europea abren dudas sobre la propensión general de los individuos a movilizarse en función de las diferencias salariales y del Estado del bienestar. Así, el principio de libertad de movimiento para los nacionales de los 15 Estados miembros coincide con un limitado número de trabajadores migrantes, pese a que existen importantes diferencias en nivel de salarios y Estado del bienestar. La escasa movilidad laboral entre los 15 países de la UE sugiere que la propensión a la que la teoría neoclásica se refiere no es ajena o independiente del nivel de salarios o de bienestar del país de origen y por lo menos alcanzado un cierto bienestar esta tendencia desaparece<sup>288</sup>.

Para Zavony el efecto magnético del Estado de bienestar es falso y esta causado por el hecho que los primeros inmigrantes se han localizado en Estados con un nivel de bienestar amplio entendido no como la posibilidad de acceder a prestaciones asistenciales sino en sentido general condicionales laborales, seguridad pública, nivel adquisitivo, nivel educativo, posibilidades futuras para los hijos, entre otros. Y son realmente las redes migratorias aquellas

---

<sup>287</sup> NANNESTAD., P., Immigration and welfare states A survey of 15 years of research, in *European Journal of Political economy*, núm. 23, 2007, p.512-533. Sobre los informes de la OCE que cita el autor véase., PERDERSEN, P.J., et alt., *Selection or Network Effects?. Migration Flows into 27 OECD Countries, 1990-200*. Discussion Paper, vol, 1104, Bonn, IZA.

<sup>288</sup> ARANGO, J., "Explaining migration: a critical view", in *International Social Science Journal*, num. 52(165), 2000, p.287.

que parecen dominar a la hora de direccionar la inmigración hacia un país u otro<sup>289</sup>. En un papel mucho más relevante en la configuración del denominado efecto llamada aspectos como las políticas de visados y control de fronteras, y así como las posibilidades de encontrar empleo en el país de llegada. En todo caso un amplio Estado de bienestar y de acceso a prestaciones podría jugar como un elemento que evita la salida de población inmigrante en momentos en los que el mercado laboral se contrae. Ahora bien, se deberían analizar otros aspectos como el régimen administrativo de extranjería o el nivel de arraigo en la población.

Un segundo elemento a valorar es el papel del coste económico de los derechos como límite al acceso a los mismos. En el campo de las prestaciones sociales, la problemática que se presenta gira en torno a la escasez de recursos o los límites presupuestarios para el desarrollo de las prestaciones sociales. El reconocimiento efectivo y sin discriminación sobre las prestaciones de los servicios sociales a la población inmigrante arrastra consigo uno de los principales problemas que padece este campo de protección social, su limitación presupuestaria. Tal es así, que “es en este punto donde más claramente se ponen de manifiesto las tensiones entre equilibrio financiero y universalidad. La ‘piedad peligrosa’, el peligro que puede suponer una carga imprevista de prestaciones. A tal efecto, es importante tener presente que la realización de un derecho fundamental de prestación es siempre costosa, pues es necesario decidir qué medios financieros se puede disponer para tal realización en el marco de la política presupuestaria estatal y de sus particulares”<sup>290</sup>.

Esta fue la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Asunto Moser contra Austria*, de 21 de septiembre del 2006<sup>291</sup>. El Tribunal da por válido el argumento del Gobierno según el cual no se decretó la entrada de la demandante y su hijo a un centro de acogida de madres solteras, no por razón de la nacionalidad de la misma (ciudadana serbia), sino en función de la disponibilidad de plazas en el centro de acogida. Según la Ley de protección del

<sup>289</sup> ZAVONDY, “Determinants of recent immigrants location choices, in *International Migration Review*, núm 33, 1999, p.1014-1030.

<sup>290</sup> MERCADER UGUINA, J., *La protección social de los trabajadores extranjeros*, defendida en el XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Publicada en AA.VV. *Derechos y libertades de los extranjeros en España*. Santander, Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico, tomo II, 2001, p.1147.

<sup>291</sup> La demandante de nacionalidad serbia fue privada, por los servicios de protección de menores de la custodia de su hijo, como consecuencia de la ausencia de medios económicos y de residencia legal. La actora alegaba la violación del art. 14 CEDH, porque considera que si hubiese sido nacional, la medida adoptada por el servicio de protección de menores hubiese sido su ingreso en un centro de acogida para madres con hijos. El Tribunal entiende que hubo una violación del Convenio de Derechos Humanos, no respecto del art. 14 CEDH, sino al art. 8 CEDH, en su vertiente procesal, porque la demandante no participó adecuadamente en el proceso y del art. 6.1 CEDH por violación del principio de igualdad de armas.

menor austríaca el ingreso de madres e hijos, o niños de corta edad en centros especializados y el acceso a los mismos no se concede dependiendo de la nacionalidad. Tanto para los nacionales como para los no nacionales no existe un derecho al ingreso. Éste será concedido únicamente en base a la disponibilidad.

Los servicios sociales hacen parte de los llamados “derechos de prestación” y, por tanto, la naturaleza económica de estos derechos en principio legitima la restricción de su titularidad<sup>292</sup>. El marco constitucional y normativo obliga a los poderes públicos, precisamente por el carácter prestacional de los derechos sociales, a estructurar un conjunto de actuaciones que permitan satisfacer necesidades básicas en tiempos, lugares y condiciones cambiantes. Por otra parte, la Constitución ha sometido a los derechos sociales a una 'reserva económica de lo posible', retrasando la máxima eficacia de estos derechos hasta el momento en que los poderes públicos la hagan materialmente viable y quedando a su decisión la búsqueda de medios para lograrlo<sup>293</sup>. El Estado se encuentra con la dicotomía de la extensión subjetiva y sin discriminación del derecho a la protección social como factor esencial de los postulados de un Estado democrático y del desarrollo del principio de solidaridad, además del fomento a la integración, con la escasez de recursos económicos que se presenta en los servicios sociales<sup>294</sup>.

Si el interés financiero puede ser utilizado como criterio para la extensión/restricción subjetiva de las prestaciones sociales, el peligro latente de tal argumento radica, justamente, en acudir a éste para legitimar cualquier diferenciación de trato entre los diversos sujetos en

---

<sup>292</sup> La doctrina alemana ha incorporado “la cláusula de la reserva de lo posible” ALEXI, R., *Teoría de los Derechos fundamentales* ... op.cit. p.352 y ss. Esta postura doctrinal mayoritaria y asumida por el Tribunal Constitucional, ha sido cuestionada al entenderse que el coste económico es un característica que se predica de todos los derechos incluidas las libertades, no solo los derechos sociales. Ver. HOLMES S., and SUNSTEIN, C., *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York, W. W. Norton & Co., 1999; ABRAMOVICH, V y COURTIS, C., *Los derechos sociales* ... op.cit., cap I.

<sup>293</sup> CHARRO BAENA, P., y BELLOCH SANZ, P., “Algunas consideraciones jurídicas sobre el Estado Social y el fenómeno migratorio”, en *Políticas Sociales y Estado de bienestar en España: Las migraciones*. Madrid, Fundación hogar del empleado, 2002, p.98. La necesidad de contener el gasto ha sido aceptado por el Tribunal Constitucional, el cual ha aceptado que la exigencia financiera pueda adquirir relevancia respecto a las posiciones que ostentan los ciudadanos.

<sup>294</sup> Garantizar la estabilidad económica de una familia con independencia de su estatus migratorio sin duda tendrá no sólo efectos desde el punto de vista individual, sino que ello implicará también un aumento del bienestar para la población en general. Para un estudio mas a fondo sobre la relación integración/protección social ver SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante. La dialéctica universalidad/ciudadanía”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 63, 2006.



relación al acceso a las prestaciones asistenciales<sup>295</sup>. Esto es así, porque sin duda, limitar los sujetos beneficiarios de una prestación produce un efecto similar a la contención del gasto, pero razonando en éstos términos podría justificarse cualquier exclusión de los sujetos desprovistos de un determinado estatus de cualquier beneficio, más cuando la decisión sobre el financiamiento es una competencia exclusiva del ejecutivo y excluida del juicio de la razonabilidad<sup>296</sup>. En el *Asunto Gaygusuz contra Austria*, de 10 de septiembre de 1996, el Gobierno austríaco justifica su actuación en la especial responsabilidad que el Estado tiene respecto de sus nacionales de garantizarles la satisfacción de sus necesidades esenciales y, por lo tanto, los límites presupuestarios implican un límite al reconocimiento en las mismas condiciones que los nacionales. En el mismo sentido, en la *sentenza* de la *Corte Costituzionale* n. 432 de 2005 la Región de la Lombardía argumenta que la exclusión de los extranjeros al acceso a la ayuda al transporte de personas discapacitadas tiene como finalidad contener el gasto financiero de los ayuntamientos. En ambos casos la argumentación presupuestaria esconde en realidad una diferenciación en función de la nacionalidad. Por esta razón, el poder discrecional que goza el legislador sobre el gasto financiero no puede quedar exento de control y debe aplicarse dentro del parámetro de *l'equaglianza o la ragionevolezza*<sup>297</sup>, sin que éste pueda constituirse como un poder exento de cualquier tipo de control o balance de intereses.

En este sentido, junto con el interés económico de controlar el gasto público deben valorarse también elementos como el principio de solidaridad o el nexo con el territorio de forma que se evite que el coste económico se convierta en una justificación aparentemente válida tras la cual realmente se esconde un criterio discriminatorio. Así, si se entiende el control del gasto como un criterio válido, entonces las restricciones a los servicios sociales a la población

<sup>295</sup> Maestro Balbuena, advierte del peligro de concebir los derechos sociales bajo la lógica de la rentabilidad. De entender los derechos sociales exclusivamente bajo la lógica que el emigrante productivo puede insertarse en el espacio de la iusfundamentalidad de los derechos sociales porque esta inserción se resuelve favorablemente o atenúa el coste distributivo de los mismos. MAESTRO BALBUENA, G., "Los derechos sociales ... op. cit., p.21 y ss.

<sup>296</sup> CUNIBERTI, M., "L'illegittimità costituzionale dell'esclusione ... op.cit.,

<sup>297</sup> ODINA, V., "Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del parlamento", in *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'art. 81, U.C., della Costituzione*. Milano, Giuffrè Editore, 1993, p. 26. En el mismo sentido, Roberto Romboli en relación al control que debe ejercer la *Corte Costituzionale* sobre el poder financiero del legislativo considera "*la necessità di temperare i valori in questione e di individuare, con i limiti dei poteri ad essa riconosciuti dalla legge, il punto di minor sacrificio per entrambi, la Corte costituzionale potrà in certi casi giungere alla conclusione che il valore espresso sul principio di equilibrio di bilancio debba considerarsi recessivo e che vengono in gioco ed allora pronuncerà una decisione di incostituzionalità oppure potrà ritenere prevalente quel valore, nel caso qual la decisione non potrà essere che di infondatezza*". ROMBOLI, R., "Il Principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte", in *Le sentenze della Corte Costituzionale ... op. cit.*, p.188.

residente resultan no justificadas dado que es población que aporta a las arcas del Estado en las mismas condiciones que los nacionales y, por lo tanto, el residente goza de la misma posición, el de contribuyente, que el nacional<sup>298</sup>.

En consecuencia, la aplicación del criterio de la restricción del gasto debe tener en cuenta la presencia de otros valores o intereses que entran en juego y modulan su aplicación. Criterios como la solidaridad social, fundamento último de la acción social<sup>299</sup>, o derechos como la integridad física o el propio derecho a la vida deben ser considerados por el legislador en la difícil tarea de encontrar un equilibrio entre la restricción/extensión de las prestaciones sociales a población no nacional y, más específicamente, a la población cuya presencia no es reconocida como válida por el Estado. Si se entiende que el principio de proporcionalidad en sentido estricto implica un mandato o juicio de ponderación que obliga a contrastar la medida objeto de control con su finalidad comparando su respectiva entidad o peso, pese a existir una finalidad legítima como es el control del gasto público, éste no puede llevarse al punto de restringir aquellas prestaciones que tienen como finalidad cubrir verdaderos estados de necesidad sobre colectivos especialmente vulnerables que están en peligro de excluidos socialmente, sometidos a dominación por terceros o que por sí mismos no pueden cubrir o hacer frente a sus necesidades básicas. Esto es así porque las ventajas que se obtienen mediante la limitación a las mismas no compensa los sacrificios que ésta implica para la integridad de la persona. La reforma de la LO 2/2009 de la LODYLE es un claro ejemplo de ello. Bajo la nueva redacción del art.14.2 LODYLE se reconoce el derecho a los menores extranjeros discapacitados el derecho a acceder a los tratamientos, prestaciones y servicios que exija su estado. Así, en este caso concreto los poderes públicos priman la extensión de los derechos bajo los principios de solidaridad y protección de un colectivo vulnerable sobre otros objetivos como son el control migratorio y presupuestario, que tienden a limitar el reconocimiento de los mismos.

Siguiendo un criterio doctrinal, la categoría de colectivo especialmente vulnerable incluye dos afirmaciones implícitas: i) determinados intereses de esas personas ya han sido y están siendo vulnerados o se encuentran en riesgo de serlo y que tales vulneraciones deben terminar y en cualquier caso deben ser prevenidas e impedidas. ii) la especial debilidad de indefensión en

---

<sup>298</sup> Véase VRENNNA, M., "Le prestazioni economico-assistenziali e gli immigranti ... op. cit., p.1-9.

<sup>299</sup> Sobre el alcance del principio de solidaridad en la asistencia social véase, CABALLERÍA, M., *La acción social* ... op.cit., p.65-74.

que se hallan la determinadas personas exige la adopción de normas y/o técnicas jurídicas protectoras específicas<sup>300</sup>. En este trabajo, se renuncia a entender la población inmigrante en su conjunto como un colectivo vulnerable y se opta por aplicar a ésta las categorías que, a modo de característica o condición básica, articula la doctrina sobre los diferentes colectivos especialmente vulnerables: género, determinadas condiciones psicosomáticas como la edad o la discapacidad física o mental, la condición económica cercana a la pobreza o exclusión social o los supuestos de sometimiento a la autoridad de un tercero como son los casos de trata de personas o víctimas de violencia de género<sup>301</sup>.

En el mismo sentido, bajo el objetivo de controlar el gasto debe valorarse la existencia de otros criterios de restricción más razonables como puede ser delimitar la ayuda a un determinado nivel de renta o valorar elementos como la conformación y miembros del núcleo familiar. Con todo, a la hora de configurar estos límites el legislador debe ser cuidadoso dado que un nivel de renta demasiado bajo o amplias restricciones al acceso, además de configurar la denominada trampa de la pobreza, acaba también fomentado la percepción de que la inmigración disfruta de las ayudas sociales y que colectivos nacionales en situaciones sociales difíciles no pueden acceder a las prestaciones dado que existe un criterio de preeminencia hacia los inmigrantes.

Al legislador le es posible graduar o limitar el acceso a los servicios sociales en función del estatuto jurídico migratorio, siendo necesario realizar un balance entre principios o valores constitucionales: el principio de solidaridad que actuará como un elemento de tendencia expansiva o de reconocimiento y el coste efectivo de los derechos que actuará como una tendencia restrictiva o de negación del derecho. Los límites que canalizan la actuación legislativa son por una parte la prohibición de diferenciar en el acceso en razón de la nacionalidad excluyendo especialmente a los residentes. Por otra parte, la posibilidad de diferenciar el acceso en función del estatus de residencia o de mera estancia ha de superar la proporcionalidad en sentido estricto; lo cual implica que las restricciones sobre la población en situación administrativa irregular no deben llevarse hasta el punto donde se afecten intereses superiores como la integridad o la misma vida.

---

<sup>300</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., "Aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el Derecho europeo", en *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, p.22.

<sup>301</sup> El profesor Mariño Menéndez incluye además la orientación sexual, la nacionalidad y la pertinencia a un grupo diferenciado dentro de la población del Estado (minorías étnicas, indígenas). *Ibid.*, p.25-25.

Esta repuesta, si bien satisfactoria a efectos de este trabajo, más que una respuesta dota de un instrumento de interpretación y abre la puerta a un análisis casuístico de cada una de las prestaciones para poder así determinar cuales están especialmente vinculadas al estado de vulnerabilidad y por ende el legislador, en este caso autonómico, debe reconocer a toda la población al margen del estatus migratorio. El estudio concreto de cada una de las prestaciones será objeto de análisis en el apartado II del capítulo tercero.

### **III. ASPECTOS MÁS DISCUTIDOS SOBRE LOS LÍMITES AL ACCESO A LOS SERVICIOS SOCIALES**

Tras analizar la titularidad y el principio de igualdad queda pendiente el estudio sobre aquellos requisitos que indirectamente pueden limitar el disfrute de los servicios sociales. En este sentido, el legislador ya sea estatal o autonómico introduce requisitos que aparentemente pueden parecer neutros, pero resultan de especial transcendencia en el campo migratorio. En primer lugar, la renovación de los permisos de residencia y trabajo requieren la participación activa del trabajador en el mercado laboral y los servicios sociales están pensados justamente para suplir las necesidades derivadas de la no participación en el mercado laboral. En segundo lugar, es frecuente la solicitud de plazos de residencia previa para el acceso a las prestaciones sociales, el cual resulta tener una especial relevancia en materia de inmigración. En tercer lugar, el empadronamiento es un elemento previo e imprescindible para el disfrute de los servicios sociales y por lo tanto es necesario analizar también este requerimiento.

#### **1. El modelo migratorio esencialmente laboral**

A la hora de analizar la relación entre los flujos migratorios y la asistencia social uno de los interrogantes que surgen es la dificultad de compaginar un modelo migratorio esencialmente laboral, donde la residencia de la persona depende en gran medida de su participación en el mercado de trabajo, con un sistema de servicios sociales donde muchas de sus prestaciones tienen como presupuesto la carencia de recursos económicos, originada justamente en la integración exitosa en el mercado laboral. Como consecuencia, aparece una compleja situación donde el régimen de extranjería juega como límite al acceso respecto de prestaciones concebidas para momentos en que la población no puede suplir sus necesidades por vía del mercado laboral. La extranjería no juega aquí como un límite directo dado que la

ley no excluye el acceso, pero sí indirectamente por vía de la renovación de los permisos de residencia. La renovación de todas las categorías de permisos requieren la presencia de recursos económicos<sup>302</sup>.

La condición de trabajador integrado activamente en el mercado laboral no es una situación que se predica de las personas durante toda su vida laboral, puesto que varios factores pueden ocurrir que impiden o imposibilitan el trabajo. Un modelo laboral que gira cada vez más en base a principios como la flexibilidad laboral y la presencia de contratos temporales puede dejar al trabajador por un determinado tiempo fuera del mercado laboral y, entonces, ver no renovada su autorización administrativa de residencia. También, es posible que la persona caiga en una situación de discapacidad que le impida trabajar y, por lo tanto, deba recurrir a las prestaciones y ayudas sociales configuradas para esta finalidad.

Si bien la base del modelo migratorio es esencialmente laboral, éste no puede girar única y exclusivamente bajo criterios economicistas, donde la población que está regularmente trabajando y sufre un riesgo que le impide o inhabilita temporal o definitivamente para el trabajo, como consecuencia del régimen de extranjería quede excluida de las ayudas sociales que tiene como finalidad paliar esta situación.

### **1.1 Las discapacidades absolutas. El caso italiano**

En varios supuestos la *Corte Costituzionale*, *sentenza* n.306 de 2008 y *sentenza* n.11 de 2009, ha abordado la difícil relación entre la asistencia social cuya finalidad es dar soporte a situaciones de vulnerabilidad y la exigencia de un tipo de permiso de residencia que tiene entre otros requisitos la titularidad de una renta.

En el primer pronunciamiento la Corte declara la inconstitucionalidad de la disposición prevista en el art. 80.19 de la *Legge di finanziaria, de 23 de dicembre de 2000, n. 388*, según el cual para acceder *l'indennità di accompagnamento* (ayuda por acompañamiento) en caso de la población no comunitaria era necesario poseer el permiso de residencia UE de larga

---

<sup>302</sup> Así, Según el Real Decreto 557/2001 por el que se aprueba el reglamento de la LODYLE, la renovación del permiso de residencia no lucrativa requiere contar con los medios económicos suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia (art. 51.2b). La renovación del permiso de residencia y trabajo requiere la realización habitual de la actividad laboral durante un mínimo de seis meses por año (art. 71.2b). La renovación de los permisos de residencia por reagrupación familiar requiere que el reagrupante cuente con empleo y/o recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia (art. 60.3b.1).



duración (carta di soggiorno)<sup>303</sup>. En primer lugar, la Corte recuerda aquello que ya había señalado en la *sentenza* n.432 de 2005 sobre necesidad que la diferencia de trato entre nacionales y extranjeros sea conforme al *principio di ragionevolezza*, “*le scelte connesse alla individuazione delle categorie dei beneficiari (...) debbano essere operate, sempre o comunque, in ossequi al principio di ragionevolezza, ma anche al legislatore è consentito “introdurre regimi differenziati, circa il trattamento da riservare ai singoli consociati, soltanto in presenza di una “causa” normativa non palesemente irrazionale, o peggio arbitraria”*”.

Posteriormente, señala que es “*manifestamente irragionevole subordinare l'attribuzione di una prestazione assistenziale quale l'indennità di accompagnamento – i cui presupposti sono, con si è detto, la totale disabilità al lavoro, nonché l'incapacità alla deambulazione autonoma o al compimento da soli degli atti quotidiani della vita – al possesso di un titolo di legittimazione alla permanenza del soggiorno in Italia che richiede per il suo rilascio, tra l'altro, la titolarità di un reddito*” (FJ10). Bajo el mismo argumento, en la *sentenza* n.11 del 2009 la Corte declara constitucionalmente ilegítima la disposición que exige la posesión de la *carta di soggiorno* y de la condición de ingresos, con el fin de que los extranjeros discapacitados puedan disfrutar de una pensión por discapacidad<sup>304</sup>.

En este supuesto en concreto la Corte encuentra contrario al principio de razonabilidad y, por lo tanto, discriminatorio que se requiera una tipología de permiso de residencia que presupone la titularidad de una renta para acceder a una prestación asistencial cuyo presupuesto es justamente la ausencia de rentas por imposibilidad laboral.

## 1.2 Las renovaciones de los permisos de residencia

Un segundo caso se plantea cuando el inmigrante en el momento de renovar su permiso de residencia o bien, no está trabajando y por lo tanto no cotiza a la Seguridad Social o bien, una parte de sus ingresos provienen de las ayudas sociales. En relación a este supuesto cabe

<sup>303</sup> La *L'indennità di accompagnamento* de los inválidos civiles es una prestación de naturaleza universal no sujeta a límites de renta que se otorga por el hecho de la discapacidad. Así, la Ley n.18 de 1980 esta prestación se concede por el hecho de padecer una invalidez del 100% y la imposibilidad de caminar o cumplir con los actos cotidianos de la vida.

<sup>304</sup> Véase, BIONDI, F., “Immigrazione e welfare: condizioni di accesso e principio di non discriminazione”, in *Le Regioni*, núm. 6, 2008, p.1009-1123.

diferenciar dos situaciones distintas: cuando se renueva el permiso de residencia y trabajo y cuando se renueva el permiso de residencia por motivos de reagrupación familiar.

### **1.2.1 La renovación del permiso de residencia y trabajo.**

Según el art. 38.6 LODYLE la autorización de residencia y trabajo se renovará a su expiración:

- a. Cuando persista o se renueve el contrato de trabajo que motivó su concesión inicial, o cuando se cuente con un nuevo contrato.
- b. Cuando por la autoridad competente, conforme a la normativa de la Seguridad Social, se hubiera otorgado una prestación contributiva por desempleo.
- c. Cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral.
- d. Cuando concurren otras circunstancias previstas reglamentariamente, en particular, los supuestos de extinción del contrato de trabajo o suspensión de la relación laboral como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

A efectos de esta tesis tiene particular importancia el inciso c del artículo. Este precepto permite al inmigrante renovar su permiso de residencia cuando ha quedado temporalmente fuera del mercado laboral siempre que este recibiendo una ayuda social que tenga como objetivo que el inmigrante vuelva al mundo laboral. La práctica administrativa ha entendido que las prestaciones que tienen como finalidad la integración laboral del inmigrante son las denominadas Rentas Mínimas de Inserción. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia núm.119/2006, de 13 de diciembre, confirma la posibilidad de renovar el permiso de residencia a un extranjero de nacionalidad peruana y receptor de la Renta mínima de inserción de la Comunidad autónoma.

La *Instrucción DGI/SGRJ/07/2009*, en relación al concepto de prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr la inserción social o laboral, viene a consolidar jurídicamente la práctica administrativa que hasta el momento se venía siguiendo. La Instrucción indica, punto II. E), que a efectos del art. 38.3 c LODYLE se entiende que el extranjero es beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a su inserción laboral cuando, entre otros supuestos, sea beneficiario de una renta mínima de inserción concedida por la Administración autonómica.

La titularidad de una prestación económica asistencial no implica la posibilidad de acceder a un permiso laboral, pero sí la de renovarlo. Es decir, el hecho que una persona en el momento del vencimiento de su permiso de trabajo no sea un trabajador en activo pero se encuentre inmerso en políticas de integración laboral según la legislación de extranjería es supuesto suficiente para renovar dicho permiso. En este sentido, se valora negativamente la tendencia a configurar regímenes demasiado estrictos, sin flexibilidad que lleven a la caída frecuente en la irregularidad, más cuando el mercado laboral tiende a ser inestable y, por lo tanto, la previsión del art. 36.6 LODYLE se valora positivamente.

### **1.2.2 La renovación del permiso de residencia por reagrupación**

Según art. 61.3b.1 del Real Decreto 557/2011 por el que se aprueba del Reglamento de la LODYLE la renovación de las autorizaciones permisos de residencia por reagrupación familiar requiere que el reagrupante *“cuenta con empleo y/o recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria de no estar cubierta por la Seguridad Social, en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM”*.

Teniendo en cuenta que la jurisprudencia que se nombra a continuación es anterior a la reforma del Real Decreto 577/2011 resulta oportuno aclarar que las referencias citadas a continuación del Reglamento de extranjería se realizan en los términos del derogado Reglamento de extranjería, el Real Decreto 2393/2004. En términos muy similares, el art. 44.2b del Real Decreto 2393/2004 señalaba *“A la solicitud de renovación (del permiso por reagrupación familiar) deberán acompañarse los documentos que acrediten la disposición de empleo y/o recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, así como la cobertura de la asistencia sanitaria”*.

El supuesto que aquí se plantea gira en torno a si las ayudas provenientes del sistema de servicios sociales pueden formar parte del concepto “recursos económicos suficientes”. El modelo de prestaciones económicas del País Vasco, *Ley 18/2008, de 23 de diciembre, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social* establece que forman parte del sistema de renta garantizada de ingresos las denominadas rentas básicas y las rentas complementarias de ingresos del trabajo. Ambas prestaciones se configuran como derechos subjetivos cercanos a la categoría de rentas básicas. Asimismo, las prestaciones sociales como las prestaciones por

hijo a cargo o las ayudas de emergencia social tienen una naturaleza más estable y mayores cuantías<sup>305</sup>. La estabilidad de las prestaciones y las cuantías de las prestaciones hace que, a diferencia del resto de los ordenamientos autonómicos, éstas puedan jugar un papel importante en la renovación de la residencia por reagrupación familiar<sup>306</sup>.

La práctica ha dado lugar a un amplio número de pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal de Justicia del País Vasco sobre la posibilidad que la percepción de la Renta mínima de inserción y/o otras como las ayudas de emergencia social entren a formar parte del conjunto de recursos económicos solicitados por la Ley de extranjería para las respectivas renovaciones de las autorizaciones.

Según el Tribunal *“la disposición de ayudas sociales no integra como norma general el requisitos legal de disponer de medios de vida suficiente (art. 31.1. LODYLE y 42.2d) de su Reglamento). En efecto, como criterio general se niega que con carácter general el derecho a la percepción de ayudas sociales cumpla el requisito legal de disponer de medios de vida suficientes con que atender al familiar reagrupado”*. Párrafo seguido, el Tribunal matiza esta afirmación señalado que *“sin embargo, cuando por la trayectoria laboral del solicitante se acredite un verdadero arraigo laboral, y que la carencia de medios constituye una situación circunstancial, se concluye que excepcionalmente ha de considerarse cumplido el requisito”*. (Sentencia TSJ PV137/2010 de 25 de febrero)

<sup>305</sup> En cuanto a las ayudas por hijos menores a cargo la cuantía en el País Vasco es de 1100 euros por año (Decreto vasco 176/2002, de 16 de julio, por el que se regulan las ayudas económicas a las familias con hijos e hijas), mientras por ejemplo en la Comunidad de la Rioja la prestación se otorga si el menor padece una discapacidad mayor al 65% y la cuantía es del 500 euros anuales al año para los tres primeros años y a partir de los tres años se reduce a 291 euros anuales (información extraída [www.carm.es](http://www.carm.es)). En Cataluña, la prestación es de 625 euros anuales para los menores de 3 años (Decreto catalán 151/2010, de 11 de octubre, por el que se aprueba la Cartera de Servicios Sociales 2010-2011). En todos los casos la prestación esta sujeta a la prueba de ingresos o prueba de necesidad. En cuanto a las prestaciones de emergencia social en el País Vasco la prestación es anual y oscila entre 250 euros y 320 euros al mes por familia (Decreto 4/2011, de 18 de enero, de las Ayudas de Emergencia Social y Orden de 28 de diciembre de 2011, de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales, por la que se establecen, para el año 2012, las cuantías máximas para cada uno de los gastos específicos contemplados en las Ayudas de Emergencia Social). En al resto de Comunidades autónomas la tendencia es a configurarla como una prestación puntual. (véase punto 3.1 del apartado II del capítulo tercero)

<sup>306</sup> Sentencia TSJ PV 5117/2011 de 26 de mayo de 2011; Sentencia TSJ PV 92/2008 de 11 de mayo de 2011; Sentencia TSJ PV 293/2010 de 27 de abril de 2010; Sentencia TSJ PV 50/2010 de 23 de febrero de 2010; Sentencia TSJ PV 88/2010 de 26 de febrero de 2010; Sentencia TSJ PV 4/2010 de 19 de enero de 2010; Sentencia TSJ PV 3/2010 de 19 de enero de 2010; Sentencia TSJ PV 381/2009 de 4 de julio de 2009 Sala de lo Contencioso Administrativo; Sentencia TSJ PV 828/2009 de 17 de diciembre de 2009; Sentencia TSJ PV 817/2009 de 11 de diciembre de 2009; Sentencia TSJ PV 753/2009 de 13 de noviembre de 2009; Sentencia TSJ PV 730/2009 de 9 de noviembre de 2009; Sentencia TSJ PV 719/2009 de 5 de noviembre de 2009; Sentencia TSJ PV 637/2007 de 29 de octubre de 2007; Sentencia TSJ PV 360/2007 de 15 de junio de 2007; Sentencia TSJ PV 359/2007 de 15 de junio de dos mil siete.

A efectos de la renovación por motivos de reagrupación familiar no debe excluirse automáticamente la posibilidad de valorar los recursos económicos provenientes de ayudas sociales dentro del conjunto de los ingresos personales y/o familiares. En la Sentencia TSJPV 208/2007 de 11 de mayo, sobre la denegación de un permiso de residencia por reagrupación familiar de una menor donde los dos padres recibían una ayuda económica, el Tribunal señaló que el requisito relativo a los recursos suficientes del art. 44.4 del Reglamento 2392/2006 (actual art. 51.2d del Decreto 577/2011) corresponde a un concepto jurídico indeterminado. De este término puede extraerse una zona de certeza positiva formada por los ingresos provenientes del trabajo y una zona de negativa donde se encuentran los casos cuyas rentas provienen exclusivamente de la asistencia social. Con todo, existe una tercera zona denominada de incertidumbre donde las ayudas sociales juegan un papel de complemento de la renta familiar y, por lo tanto, debe también valorarse la existencia de otros ingresos.

*De manera distinta, la cuestión interpretativa debe resolverse partiendo de la denotación de que la expresión "recursos económicos suficientes" responde a la naturaleza de los conceptos jurídicos indeterminados.*

*Como elemento relevante para la aplicación del concepto jurídico indeterminado cabe afirmar que el ámbito de la zona de certeza positiva integra el factor del empleo como medio de obtención de ingresos. Y ello en razón de que el empleo expresa una situación de integración social a la que el régimen de extranjería dota de neta prevalencia en relación con otras fuentes de obtención de medios de vida, como son las referidas a la percepción de ayudas sociales no contributivas.*

*Sin embargo esta consideración valorativa no impide la entrada de otros factores en la noción jurídica indeterminada que, en su caso, habrán de situar el supuesto contemplado en la zona de incertidumbre del concepto jurídico. Debiéndose situar en la zona de certeza negativa exclusivamente los supuestos en los que las fuentes de ingresos acreditadas reflejen una deficiente integración social en la medida en que esta constituye el arco de clave de la arquitectura del sistema migratorio español.*

*De acuerdo con las anteriores premisas, no puede afirmarse apriorísticamente que la condición de beneficiario de ayudas sociales excluya la concesión de la autorización*



*si en el solicitante concurren otras fuentes de recursos económicos expresivas de una suficiente integración social.*

En términos generales el análisis que ha realizado el Tribunal del País Vasco ha sido una valoración de caso por caso, para determinar que en aquellos supuestos en donde las ayudas económicas constituyen los únicos medios económicos de la familia o de la persona debe confirmarse la denegación de la autorización. En aquellos supuestos en que la ayuda social es sólo una parte de los medios económicos que recibe la unidad familiar y los ingresos familiares se complementan con el trabajo permanente o temporal de uno de los miembros entonces la sentencia revoca la resolución de la subdelegación por la cual se deniega la renovación de la residencia.

Si bien el Tribunal hace referencia a los términos de “integración social” del inmigrante y/ o de la familia, a la práctica es la existencia de otros medios económicos la que lleva a valorar positivamente el caso. Como por ejemplo, la Sentencia TSJPV 719/2009 desestima la petición de revocación de la denegación de la renovación del permiso de residencia a una mujer que recibe una ayuda para la inserción laboral, cuyo hijo menor de edad reside en territorio español y tiene la nacionalidad española<sup>307</sup>.

Los pronunciamientos emitidos en los últimos años plantean un problema de difícil solución. Un modelo migratorio basado en la llegada de personas para el desarrollo de actividades laborales en un mercado laboral caracterizado en ocasiones por su temporalidad o inestabilidad. Así, en momentos de crisis económica como los actuales resulta a la práctica muy difícil determinar en que casos es la ausencia de trabajo y las condiciones del mercado laboral las que llevan al inmigrante a tener que recurrir a las ayudas sociales, de aquellos casos en los que la permanencia en el territorio es debida a las ayudas sociales. Por otra parte, las sentencias dejan ver también la dificultad que tienen como elemento probatorio las ayudas familiares que se encuentra trabajando y colaboran económicamente con las familias. Así, el Tribunal ha admitido que los recursos provenientes de la familia pueden ser complementados para la renovación de un permiso de residencia por reagrupación familiar de un menor por el

---

<sup>307</sup> En el Asunto Ruiz Zambrano C-34/09 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que la ciudadanía de la Unión exige que un Estado miembro autorice a los nacionales de un país tercero, progenitores de un menor que tiene la nacionalidad de dicho Estado miembro, a residir y trabajar en él, en la medida en que una denegación privaría a dicho menor del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión.

salario del tío de la menor, el cual convive con la unidad familiar bajo el mismo techo, mientras que se ha denegado el carácter de recursos económicos provenientes de actividades laborales realizadas en prisión que un padre enviaba a sus hijos.

En materia de renovación de permiso de residencia de menores, el Tribunal ha distinguido entre menores no nacionales nacidos en España y menores no nacionales nacidos en el extranjero. Para el primer caso si la autorización de residencia ha sido renovada a los progenitores, la renovación del permiso de residencia del menor es automática. Mientras que si el menor no ha nacido en territorio español, entonces habrá que valorar hasta que punto las ayudas sociales tienen un peso relevante o fundamental en la valoración del requisito “recursos económicos suficientes”.

Dicha distinción, tal y como se señala en la Sentencia TSJPV 360/07 de 15 de junio de 2007, proviene del propio Reglamento de la Ley de extranjería. En este sentido, el art. 94 del derogado Real Decreto 2393/2004 establecía que “*los hijos nacidos en España del extranjero que se encuentre residiendo legalmente en España adquirirá automáticamente la misma autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus progenitores*”<sup>308</sup>. En cambio, respecto de aquellos menores no nacidos en territorio español pero que han llegado por vía de la reagrupación familiar, su renovación del permiso de residencia de sus progenitores no es automática con la de sus progenitores y conlleva una nueva valoración de los requisitos que en origen se necesitaron para reagrupar, así entre otros, “recursos económicos suficientes”. (art. 61.3b.1 del Real Decreto 557/2011 y art. 44.2b del Real Decreto 2393/2004, este último derogado)

La diferenciación prevista en la legislación de extranjería, mantenida tras la reforma, en virtud del lugar de nacimiento del menor resulta cuestionable desde el punto de vista del principio de igualdad. La comprobación de rentas o ingresos familiares tiene como finalidad asegurar que el inmigrante y su familia poseerán los recursos económicos necesarios relativos a la

---

<sup>308</sup> El Real Decreto 511/2011 art. 185.1 relativo a la residencia del hijo nacido en España de residente señala “*Los hijos nacidos en España de extranjero que se encuentre residiendo en España adquirirán automáticamente la misma autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus progenitores*”. Si bien es cierto que el Reglamento admite la posibilidad del menor no nacido en España de adquirir la residencia permanente en el plazo de dos años. Así, el art. 186.1 relativo a la residencia del hijo de extranjero no nacido en España señala “*los menores no nacidos en España, hijos de extranjeros con residencia en España (...) podrán obtener autorización de residencia cuando se acredite su permanencia continuada en España durante un mínimo de dos años y sus padres o tutores cumplan los requisitos de medios económicos y alojamiento exigidos en este Reglamento para ejercer el derecho a la reagrupación familiar*”.

vivienda, alimentación y gastos básicos durante su permanencia en España. El hecho que el menor haya nacido en territorio español o haya llegado por vía de la reagrupación familiar es indiferente a la hora de valorar las necesidades económicas de la familia. En este sentido, se está diferenciando dos situaciones que se encuentran en igual posición, la residencia de un menor no nacional en territorio español, estableciendo un régimen más favorable al nacido en España<sup>309</sup>.

La *Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar* establece en su art. 7.1. que en la solicitud de reagrupación familiar el Estado miembro de que se trate podrá requerir al solicitante que aporte la prueba de que el reagrupante dispone de: a) una vivienda considerada normal para una familia de tamaño comparable en la misma región, b) un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos normalmente asegurados para los propios nacionales en el Estado miembro y c) recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros evaluarán dichos recursos en función de su naturaleza y de su regularidad y podrán tener en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimos, así como el número de miembros de la familia.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto en la *Sentencia Khmou Chakroum y Minister van Buitenlands Zaken*, de 4 marzo del 2010. En este caso, una cuestión prejudicial planteada por el Rad Van State (Países Bajos) donde se preguntaba al Tribunal si la expresión «recurrir al sistema de asistencia social» contenida en el art. 7, apartado 1, letra c), de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que permite a un Estado miembro adoptar una normativa en materia de reagrupación familiar donde se deniega la posibilidad de reagrupar cuando los recursos económicos del solicitante son complementados con las ayudas sociales.

---

<sup>309</sup> Este doble régimen puede llevar por ejemplo a que en un mismo núcleo familiar donde ambos padres son extranjeros y un hijo ha llegado por vía de la reagrupación familiar, mientras que el segundo nacido en España, se renueve automáticamente la autorización del hijo nacido en España pero no la del reagrupado. En este supuesto cabe aclarar que los padres renuevan su permiso de residencia, en la mayoría de casos por vía del art. 38.6 LODYLE el cual permite renovar la autorización de residencia si el extranjero es beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a su inserción social o laboral. Véase, punto 1.2.1 del apartado III del presente capítulo.

El Tribunal resuelve que la expresión «recorrir al sistema de asistencia social», debe interpretarse en el sentido de que no permite a un Estado miembro adoptar una normativa en materia de reagrupación familiar que la deniega a un reagrupante que ha demostrado disponer de recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, pero que, habida cuenta de la cuantía de sus ingresos, podrá no obstante solicitar una prestación asistencial especial en caso de que existan gastos particulares e individualmente determinados necesarios para su subsistencia. Es decir, las prestaciones sociales no pueden constituir el grueso de las rentas a la hora de valorar los ingresos necesarios para la reagrupación familiar. Sin embargo, deben ser tenidos en cuenta aquellas ayudas sociales de carácter complementario.

## 2. Los plazos previos de residencia.

La exigencia de plazos de residencia para el acceso a determinadas prestaciones asistenciales es posiblemente una de las cuestiones más discutidas. Esto es así porque la solicitud de un determinado número de años se presenta como un elemento aparentemente neutro pero a la vez idóneo para excluir indirectamente a población inmigrante del acceso a la asistencia social<sup>310</sup>. Por otra parte, la introducción de años de residencia resulta ser una de las tendencias que más destacan en las reformas de los últimos años sobre el acceso de la población inmigrante a los derechos sociales. Así, en el ordenamiento estadounidense la *Personal Responsibility and Work Opportunity and Reconciliation Act* de 1996 restringe el acceso a Medicaid, así como a otros beneficios públicos. Según la normativa los inmigrantes en situación regular que llegaron con posterioridad al 22 de agosto de 1996 no podrán acceder a Medicaid y de más programas sociales durante los cinco primeros años de residencia<sup>311</sup>.

---

<sup>310</sup> El origen del concepto de discriminación indirecta remite al ordenamiento estadounidense y, en concreto, al caso “Griggs vs Duke Power Company” de 1971, a partir del cual se planteaba si la exigencia de haber completado estudios secundarios para acceder a un empleo para el que no parecía necesario, constituía o no un acto discriminatorio. Se probó que este requisito impedía de hecho la contratación del colectivo de raza negra, para el que el acceso a la enseñanza era más difícil. En esta sentencia “se establecieron las características fundamentales de la discriminación indirecta: 1. la desproporción estadística: un determinada política o actuación provoca de hecho un impacto más negativo en un colectivo que en otro. 2. Solo existe cuando dicho impacto negativo se produce contra alguno de los colectivos protegidos en los textos normativos correspondientes. 3. la empresa se libera de responsabilidad tan solo si consigue probar que su política o actuación, generadora del impacto adverso resulta justificada por la naturaleza de la actividad empresarial”. BALLESTER PASTOR, M.A., “El principio comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006, p.44.

<sup>311</sup> Posteriormente la *Children’s Health Insurance Program Reauthorization Act* abrió la posibilidad a los Estados de extender la protección sanitaria a los menores y las mujeres embarazadas acudiendo a un fondo económico federal. LLANO, R., “Immigrants and Barriers to Healthcare: Comparing Policies in the United States and the United Kingdom”, in *Stanford Journal of Public Health*, 2011.

La razón de la exigencia de la residencia como requisito de acceso para Gonzalo Gonzalez es de carácter contributivo, pues quien tiene fijada su residencia en un territorio, cumple ordinariamente con la Hacienda Pública, y de este modo, contribuye al mantenimiento del nivel no contributivo que se financia con los impuestos de todos los ciudadanos<sup>312</sup>. Para Molina Maldonado, la razón se plantea desde la política migratoria, donde los sistemas de seguridad social intentan protegerse frente a posibles migraciones de población marginal a la búsqueda de prestaciones de esa naturaleza mediante la acentuación del requisito de la residencia en el país; se trata de prevenir el "turismo social"<sup>313</sup>. Por último, para Sánchez Rodas la residencia se presenta como una manifestación de la solidaridad nacional; se pretende evitar su concesión a quienes no demuestren un cierto arraigo y vinculación con el país con cargo a cuyos presupuestos se satisfacen dichas prestaciones. La residencia se proyecta en un doble sentido: como requisito de obtención, haber residido en España y como requisito de conservación, ya que se requiere la circunstancia de residir de hecho en territorio español mientras se es beneficiario de la prestación<sup>314</sup>.

En España el concepto de discriminación indirecta es introducido a través de la jurisprudencia del TC y del TJUE y principalmente en litigios de discriminación por razón de sexo. Ambos tribunales han entendido como discriminatoria aquellas medidas donde formalmente no existe una diferencia de trato; pero si se aplican otros criterios de distinción se produce, de hecho, los mismos resultados o efectos que una discriminación directa<sup>315</sup>.

La legislación de extranjería prevé un conjunto de cláusulas mediante las cuales se busca prohibir y perseguir cualquier actuación de los poderes públicos o privados discriminatorias

<sup>312</sup> GONZALO GONZÁLEZ, B., "Las pensiones no contributivas en Europa", en *Documentación Laboral*, núm. 27/28 IV (1988)-I (1989), p.22. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., "La modalidad asistencial básica de Seguridad Social desarrollada en España: las pensiones no contributivas", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 34, 2002, p.34.

<sup>313</sup> MALDONADO MOLINA, J.A., "El requisito de residencia en el nivel no contributivo de la Seguridad Social. A propósito de la STJCE de 25 de febrero de 1999. asunto C-90/1997 Swaddling" *Actualidad Laboral*, núm. 6, p.483-492. En el mismo sentido, ALARCÓN y GONZÁLEZ ORTEGA., *Compendio de la Seguridad ...* op.cit., p.272 y 357.

<sup>314</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., "La configuración de las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva como prestaciones especiales no contributivas en el reglamento (CEE) 1408/71", en *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría práctica*, Tomo II, 1995.

<sup>315</sup> STC 145/1991, de 1 de septiembre, f2. A partir de la sentencia Jenkins, de 31 de marzo de 1981 se introduce el concepto de discriminación indirecta como nuevo elemento vulnerador de la igualdad y con las Sentencias Kalande, de 17 de octubre de 1995 y Marshall, de 11 de noviembre de 1997, se admitirá la excepcionalidad de las medidas de acción positiva en favor del sexo subrepresentado. Posteriormente, STJCE, de 15 de enero de 1998 (sentencia Pinna), STJCE, de 12 de junio de 1997 (sentencia Merino), STJCE de 14 de febrero de 1997 (sentencia Schumacker). La naturaleza "invisible" de las discriminaciones indirectas lleva a dificultades desde el punto de vista probatorio; de aquí que resulten relevantes efectos referidos a la inversión de la carga y avalar la presentación de datos sociológicos o estadísticos que permitan probar la verdadera intencionalidad de la medida.



contra la población inmigrante. De acuerdo con el art. 23.1 de la LODYLE a los poderes públicos les está vetado realizar o llevar a cabo cualquier actuación cuando *“aquella conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tengan como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural”*<sup>316</sup>.

En el ámbito comunitario existe una preocupación creciente que ha llevado a incluir la lucha contra la discriminación y el racismo dentro de los objetivos prioritarios de la Unión. En este contexto, tiene especial referencia la *Directiva 2004/43, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico*<sup>317</sup>. La norma entiende que se está frente a una discriminación indirecta *“cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios”*. A efectos de este trabajo los aspectos más llamativos de la Directiva son, por una parte, la ampliación del tradicional campo de protección pues, además de los aspectos estrictamente laborales, se incluye también art. 3.1 *“la protección social, incluida la Seguridad Social y la asistencia sanitaria, las ventajas sociales, la educación y el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta para los mismos y la*

---

<sup>316</sup> La definición dada por la LODYLE de acto discriminatorio procede de la dispuesta en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación, de 21 de diciembre de 1985, ratificada por España el 13 de septiembre de 1968. El art.1 de la Convención define un acto discriminatorio como *“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”*.

<sup>317</sup> La Directiva tiene como objeto *“establecer un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico, con el fin de que se aplique a los Estados miembros”*. El concepto de discriminación en la norma comunitaria se diferencia entre discriminación directa, indirecta y acoso, además se establece la validez de las diferencias motivadas por las actividades profesionales, cuando dicha característica constituya un requisito esencial y determinante. También se reconoce la validez de medidas de acción positiva para prevenir o compensar las desventajas. Finalmente, se establecen los mecanismos de tutela y garantía del principio de no discriminación, entre los que destaca la inversión de la carga de la prueba.

vivienda”. Por otra parte, la incursión de nuevas causas de discriminación como son el origen racial y étnico<sup>318</sup>.

Los plazos que introduce el legislador para el acceso a las prestaciones sociales pueden configurarse por medio de tres supuestos. El primero consiste en la exigencia de un determinado tiempo de residencia en el territorio sin hacer mención alguna a la inmigración, es decir con efectos para toda la población. La segunda forma de introducir plazos es requerir directamente un determinado número de años a la población inmigrante. Bajo el tercer supuesto se exige un determinado tipo de permiso de residencia, el cual se concede tras la residencia de un número de años, por ejemplo el supuesto del permiso de residencia de larga duración.

## **2.1 Supuestos en que se requiere un periodo de residencia oponible a toda la población**

Los supuestos en que el legislador autonómico requiere un determinado número de meses o años para el acceso a prestaciones sociales no son del todo extraños en el ordenamiento autonómico. En este sentido, el art. 3.2 de la Ley 12/2008 de servicios sociales del País Vasco señala que *“son titulares del derecho a los servicios y prestaciones del Sistema Vasco de Servicios Sociales las personas que acrediten haber estado empadronadas y haber tenido residencia efectiva en cualquier municipio de la Comunidad autónoma durante 12 meses continuados inmediatamente anteriores a su solicitud de acceso a dicho sistema”*.

En ámbitos concretos de prestaciones asistenciales, y sin ánimo de exhaustividad, cabe señalar por ejemplo el plazo previo de residencia para el acceso a la ayuda a domicilio el cual oscila entre 6 meses y un año. Para las ayudas destinadas a cubrir situaciones de emergencia

---

<sup>318</sup> La aplicación de la Directiva a los ciudadanos extracomunitarios en cuanto a las diferencias por razón de nacionalidad es discutida. Esto es así, porque el art. 3.2 excluye de su ámbito de aplicación las diferencias de trato por motivo de nacionalidad extracomunitaria y por tanto parece eliminar las conexiones entre discriminación por raza, etnia y religión y la discriminación por razón de nacionalidad. Al respecto véase BALLESTER PASTOR, M.A., “El principio comunitario de igualdad ... op.cit, quien le da un amplio alcance a la exclusión de la nacionalidad extracomunitaria. Para otros autores, esta separación es meramente delimitativa pues entienden que la aspiración en cuanto al grado de protección es la misma, resultando inequívoca la voluntad del legislador comunitario por completar ambos regímenes e integrarlos sin conflicto. Es decir, cualquier persona que no tenga nacionalidad comunitaria habrá de cumplir para acceder al territorio de la Unión, los requisitos de entrada y posteriormente los de residencia, no pudiendo ser discriminado ni a la entrada ni durante la residencia por motivos de raza u origen étnico. GÓMEZ MUÑOZ, J.M. “La prohibición de discriminación por causas étnicas y raciales. A propósito de la Directiva 2000/43/CE”, en *Temas laborales* núm. 59, 2001, p.81. La directiva se traspuso al ordenamiento interno mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social positivista (art. 28c).

social la regla general es la exigencia del empadronamiento por un periodo que varía entre 4 meses y 1 año según la Comunidad autónoma. En relación a la renta mínima de inserción la mayoría de las Comunidades autónomas requieren entre uno y dos años de residencia previa a excepción de los casos particulares de Murcia y Canarias que se estudiarán a continuación. El art. 4 del *Decreto catalán 123/2010, de 7 de septiembre, por el que se crea un fondo de garantía de pensiones y prestaciones* exige 5 años de residencia previa en territorio catalán para poder beneficiarse de dicho fondo<sup>319</sup> y la *Ley catalana 5/2007, del 4 de julio, medidas fiscales y financieras* requiere 5 años de residencia previa para el acceso a las prestaciones de naturaleza económica de derecho de concurrencia.

Pese a no ser objeto de esta tesis se considera oportuno enumerar algunos de los plazos previstos en la legislación estatal. La *Ley 39/2006, de Promoción de la autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, incorpora el plazo de 5 años de residencia legal para acceder a las prestaciones previstas en el mismo<sup>320</sup>. La Ley General de la Seguridad Social solicita 5 años de residencia previa para el acceso a las pensiones no contributivas por invalidez y 10 años para las pensiones no contributivas por vejez<sup>321</sup>.

## **2.2 Supuestos en que se solicita un periodo de residencia previa a la población inmigrante**

En el ordenamiento estatal y autonómico los casos en que se solicita un plazo de residencia previa sólo a la población inmigrante son hasta el momento escasos

---

<sup>319</sup> Según la normativa el Fondo tiene como finalidad compensar la situación de precariedad económica en que se encuentran las personas que forman parte de una unidad familiar y son titulares del derecho a percibir una pensión alimenticia o una pensión compensatoria judicialmente reconocidas y que han resultado impagadas. Sobre el análisis de esta prestación véase punto 2.1 del apartado III del capítulo tercero.

<sup>320</sup> Cabe señalar que la Ley no incorpora ningún tipo de prestación sino que será el Consejo Territorial de la Dependencia el órgano encargado de fijar las tipologías de las prestaciones. Esto es así, en virtud de las competencias en materia de servicios sociales que ostentan las Comunidades autónomas. Véase, punto 4 del apartado II de capítulo cuarto.

<sup>321</sup> Sobre el concepto de residencia legal a efectos del reconocimiento del derecho de una prestación no contributiva de un ciudadano extranjero, la STSJ de Cataluña, de 26 de mayo de 1997, ha declarado de que se trata de un concepto legal sobre el que no caben presunciones y que queda definido en el art. 13 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, que establece la diferencia entre estancia y residencia; no pudiendo superar la primera los noventa días, a no ser que antes de terminar dicho plazo obtuviera, el interesado, prórroga de estancia o permiso de residencia, y suponiendo la segunda la obtención de un permiso prorrogable, a petición del interesado si concurren circunstancias análogas a las que determinaron su concesión. Posteriormente, en STSJ de Madrid de 22 de julio de 1999 se señala que la condición de residente sólo puede entenderse en el su sentido técnico jurídico y legal (...) que supone la obtención de un permiso administrativo ad hoc para poder considerar residente "legalmente" al solicitante de una pensión no contributiva. Y se ha señalado que el padrón no tiene efectos de residencia legal.

Cabe mencionar la *Ley 3/2007, de 16 de marzo, de Renta básica de inserción de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia* que en su art. 7.1 relativo a los requisitos de acceso a la prestación señala:

*“Podrán ser titulares de la Renta básica de Inserción, en las condiciones previstas en esta Ley, las personas que cumplieran los siguientes requisitos:*

5. Residir legalmente en el territorio español y haberlo hecho el tiempo que se determine reglamentariamente, que no podrá ser inferior a cinco años.
6. Estar empadronado en un municipio de la Comunidad autónoma de Murcia y tener residencia efectiva por el tiempo que se determine reglamentariamente, que no podrá ser inferior al año inmediatamente anterior a la formulación de la solicitud.

La norma autonómica señala expresamente que los cinco años de residencia previa deben ser legal, teniendo en cuenta que el concepto de residencia legal es un requisito que sólo puede predicarse de la población no nacional. En este sentido la residencia legal de 5 años en territorio español es un requisito pensado exclusivamente para restringir el acceso a población inmigrante pues será este colectivo el que carezca de dicho requisito.

### **2.3 La exigencia de los plazos de residencia por vía de un tipo de permiso específico**

En el ordenamiento autonómico no se ha detectado ningún supuesto en que el plazo de residencia previa se realice por vía de la tipología del permiso. En cambio en el ordenamiento italiano suele ser frecuente la exigencia de la residencia de comunitaria de larga duración, denominada *carta di soggiorno di lungo periodo*, excluyendo a las personas que residen legalmente en el territorio durante el mismo periodo de tiempo pero que poseen una residencia del Estado italiano bajo la categoría propia denominada *permesso di soggiorno*<sup>322</sup>

Según el art. 40 del Decreto legislativo n. 286/1998, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (D.leg

<sup>322</sup> El *permesso di soggiorno* es la autorización administrativa mediante la cual el Estado reconoce la legalidad de la permanencia del inmigrante en territorio italiana. Dicho permiso se concede con la duración de 6 meses, 1 años o 2 años y debe renovarse hasta el plazo de 10 años, plazo en el cual la persona puede acceder a la nacionalidad italiana (art. 5 d.leg n. 286 de 1998, TUI). La *carta di soggiorno di lungo periodo* se otorga a los extranjeros residentes en el Estado italiano por un periodo de 5 años siempre que demuestren la disponibilidad de una renta (art. 9 d.leg n. 286 de 1988).

286/1998, TUI) los extranjeros titulares de *carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore all'anno* podrían acceder en las mismas condiciones que los italianos a los servicios y prestaciones sociales, incluyendo aquellas a favor de los ciegos, sordomudos e inválidos. Sin embargo, a partir de la de *la Legge finanziaria 2001 de 23 dicembre 2000 n.388, disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* para acceder a *l'assegno sociale* y a las prestaciones económicas configuradas como derecho subjetivo es necesario poseer una *carta di soggiorno di lungo periodo* (permiso de residencia permanente). Este último tipo de residencia requiere al menos cinco años de residencia legal previa y poseer una renta al menos igual a *l'assegno sociale*. En el mismo sentido el art. 80.19 *legge finanziaria 2001* se requiere la *carta di soggiorno di lungo periodo* además de la condición de discapacidad para acceder a la *pensione di inabilità* y a la *indennità di accompagnamento*<sup>323</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en dos ocasiones ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto. En el primero caso el *Asunto Niedzwiecki contra Alemania*, de 25 de octubre de 2005 el Tribunal examina la conformidad con el art. 14 del CEDH y con el artículo 8 CEDH de la solicitud del permiso de residencia permanente para el acceso a ayudas sociales por hijo a cargo. En el caso concreto, el recurrente era titular de un permiso de residencia por circunstancias excepcionales. A juicio del Tribunal de Estrasburgo no existe razón suficiente que justifique la diferencia de trato en relación con las ayudas por hijo entre aquellas que tienen un permiso de residencia estable y aquellos que no lo tienen. Un supuesto muy similar *Asunto Okpiz contra Alemania*, de 15 de febrero de 2006, donde el Tribunal resuelve un recurso interpuesto por los padres de un menor titulares de un permiso de residencia por circunstancias excepcionales beneficiarios de una ayuda por hijo a cargo, a los cuales se les deniega la continuidad de la prestación social por carecer de permiso de residencia permanente. En este caso el Tribunal ratifica lo señalado en la STEDH *Niedzwiecki contra Alemania*.

---

<sup>323</sup> Como se señaló en el apartado anterior, estas disposiciones ha sido declaradas inconstitucionales por la *Corte Costituzionale italiana* (*senteza* n.388 del 2000 y *sentenza* n.11 del 2009) bajo el argumento de la ausencia de razonabilidad que tiene subordinar la adquisición de una prestación social que presupone la ausencia de recursos a un tipo de permiso donde se requiere la presencia de rentas.



## 2.4 Valoraciones sobre la exigencia de plazos de residencia previa

Algunos autores italianos plantean la aproximación al estudio de los plazos bajo la categoría del derecho americano *strict scrutiny* “*un conto è parlare di residenza ‘istantanea’, come condizione di accesso a un beneficio pubblico, un conto è parlare di residenza “continuata”, protratta addirittura per 5 anni o 10 anni. In questo secondo caso, la condizione appare senz'altro come condizione prima facie sospetta, non troppo diversamente da quanto visto per il godimento della cittadinanza*”<sup>324</sup>.

Los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la legitimidad de los plazos en materia de prestaciones asistenciales son escasos y poco clarificadores. Basta señalar la *ordinanza* n.32 de 2008 de la *Corte Costituzionale*, *questione di legittimità costituzionale* sobre el art. 3 comma 41-bis de la Ley de la Lombardia núm.1 del 2000. En este caso la Corte encuentra conforme al texto constitucional que la Ley regional solicite 5 años de residencia previa en el territorio para acceder a las ayudas en materia de vivienda. Bajo una argumentación bastante insuficiente el *giudice della legge* se limita a declarar inadmisibile il *giudizio di legittimità costituzionale* dado que la exigencia de una residencia continuada, con el fin de asignar una ayuda “*risulta non irragionevole quando si pone in coerenza con le finalità che il legislatore intende perseguire, specie là dove le stesse realizzino un equilibrato bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco*”<sup>325</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia del TEDH, *Asunto Niedzwiecki contra Alemania* y *Asunto Okpisz contra Alemania*, en ambos pronunciamientos el Tribunal evade entrar a discutir sobre la cuestión de fondo que plantea el caso, la solicitud de determinados tipos de residencia para el acceso a los beneficios sociales, centrándose en la solución del caso concreto, sin aportar más elementos que la ausencia *sufficient reasons* entre la exigencia de una categoría determinada de permiso u otro. Concretamente el Tribunal indica “*The Court is not called*

<sup>324</sup> GUAZZAROTTI, A., “Lo straniero, i diritti, l'eguaglianza”, in *Questione Giustizia*, n.1/2009. En el mismo sentido, CORVAJA, F., “Libera circolazione dei cittadini e requisito di residenza regionale per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica”, in *Le Regioni*, 2008, p.619; BRUNELLI, G., “Welfare e immigrazione: le declinazioni dell'egualianza”, in *Le istituzioni del Federalismo*, n.5, 2008, p.545-547.

<sup>325</sup> Tal y como ha señalado la doctrina esta hubiese sido una buena oportunidad para que la Corte se pronunciase con mayor detenimiento sobre el requisito de la residencia continuada, más cuando lo señalado en la Ley Lombarda contradice claramente la normativa estatal en materia de inmigración (d.leg n. 286 de 1998), la cual establece en el art. 40.6 que podrán acceder a las ayudas en materia de vivienda los extranjeros titulares de la *carta di soggiorno di lungo periodo* o del *permesso di soggiorno biennale* y, por lo tanto, la Ley regional entra en contradicción con lo señalado la misma. CORSI, C., “Il diritto all'abitazione è ancora un diritto costituzionalmente garantito anche agli stranieri?”, in *Diritto Immigrazione e cittadinanza*, n.3-4, 2008.

*upon to decide generally to what extent it is justified to make distinctions, in the field of social benefits, between holders of different categories of residence permits”.*

La exigencia de plazos de residencia previa o residencia continuada es un aspecto que debe analizarse dentro de la proporcionalidad en sentido estricto, debiendo ser el tiempo de residencia proporcional al coste económico del derecho. Se renuncia a la opción de fijar un número de años o plazos estándar en la medida que en el fondo acaban constituyéndose como fronteras borrosas donde es difícil fijar un determinado plazo sin tener en cuenta el tipo de prestación, los intereses en juego y el peso económico de la misma. Ahora bien, la imposibilidad que se argumenta no impide realizar algunas apreciaciones generales para posteriormente en el capítulo III analizar cada una de las prestaciones.

Las distintas formas de introducir los plazos de residencia previa, descritas en los apartados anteriores, no pueden ser analizados bajo la misma perspectiva. Por consiguiente, merecen distintas valoraciones los casos en los que se exige la residencia previa de forma general y, por tanto, exigible a toda la población; respecto de los casos en que la medida va especialmente dirigida a la población inmigrante, bien fijando un plazo de acceso distinto para ésta, bien señalando una tipología de permiso determinada. Bajo estas consideraciones en caso de introducirse los plazos estos deben ser siempre exigibles a toda la población y el legislador debe evitar medidas dirigidas de forma directa a la población no nacional o no comunitaria.

Si bien resulta difícil establecer un número determinado de meses o años previos lo cierto es que como máximo el tiempo de residencia requerido para el acceso a los servicios sociales puede fijarse en 5 años y preferiblemente para aquellas prestaciones que implican un disfrute por largo tiempo como es el caso de las pensiones no contributivas. Se propone este caso por coincidir con el periodo de residencia establecido por el Derecho comunitario para otorgar el estatuto de residente de larga duración al cual se le extiende el principio de igualdad de trato en el acceso a las prestaciones asistenciales. Además, porque 5 años resulta un periodo más que razonable para comprobar la conexión del inmigrante con el territorio de residencia.

Los plazos requeridos para prestaciones provenientes del Estado central y, por lo tanto, de alcance nacional merece una valoración distinta a los supuestos en que quien solicita el plazo de residencia previa es una Comunidad autónoma. Esto es así porque bajo el primer supuesto

la residencia descrita como un elemento aparentemente neutro, exigible a todas las personas que quieran acceder a dichas prestaciones, en la práctica es un requisito que deviene exclusivamente para los inmigrantes o emigrantes retornados, pues ellos en su calidad de migrantes, no suelen tener un largo periodo de residencia cumplida en el país.

Cuando el plazo se delimita al territorio de una Comunidad autónoma entonces el objetivo de controlar el gasto público se hace más claro dado que los afectados no serán exclusivamente la población inmigrante sino también la nacional que reside en otra Comunidad. Sobre este último aspecto además hay que tener presente la garantía del principio de autonomía territorial reconocido por el texto constitucional en el art. 2 y materializado tanto en el Título VIII como en cada uno de los Estatutos de las Comunidades autónomas. El Tribunal Constitucional a lo largo de toda su jurisprudencia ha enfatizado que la igualdad en un Estado políticamente descentralizado no implica uniformidad y las autonomías pueden legítimamente, en el marco de sus competencias, pueden “*promover distintas posiciones jurídicas de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional*”<sup>326</sup>. En todo caso, el límite para las autonomías se encontraría en el art. 139.1 CE a través del cual se incorpora al Estado autonómico la denominada Cláusula de Inmunidades y Privilegios<sup>327</sup>. Siguiendo la interpretación que el Tribunal Americano ha dado a la misma, se prohíbe entonces cualquier diferenciación cuando no exista una razón substancial para la diferenciación<sup>328</sup>.

<sup>326</sup> STC 137/1987, de 26 de marzo.

<sup>327</sup> La prohibición de discriminación en razón de la residencia tiene su origen en la *Privileges and Immunities Clause* de la Constitución americana de 1787, concretamente la Sección 2 del art. IV consagra “*los ciudadanos de cada Estado tendrán derecho a todos los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los demás Estados*”. El Tribunal Supremo Americano no ha entendido nunca la cláusula como una prohibición absoluta que prohíbe a los Estados la aplicación de cualquier trato a favor de los residentes, por el contrario se ha interpretado como un puente entre el federalismo y los derechos personales; utilizándola como límite, no absoluto, a los poderes de los Estados y de los entes locales. En este sentido TRIBE destaca como la *Privileges and Immunities Clause* actúa como un instrumento unificador que garantiza la igualdad interestatal, sin aplacar el poder de los Estados. Véase, TRIBE L., *American Constitutional Law*. New York, Foundation Press, 1991 (second edition), p.401-545.; PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad de los ciudadanos y autoridades territoriales*. Zaragoza, Civitas, 1992; SÁNCHEZ ROYO, E., *Estado Social y descentralización política*. Madrid, Civitas, 2003.

<sup>328</sup> El Tribunal señala que los Estados pueden establecer ciertas distinciones entre residentes y no residentes, es decir la cláusula no prohíbe las diferencias de trato; lo que se prohíbe es la discriminación entre ciudadanos de otros Estado cuando no haya una razón substancial para diferenciación distinta de la condición de ser ciudadanos de otros Estado. Para que las diferencias que establecen los Estados no sean discriminatorias debe existir a) una conexión suficiente entre el interés protegido y la discriminación practicada; b) debe estar suficientemente demostrado el nexo entre la legitimidad de los intereses protegidos y la discriminación aplicada; c) la total inexistencia de medidas menos restrictivas. Así, la cláusula exige que en los temas en que es considerada aplicable los ciudadanos de un Estado sean tratados con igualdad cuando se encuentren en otro Estado, a menos que haya una razón sustancial para la desigualdad de trato. Caso *Tomer v. Witsell* 334 US 385 (1948) donde se cuestionaba un impuesto en Carolina del Sur sobre la propiedad de barcos que diferenciaba entre residentes y no residentes del Estado. La Corte señaló que Carolina del Sur estaba autorizada a diferenciar entre residentes y no residentes sólo en la medida en que sea necesario para ejecuta la responsabilidad del Estado de proteger los recursos naturales.

La opción adoptada por el País Vasco de solicitar la residencia previa de un año para acceder al sistema en su conjunto además de separarse de la tendencia autonómica de individualización del plazo en función de la prestación plantea problemas en cuanto su legitimidad. La solicitud de un determinado número de años para acceder a todo el sistema autonómico de servicios sociales, como es el caso de la Ley vasca resulta cuestionable en la medida en que la generalización a todas las prestaciones y servicios impide la posibilidad individualización de las prestaciones siendo imposible realizar un juicio de proporcionalidad sobre la misma. Además, la extensión a todo el sistema presenta serios inconvenientes para aquellas prestaciones sociales dirigidas a solventar situaciones de urgencia y necesidad o prestaciones que tienen por objeto grupos categorizados como vulnerables, pues se les exigirá una residencia previa de dos años cuando como, se ha señalado anteriormente, existen otros intereses o finalidades.

Tampoco resulta legítimo solicitar un plazo de residencia mediante la exigencia de un determinado tipo de permiso, supuesto hasta el momento inexistente en el ordenamiento autonómico o estatal pero frecuente en el ordenamiento italiano. Esto es así porque resulta ser una medida que excluye otro tipo de población que reside legalmente, pero que por determinadas razones no accede al estatus migratorio requerido. Si la finalidad de la exigencia de años o meses de residencia previa busca por una parte controlar el gasto y comprobar el nexo de inmigrante con la comunidad, entonces cualquier categoría de residencia que el Estado haya configurado debería ser válida para cumplir dicho requisito. Así, por ejemplo, no sería legítimo solicitar para el acceso la residencia de larga duración UE y excluir la residencia nacional de larga duración o solicitar el permiso de residencia y trabajo y excluir el permiso de residencia por circunstancias excepcionales.

Finalmente, cabe hacer referencia a la exigencia que todos los años de residencia previa sean legales sin que se acepte la posibilidad de alternar residencia con mera presencia. Esta circunstancia puede ser apreciada en varias de las sentencias que recaen sobre el plazo de residencia requerido para acceder a las prestaciones no contributivas del Estado (5 años para las pensiones no contributivas por invalidez y 10 años para las pensiones no contributivas por vejez)<sup>329</sup>. El problema no se plantea por la ausencia de los plazos requeridos, sino en que

---

<sup>329</sup> STJ Madrid de 22 de julio de 1999; STSJ Madrid de 22 de julio de 1999; STSJ Madrid de 12 de junio de 2001; STSJ Cataluña de 3 de septiembre de 1999; STJ Cataluña de 9 de julio del 2002; STSJ Cataluña de 8 de noviembre de 1999; STSJ Cataluña de 30 de abril del 2001; STSJ Cataluña, de 8 de noviembre de 1999.

dichos plazos se cumplieron alternativamente entre residencia legal y no legal. Debe tenerse en cuenta que “la condición de residente legal no es un carisma del que quede ungido el trabajador extranjero para siempre una vez ha conseguido una autorización de trabajo y residencia, sino que es habitual que se alternen los períodos en que un extranjero reside en España con y sin autorización administrativa”. En este sentido Mercader Uguina “entiende que la residencia es un factor de discriminación indirecta para los inmigrantes residentes puesto que les será difícil cumplir el periodo efectivo de residencia en nuestro país, tanto más cuanto que no puede equipararse residencia a estancia”<sup>330</sup>.

Según Fargas Fernandez, la finalidad del establecimiento de un periodo previo de residencia es seguramente que los interesados hayan realizado una aportación económica al sistema mediante el pago de impuestos indirectos durante un cierto período de vida en el país, tal finalidad se cumple también en los periodos de tiempo en que la persona resida habitualmente y -por lo tanto consume- en territorio español, independientemente de si contaba con autorización para ello<sup>331</sup>. La pérdida de la residencia legal viene en la mayoría de casos dada por la imposibilidad de cotizar a la Seguridad Social o de no haberlo hecho durante el periodo requerido. En plazos superiores a 5 años el nexo de la persona con la Comunidad es más que evidente, y es una persona que tras haber pasado por un periodo de residencia irregular ha vuelto a la regularidad y, por lo tanto, el animus de permanencia en el territorio es evidente. Este argumento acaba reforzándose más cuando la prestación tiene como finalidad facilitar o promover la integración en el mercado laboral, así la negación de la misma podría llevar a que el extranjero no realice las cotizaciones requeridas en la Seguridad Social y, por lo tanto, vuelva a caer en el círculos de la irregularidad.

### **3. El Padrón municipal**

Como se analizará con mayor detenimiento en el capítulo tercero de esta tesis las normas autonómicas de desarrollo de las prestaciones asistenciales requieren en la mayoría de casos, además de la residencia legal, la comprobación de la presencia de los beneficiarios en el municipio. Bajo el ordenamiento jurídico español dicha comprobación se efectúa a través del

---

<sup>330</sup> MERCADER UGUINA, J., *La protección social de los trabajadores extranjeros ...* op cit. Algunas medidas se han tomado al respecto, el Reglamento prevé la posibilidad de renovar el permiso de residencia y trabajo si la pareja del inmigrante se encuentra cotizando a la Seguridad Social.

<sup>331</sup> FARGAS FERNÁNDEZ, J., *Análisis crítico del Sistema Español de pensiones no contributivas*. Madrid, Aranzadi, 2002, p.153.



denominado padrón municipal o certificado de empadronamiento. En este sentido la imposibilidad de empadronarse en un municipio implica indirectamente la imposibilidad de acceder a las prestaciones asistenciales.

El padrón se define como un registro administrativo por el cual se acredita la residencia y el domicilio habitual. Su consideración como registro público conlleva la presunción de la exactitud de los datos que recoge, de manera que, tal como prevé la LBRL; estos datos constituyen la prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual.

El padrón municipal se encuentra regulado en la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local (en adelante LBRL), y al Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales. De acuerdo con el art.16 de la LBRL *“El Padrón municipal es el registro administrativo donde constan los Vecinos de un municipio. Sus datos constituyente prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo. Las certificaciones que de dichos datos se expidan tendrán carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos”*. A continuación en el art. 16 la norma enumera un conjunto de requisitos o documentos que deben aportarse a la administración con el objetivo de identificar la persona y en relación a la población inmigrante señala que la identificación de la persona se realiza mediante la tarjeta de residencia vigente expedida por las autoridades españolas o, en su defecto, el número de documento acreditativo de la identidad o del pasaporte en vigor expedido por las autoridades del país de procedencia. En este sentido, la norma es clara al establecer que en defecto del documento que comprueba la residencia en el territorio español, se adjuntar para la inscripción el pasaporte y, por tanto, la norma tiene la firme intención de que todas las personas que habitan en el municipio estén empadronadas. Por su parte, la Ley 4/2000 de derechos y deberes de los extranjeros en España y su integración social señala en su art. 6.3 *“los Ayuntamientos incorporarán al padrón municipal los extranjeros que tengan su domicilio habitual en el municipio y mantendrán actualizada la información relativa a los mismos”*.

Según la normativa vigente los ayuntamientos tienen la obligación de empadronar a todas las personas que habitan en su municipio con independencia de su situación administrativa. Esta ha sido la conclusión a la que llegó abogacía del Estado como consecuencia de una pregunta que le remitió el Ayuntamiento de Vic sobre la obligación de empadronar a inmigrantes que

no tuvieran su situación administrativa en regla<sup>332</sup>. Por otra parte la abogacía del Estado también hizo referencia a que la LBRL admite que en defecto del número de identificación de extranjero, la identificación se efectúe mediante el número de pasaporte en vigor expedido por las autoridades del país de procedencia. A tener en cuenta que la competencia sobre la comprobación o constatación de la residencia legal de los extranjeros en el territorio corresponde a las autoridades administrativas de extranjería y a la policía

Junto con las finalidades estadísticas y de censo electoral que tiene el padrón municipal, el ordenamiento jurídico también atribuye a este documento administrativo funciones relacionadas con el ejercicio de los derechos. Así, la LBRL en su art. 18.1 señala que los vecino empadronados en el municipio tendrán derecho a la participación en las gestiones municipales, a la utilización de los servicios públicos, el derecho de petición de acuerdo con el art. 105 de la Constitución, el derecho a exigir las prestaciones de servicios públicos, y el ejercicio de la iniciativa popular legislativa en los términos previstos en la Constitución. Por su parte, la normativa de extranjería reconoce el acceso a la sanidad a los extranjeros que se encuentren empadronados en alguno de los municipios españoles.

Si bien es cierto que el debate en materia de inmigración y padrón municipal se ha centrado especialmente en determinar si los ayuntamientos están obligados a empadronar población inmigrante en situación irregular<sup>333</sup> y en la práctica llevada a cabo por algunos ayuntamientos de negarse a empadronar población no nacional en situación irregular, tal y como ha sido detectado por el Síndic de Greuges<sup>334</sup>. Desde el punto de vista práctico, los problemas que plantea el empadronamiento administrativo están centrados en la gestión administrativa del mismo y en las implicaciones que el fenómeno migratorio sobre dicho registro.

En este sentido cabe recalcar que los ayuntamientos se encuentran con una nueva realidad. Todo un colectivo que genera una casuística muy amplia en la que el ordenamiento no da respuesta dejando un vacío legal importante que se llena con prácticas administrativas no siempre conformes con la ley. Los principales vacíos en el procedimiento del padrón municipal se encuentran en los supuestos de documentación incompleta o la imposibilidad de

---

<sup>332</sup> Informe de la abogacía General-Dirección del Servicio Jurídico del Estado sobre la consulta remitida por el Alcalde de Vic en relación con los criterios para el empadronamiento de extranjeros de 20 de enero de 2010.

<sup>333</sup> ZARAUZ, J., "El padrón municipal en la Ley orgánica de reforma de la LODLEE", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Lex Nova, 2009.

<sup>334</sup> *La gestió municipal de l'empadronament dels immigrants*. Informe extraordinari, 2008, Síndic de Greuges.

probar que la persona habita en el domicilio señalado en la solicitud. Esta situación genera que tanto la administración local como el administrado, en este caso el inmigrante, deban moverse en un ámbito donde el derecho no aporta la certeza necesaria creando situaciones de inseguridad jurídica.

Según la LBRL art. 16 los ayuntamientos deben comprobar tanto la identidad de la persona (que no quiere decir la comprobación de su situación administrativa) como la comprobación de que efectivamente habitan en el domicilio que se señala en el formulario o la solicitud.

En cuanto a la identificación de la persona es frecuente que los inmigrantes en situación irregular no dispongan del pasaporte, ya que con esta actuación lo que busca el inmigrante es dificultar un posible procedimiento de expulsión. La validez del pasaporte depende de que haya sido emitido por la autoridad competentes en el país de origen. En este sentido es la normativa de cada país quien determina los requisitos y procedimientos necesarios para emitir un pasaporte y por tanto la administración local no puede entrar a determinar si un pasaporte es válido o no. Ahora bien, en el momento de empadronarse es necesario que el pasaporte esté vigente y en este sentido las administraciones locales se han encontrado con el inconveniente de pasaportes caducados y que la embajada del país de origen no permite la renovación del pasaporte porque la persona no aporta su padrón municipal. También puede suceder que en el momento de renovación del padrón se aporte un pasaporte diferente al que consta en la inscripción padronal.

Otro deber de la administración es identificar el domicilio habitual de la persona. Cabe señalar que la ley no determina mediante qué documentación se comprobará el domicilio habitual de la persona. Esto conlleva que surjan una serie de prácticas que varían entre ayuntamientos y en el tiempo, en que se pide desde un simple recibo de servicios o suministros hasta la presentación personal del propietario de la vivienda, el contrato de alquiler, entre otros. Los efectos más negativos de este hecho es la migración padronal que da entre municipios limítrofes o muy cercanos que tienen varias interpretaciones de los requisitos que se piden en la LBRL. Por otro lado, los ayuntamientos se encuentran con una situación difícil de resolver como son los supuestos de sobreocupación de viviendas, vacío que ha comportado que en algunos casos se hayan tomado medidas desproporcionadas e ilegales como pedir indiscriminadamente un espacio mínimo por persona que sobrepasa los requerimientos de la normativa autonómica en materia de vivienda. Si la administración acepta como único

documento válido para comprobar el domicilio el contrato de alquiler, hay que tener en cuenta que muchas veces la imposibilidad de aportar la documentación requerida deviene de la negativa del propietario del piso a firmar un contrato con el inquilino, en este caso, el inmigrante y, en este caso, se traslada el perjuicio al inmigrante.

Además, debe tenerse en cuenta que la población inmigrante se caracteriza por su alto margen de movilidad entre Comunidades autónomas, motivada en gran medida por cuestiones laborales. En este sentido, resulta para la administración una carga administrativa muy alta, en especial para aquellos pequeños municipios básicamente agrícolas, dar de alta y baja a todas las personas que están temporalmente en un determinado municipio, lo que genera un cierto malestar para la administración local.

Finalmente, cabe señalar que, en buena parte, las carencias de la legislación estatal, se han cubierto con circulares informativas de organismos como el Consejo de empadronamiento. Un ejemplo de esta práctica es la regulación establecida en el acuerdo de 27 de junio de 2008 del Consejo de Empadronamiento, titulada "*comprobación de residencia de ciudadanos comunitarios y asimilados*", donde se establece la obligación de los Ayuntamientos de comprobar la residencia de los ciudadanos comunitarios o asimilados empadronados en el municipio en cualquiera de las siguientes situaciones:

- Ciudadanos no inscritos en el Registro Central de Extranjeros
- Ciudadanos con tarjeta de residencia con una expedición de menos de 5 años
- Ciudadanos con Certificado de Inscripción en el Registro Central de Extranjeros con una expedición de más de 5 años.

En caso en que la administración compruebe que dicha persona no habita en el lugar que señala el padrón municipal entonces se procederá a dar de baja al inmigrante de la inscripción padronal. Este tipo de regulación presenta numerosos inconvenientes. Desde un punto de vista formal la afectación a derechos como la intimidad familiar y las implicaciones que conlleva la baja en el padrón municipal lleva a plantear la necesidad de dichas obligaciones se fije por una norma con rango de ley. Por otra parte, su regulación sustantiva también presenta numerosos problemas como son: su falta de publicación, la indeterminación de los conceptos e inadecuación a los límites legales y constitucionales de los derechos y libertades de los extranjeros. Además, es un acuerdo claramente contrario al ordenamiento comunitario donde

el principio de igualdad y no discriminación entre ciudadanos comunitarios ha sido ampliamente desarrollado.

La exigencia del padrón municipal como un documento necesario para el acceso a determinadas prestaciones asistenciales se entiende como un requisito razonable. Esto es así, porque como se ha señalado la normativa reconoce el derecho a empadronarse a todas las personas que vivan en un determinado municipio. Por otra parte, el padrón municipal es un elemento a través del cual se valorarán los recursos que se transfieren a las municipios para la prestación de los servicios y, por lo tanto, resulta lógico que los recursos transferidos a los municipios sea en función de la población que debe atender. Lo que no resulta conforme al ordenamiento es configurar el padrón como un elemento de control migratorio a través del cual se busca que la población inmigrante no se asiente en un determinado municipio o dificultar el empadronamiento con la finalidad de impedir el acceso a determinadas prestaciones sociales. Asimismo, es necesario valorar el requerimiento del padrón municipal para prestaciones sociales que tienen como finalidad cubrir situaciones de emergencia social originadas principalmente por la ausencia de vivienda. En este sentido, resulta irrazonable solicitar un documento administrativo que tiene como prerrequisito el poseer una vivienda para una prestación como los servicios de alojamiento temporal alternativos, servicio que viene a dar respuesta a los problemas generados por la ausencia de la misma (véase punto 1.2 de apartado III del capítulo tercero)

Finalmente, cabe señalar que los ayuntamientos se encuentran delante de una situación social realmente difícil. Las normas relativas al proceso a través del cual se inscribe una persona son excesivamente genéricas y no resuelven las particularidades que presenta el fenómeno migratorio. Así, los ayuntamientos están obligados a empadronar pero sin una normativa que resuelva los problemas que día a día se plantean ante las oficinas municipales. Además, el ordenamiento jurídico el deber que tienen los ayuntamientos de comprobar de la vivienda de los inmigrantes empadronados resulta para los ayuntamientos pequeños o con un alto número de población inmigrante una carga excesiva, sin que hasta el momento, la comprobación, se haya mostrado como un instrumento útil para solucionar el fenómeno conocido como pisos pateras. Por otra parte, los problemas de financiación municipal de los servicios sociales, cabe recordar como la aportación estatal al Plan concertado ha ido disminuyendo, así como la presión sobre determinados recursos municipales producen, en algunos casos, que el padrón municipal, un requisito cuya principal finalidad es de naturaleza estadística, sea visto como un



instrumento idóneo para restringir el número de población que puede beneficiarse de las prestaciones sociales.

## CAPÍTULO TERCERO

### EL ACCESO A LOS SERVICIOS SOCIALES POR PARTE DE LA POBLACIÓN INMIGRANTE

#### I. EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 14 LODYLE Y LAS PREVISIONES EN LEYES AUTONÓMICAS DE SERVICIOS SOCIALES

El acceso a los servicios sociales por parte de la población inmigrante se encuentra regulado en el art. 14.2 y 14.3 de la LODYLE. Estos dos preceptos señalan expresamente:

Art. 14. Derecho a Seguridad Social y a los Servicios Sociales.

*2. Los extranjeros residentes tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles. En cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico.*

*3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.*

#### 1. Los conceptos básicos y especializados del artículo 14.2 y 14.3 LODYLE

En la normativa de ámbito estatal no existe una definición o concreción de los servicios y prestaciones que forman parte de cada una de las categorías básicas o especializadas. 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 Ley Orgánica 2/2009, nada señala al respecto. Ahora bien, es razonable pensar que la norma reglamentaria omite esta regulación. En primer lugar, porque el ente titular de la competencia sobre servicios sociales son las Comunidades autónomas y, por otra parte, un reglamento no se constituiría en la fuente más adecuada para regular unos aspectos directamente relacionados con el acceso a un derecho.

Acudir a otros instrumentos de la política migratoria de ámbito estatal como son los planes de integración tampoco ayuda a dar respuesta al contenido del art. 14.2 y 14.3 LODYLE. El Plan Estratégico de Ciudadanía e Inmigración 2011-2014, incluye a los servicios sociales dentro de sus áreas de actuación y fija dos objetivos claros. El primero, garantizar el acceso y uso de los servicios públicos del conjunto de la ciudadanía en condiciones de equidad. El segundo, aumentar los niveles de inclusión social de la población en contextos de riesgo de exclusión y diversidad. El Plan también reconoce que en materia de servicios sociales se está frente a una competencia autonómica y conduce el desarrollo de sus objetivos al Fondo de Apoyo a la Acogida y la Integración de los inmigrantes así como el refuerzo educativo (en adelante Fondo para la acogida) por vía de la cooperación interadministrativa.

En lo que respecta al Fondo de Apoyo, efectivamente, se incluye los servicios sociales como un campo de actuación pero en ningún caso son definidos. El Fondo identifica aquellos sectores sobre los cuales es pertinente una actuación pública. Concretamente, cada año se incorporan los siguientes objetivos: el refuerzo de los servicios sociales de atención primaria; gestión de la convivencia intercultural, en especial servicios de mediación intercultural y prevención de conflictos; el desarrollo de programas de atención integral a menores extranjeros no acompañados; la formación de profesionales en la atención a población de distintos orígenes y culturas junto con la transferencia de conocimientos y buenas prácticas. Es decir, cada año se incorporan los objetivos que desde el punto de vista de la inmigración es necesario reforzar, pero en ningún momento se concretan que prestaciones y servicios se incluyen dentro de las categorías (básicos y especializados). En este sentido, tanto el Plan como el Fondo, más que elementos útiles a la hora de concretar o dar contenidos al art. 14.2 y 14.3 LODYLE, resultan ser instrumentos que configuran políticas de actuación y actúan sobre las problemáticas que el fenómeno migratorio ha supuesto para los servicios sociales. Por otra parte, desde el punto de vista competencial el silencio de la legislación estatal se valora adecuado puesto que una regulación exhaustiva sobre el acceso al derecho implica una vulneración del régimen competencial.

Ante la imposibilidad de obtener una respuesta en las diversas fuentes e instrumentos en materia de inmigración sobre la indeterminación de los conceptos básicos y especializados, la doctrina ha planteado numerosas opciones. Para Aznar López, “el concepto de servicios y prestaciones básicas es un concepto jurídico indeterminado y tendría que considerarse la opción de hacer equivalente el concepto de “básico” con la atención a las necesidades

perentorias y vitales”<sup>335</sup>. Otros autores entienden que “la referencia a los servicios especializados puede, tal vez, referirse a servicios y prestaciones destinados a cubrir necesidades sociales de los ciudadanos extranjeros por razón de sus circunstancias específicas, frente a las que satisfacen necesidades o derechos de personas con independencia de su nacionalidad o condición. Pero la distinción de los que han de considerarse como servicios básicos resulta más problemática. No se refiere a la categoría de servicios municipales básicos que han de prestar los ayuntamientos en función de su población, pues en ella se encuentran prácticamente todas las funciones y servicios municipales básicos. Es posible, tal vez, una distinción por razón de su necesidad, que comprenda entre los básicos aquellos que sirvan a necesidades de carácter vital: sanitarios, educativos, de atención social para personas en situación de especial necesidad por su edad y otras circunstancias sociales o personales”<sup>336</sup>.

Rodriguez-Piñeiro Bravo-Ferrer, M., argumenta que los servicios básicos son aquellos que sirven a las necesidades de carácter vital: sanitarios, educativos, de atención social para personas en situaciones de especial necesidad por su edad u otras circunstancias sociales o personales y los servicios especializados se refiere a prestaciones por sectores (discapacitados, familias monoparentales, etc.), lo que puede incluir también servicios y prestaciones dirigidas a los propios inmigrantes<sup>337</sup>. Otras posturas, como Aguado i Cudulà, entiende que los servicios básicos responden a funciones de información, valoración y orientación. “Se trataría, por tanto, de una intención previa que constituiría “una puerta de entrada a los servicios sociales” y que correspondería al tipo de prestaciones previstos en los Planes concertados de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales en las Corporaciones Locales: a) información y orientación; b) apoyo a la unidad convivencial y ayuda a domicilio; c) actuaciones específicas de prevención e inserción social; d) actuaciones destinadas al fomento de la solidaridad y cooperación social. Este catálogo de prestaciones tiene una naturaleza de mínimos y, por tanto, las CCAA tienen la potestad normativa para ampliarlas”<sup>338</sup>.

---

<sup>335</sup> AZNAR LÓPEZ, M., “Los derechos sociales de los extranjeros en España”, en *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*. Madrid, Consejo del Poder Judicial, 2001, p.157.

<sup>336</sup> INIGUEZ HERNANDEZ, D., “Artículo 14. Derecho a la Seguridad Social ... op.cit., p.110.

<sup>337</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios», en el XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: derechos y libertades de los extranjeros en España», Santander, 2001, p.25.

<sup>338</sup> AGUADO i CUDOLÀ, V., “La ampliación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (II)”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm.1, 2003, p.41-45.

Para Rueda Valdivia la imprecisión de la LODYLE, en realidad, es tan sólo relativa, ya que para saber qué se debe entender por servicios sociales básicos y específicos cabe recurrir a las leyes autonómicas de servicios sociales, que permiten diferenciar entre servicios sociales de uno u otro tipo. Todas las Comunidades autónomas coinciden en concertar como servicios básicos las siguientes cuatro áreas: 1) información, valoración y orientación, 2) promoción y cooperación social, 3) ayuda a domicilio, 4) convivencia y reinserción social, aún cuando no todas describen de la misma forma las referidas áreas de actuación. Podrían, así mismo, incluirse entre los servicios sociales básicos, por ajustarse al concepto que de los mismos ofrecen las leyes autonómicas, ciertas prestaciones complementarias de carácter económico, como las ayudas económicas familiares (prestaciones dinerarias o en especie de carácter temporal o preventivo que se conceden a familias con el fin de que estas atiendan las necesidades básicas de menores a su cargo, cuando éstos carecen de recursos económicos suficientes y que se hallan dirigidas a la prevención, reducción o supresión de factores que generan situaciones de dificultad social para los menores) y las ayudas de emergencia social (prestaciones no periódicas de naturaleza económica destinadas a subvencionar a aquellas personas cuyos recursos son insuficientes para hacer frente a gastos de carácter ordinario o extraordinario, necesarios para prevenir, evitar o paliar situaciones de marginación social)<sup>339</sup>.

Teniendo en cuenta que en la primera generación de leyes autonómicas la asistencia social se divide en servicios básicos y en servicios especializados, la propuesta de Rueda Valdivia sobre la identificación nominal entre la LODYLE y la estructura autonómica parece ser la más adecuada. Además, resulta lógico que el legislador acuda a la estructura de autonómica dado que son las autonomías quienes efectivamente prestan los servicios sociales. En este mismo sentido, el hecho de que el legislador central acuda a lo señalado en la legislación autonómica se refuerza si se tiene en cuenta que, tras 20 años de ejercicio autonómico, el Estado central prácticamente desconoce el sistema asistencial. Una vez traspasada la competencia, la actuación desde el Estado ha sido esencialmente el refuerzo de los servicios autonómicos por vía de convenios anuales y, a excepción de la Ley de la Dependencia, los servicios sociales no son un campo que se caracterice por una dinámica intrusiva del Estado central<sup>340</sup>.

---

<sup>339</sup> RUEDA VALDIVIA, R., "Derecho de la Seguridad Social ... op.cit., p.308.

<sup>340</sup> El análisis competencial se remite al capítulo cuarto, en especial apartado II y III.



Bajo esta interpretación, la población inmigrante con independencia de su situación administrativa tiene derecho a acceder a los servicios sociales básicos o generales que cada legislación autonómica recoge como básicos; mientras que la población que posee la residencia podrá acceder a todos los servicios, tanto básicos como especializados.

La identificación de los conceptos previstos en el art. 14.2 y 14.3 LODYLE con la estructura organizativa de los servicios sociales es justamente el objeto de la *Sentencia 1247/2007, de 8 de noviembre de 2007, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid*<sup>341</sup>. En este caso, el recurrente sostiene que, según lo previsto en el art. 14.3 LODYLE, un nacional peruano empadronado pero sin permiso de residencia tiene derecho a acceder a la Renta Mínima de Inserción (RMI). Ello es así porque tanto la *Ley 11/2003, de 27 de marzo, de servicios sociales de la Comunidad de Madrid* (art. 31e), como la *Ley 15/2001, de 27 de diciembre, de Renta Mínima de Inserción de la Comunidad de Madrid*, incorporan esta prestación bajo la categoría de servicios básicos, y el art. 14.3 LODYLE señala expresamente: “*Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas*”.

En palabras del recurrente “El art. 14.3 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por LO 8/2000 y LO 14/2003 , que distingue la situación de los extranjeros residentes, frente a la del resto, igual que La Ley 11/2003, de 27 de marzo , de servicios sociales de la Comunidad de Madrid, realiza una distinción entre Atención Social Primaria y Atención Social Especializada, considerando que la Renta Mínima de Inserción se incluye dentro de las prestaciones sociales básicas y refuerza este argumento la Exposición de Motivos de la Ley 15/2001, de 27 de diciembre, de Renta Mínima de Inserción de la Comunidad de Madrid, destacando que la finalidad de esta prestación tiene un carácter de respuesta ante necesidades básicas de la vida, y no se encuadra por tanto dentro de las prestaciones especializadas por lo que debe entenderse que conforme a la legislación de extranjería, todo ciudadano, independientemente de su situación administrativa, tendrá derecho a las prestaciones sociales básicas, dentro de las que se incluye en la Comunidad de Madrid, la Renta Mínima de Inserción”.

Sin embargo, la regulación autonómica es clara al requerir la residencia legal. Según el art. 2 de la Ley 15/2001 de RMI son beneficiarios de la prestación “*aquellas personas que*

---

<sup>341</sup> TSJ Madrid núm.1247/2007, de 8 noviembre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª.

*acrediten tener residencia legal en la Comunidad de Madrid*". Posteriormente el art. 6.1, precepto donde se concretan los requisitos de los beneficiarios, señala: "podrán ser beneficiarios de la Renta Mínima de Inserción, en las condiciones previstas en la presente Ley, las personas que cumplan los siguientes requisitos: a) Estar empadronado en un municipio de la Comunidad de Madrid y tener residencia efectiva por el tiempo que se determine reglamentariamente, que no podrá ser inferior al año inmediatamente anterior a la formulación de la solicitud"<sup>342</sup>.

El Tribunal Superior en una argumentación, más bien escueta, se limita a señalar que el término residencia legal previsto en la Ley de RMI "para aquellas personas que no tienen la nacionalidad española se obtiene conforme a lo establecido en la LO 4/2000, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España". Por lo tanto, un extranjero en situación administrativa irregular no puede acceder a dicha prestación social. Añade que "la exigencia de la situación de residencia legal en la Comunidad de Madrid no es un mero requisito de acceso a la prestación, sino que es una condición de la ley; es decir, se debe tener primero y en todo caso la residencia legal y además, contar con los periodos de residencia efectiva en la Comunidad de Madrid".

Al margen de las cuestiones más concretas que plantea una prestación como es la Renta Mínima de Inserción y que serán tratadas en el punto 3.2 del apartado III del presente capítulo lo cierto es que, bajo la postura del Tribunal autonómico, el criterio para delimitar las prestaciones y servicios a los que puede acceder la población inmigrante no se deriva de lo previsto en la legislación de extranjería, sino que depende del régimen de acceso previsto en la normativa que crea y configura la prestación social. En este caso, pese a ser una prestación que forma parte de los denominados servicios básicos, la legislación específica señala el requisito de la residencia legal y, por lo tanto, es este último el que debe valorarse a la hora de determinar el acceso o no a la prestación. Es decir, no basta con que la normativa autonómica incorpore una determinada ayuda social en los denominados servicios sociales o especializados para activar el art. 14.2 y 14.3 de la LODYLE y deducir directamente el régimen de acceso de la población inmigrante. Según el criterio jurisprudencial es necesario

---

<sup>342</sup> A consideración del recurrente el término residencia legal previsto en la Ley de RMI debe entenderse como residencia fáctica, ya que en ningún caso la ley exige la posesión del permiso de residencia. Sostiene que el concepto de residencia que maneja la Ley es el de "residencia efectiva" y, por lo tanto, basta el certificado de empadronamiento, de duración superior a un año, para acceder a la misma.

acudir a la regulación expresamente prevista de la ayuda social y analizar en que términos se regula el acceso.

Esta realidad lleva a dirigir este trabajo de investigación a un estudio de la titularidad del derecho no desde la perspectiva de la LODYLE, de la que difícilmente puede extraerse una conclusión, sino desde la perspectiva del ordenamiento autonómico. Con este objetivo el apartado siguiente se centrará en el estudio de las leyes de servicios sociales de las Comunidades autónomas y, en especial, en la regulación prevista para el acceso a las prestaciones sociales por parte de la población inmigrante.

## **2. Régimen de acceso de la población inmigrante en las leyes autonómicas de servicios sociales**

Todas las leyes autonómicas de servicios sociales regulan el régimen de titularidad y acceso de la población nacional bajo el principio de acceso universal, si bien se condiciona al cumplimiento de los requisitos previstos en cada una de las prestaciones o servicios concretos. En cuanto a la población comunitaria, son pocas las leyes que les incluyen; no obstante, en virtud del principio de igualdad y no discriminación previsto en el Derecho comunitario debe entenderse que los nacionales de los Estados miembros de la Unión tienen derecho a acceder a las prestaciones asistenciales en las mismas condiciones que los nacionales españoles<sup>343</sup>.

Con relación a las previsiones referidas al acceso de la población inmigrante, el panorama autonómico no resulta demasiado alentador o, por lo menos, clarificador. Del conjunto de leyes pueden identificarse dos tipos de normas: un primer conjunto donde el régimen de acceso se regula por medio de remisiones a otros textos normativos u ordenamientos; un segundo tipo de leyes que regulan con mayor claridad y precisión el acceso de la población inmigrante a los servicios sociales.

### **2.1 Leyes centradas en la remisión a otros textos normativos**

En cuanto al acceso por parte de la población inmigrante, la gran mayoría de leyes de servicios sociales, sean de primera o de segunda generación (Andalucía, Madrid, Valencia,

---

<sup>343</sup> Véase, AGUADO i CODOLÀ, V., (Coord.), Servicios sociales, dependencia y derechos de ciudadanía. Barcelona, Atelier, 2009.

Asturias, Extremadura, Murcia, Baleares, Canarias, Galicia, Cantabria)<sup>344</sup>, optan por realizar una remisión genérica a lo previsto en los Tratados y convenios internacionales, a la legislación interna en materia de extranjería, a la regulación reglamentaria, y algunas de ellas introducen como cláusula de cierre el principio de reciprocidad.

A modo de ejemplo, el art. 3 relativo a los titulares del derecho de la *Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía* (en adelante Ley andaluza 2/1988) señala:

1. *Tendrán derecho a los Servicios Sociales todos los residentes en Andalucía y los transeúntes no extranjeros.*
2. *Los extranjeros, refugiados y apátridas residentes en el territorio de la Comunidad Autónoma podrán igualmente beneficiarse de este derecho, siempre de conformidad con lo dispuesto en las normas, Tratados y convenios internacionales vigentes en esta materia, sin perjuicio de lo que se establezca reglamentariamente para quienes se encuentre en reconocido estado de necesidad.*

El art. 10 de la *Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid*, (en adelante Ley madrileña 11/2003) señala:

1. *Con carácter general, tendrán derecho a recibir las prestaciones y participar en las actividades de servicios sociales reguladas en la presente Ley todas las personas de nacionalidad española, o que ostenten la ciudadanía de la Unión Europea, empadronadas en alguno de los municipios de la Comunidad de Madrid. Aquellos que no cumplan la condición anterior, podrán acceder a los servicios sociales siempre que se encuentren en evidente estado de necesidad. El Consejo de Gobierno podrá establecer el cumplimiento de requisitos adicionales para el acceso a determinadas ayudas y servicios, en virtud de la naturaleza y caracteres específicos de éstos.*

---

<sup>344</sup> Véase art. 3 de la *Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía*; art. 10 de la *Ley 11/2003, de 27 de marzo de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid*; art. 3 de la *Ley 5/1997, de 25 de junio, por la que se regula el sistema de servicios sociales en el ámbito de la Comunidad valenciana*; art. 4 de la *Ley 1/2003, de 24 de febrero, de 24 de febrero, de Servicios Sociales del Principado de Asturias*; art. 4 de la *Ley 5/1997, de 23 de abril de Servicios Sociales de Extremadura*; art. 4 de la *Ley 3/2003, de 10 de abril del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia*; art. 5 de la *Ley 4/2009, de 11 de junio, de normas reguladoras de los Servicios Sociales de las Illes Balears*; art. 3 de la *Ley 9/1987, de 28 de abril de Servicios Sociales de Canarias*; art. 5 de la *Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de Normas reguladoras de los Servicios Sociales de Galicia*; art. 3 de la *Ley 2/2007, de 27 de marzo de Servicios Sociales de Cantabria de 2007*.

*2. Los extranjeros, exiliados, refugiados y apátridas que se encuentren en el territorio de la Comunidad de Madrid, podrán ser igualmente beneficiarios de tales servicios conforme a lo dispuesto en la normativa estatal y en las normas, Tratados y convenios internacionales vigentes y, en su defecto, conforme al principio de reciprocidad.*

Tras la lectura de los artículos se aprecia que la legislación autonómica opta por fijar una regulación que pretende resolver por vía de remisiones, a uno o varios ordenamientos, sin que en principio quede claro bajo que criterios puede la población no nacional acceder a los servicios y prestaciones configurados en la Ley.

### **2.1.1 Remisiones a los Tratados internacionales**

La remisión al Derecho internacional se realiza en algunos casos como primera fuente de regulación. En otros supuestos, los Tratados y convenios son junto con las leyes en materia de extranjería los parámetros para regular el acceso y en otros casos se acude a las normas internacionales como criterio residual.

Que el legislador autonómico acuda por remisión a un ordenamiento que se caracteriza por su amplio reconocimiento de derechos tanto desde el punto de vista cuantitativo como subjetivo es un aspecto que no suele ser común y más aún en materia migratoria. El Derecho internacional, en especial a partir de la constitución de las Naciones Unidas, ha buscado introducirse y posicionarse en el sistema de fuentes de los Estados con la finalidad de profundizar, en algunos casos, e incorporar, en otros, parámetros de protección de los derechos de las personas. Esta labor resulta realmente compleja dada la reticencia de los Estados de verse vinculados por normas internacionales y sujetos a jurisdicciones externas. De ahí que al menos en un primer momento resulte positiva la llamada al Derecho internacional como norma que viene a integrar el estatuto jurídico del inmigrante.

Sin embargo, la aplicación y la efectividad del Derecho internacional en el ordenamiento interno español es una de las cuestiones que tras casi tres décadas de vigencia del texto constitucional continúa siendo de difícil solución. Expresamente, en el texto constitucional acede al Derecho internacional en tres ocasiones: el art. 13.1 CE donde las norma



internacionales integran el estatuto jurídico de los extranjeros; el art. 10.2 CE sobre la integración del Derecho internacional a la interpretación de los derechos y el art. 96.1CE, relativo a la integración de los Tratados internacionales firmados por España en el sistema de fuentes y la especial referencia a la fuerza pasiva que se predica de éstos.

Para una parte de la doctrina constitucional el Derecho internacional difícilmente puede llegar a constituirse en fuente del derecho interno y vincular al legislador, ya sea estatal o autonómico, constituyéndose simplemente como valores morales que inspiran pero no vinculan<sup>345</sup>. Para otro sector doctrinal, los Tratados y convenios firmados por España en materia de derechos humanos, ex art. 96.1CE, limitan la soberanía de los Estados, pues son jurídicamente vinculantes y de éstos pueden extraerse normas de aplicación concreta<sup>346</sup>. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha incidido sobre la especial fuerza pasiva de los Tratados internacionales<sup>347</sup> y en materia de extranjería ha optado por otorgar al Derecho internacional un valor de fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos, sin que de esto puedan extraerse normas de aplicación concreta ni tampoco puedan constituirse como canon autónomo de validez de las normas y de los actos de los poderes públicos (STC 237/2006, FJ5).

De los amplios textos que conforman el Derecho internacional son de especial relevancia los textos dedicados al desarrollo de los derechos sociales. Estos instrumentos incluyen un amplio catálogo de derechos de naturaleza social entre los que se encuentra el derecho a la protección asistencial. Este es el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966 y de la Carta Social Europa de 1961. También cabe destacar el Convenio Europeo de Derechos Humanos que si bien no prevé un artículo expreso sobre las prestaciones sociales, la más reciente jurisprudencia del Tribunal las ha incluido por vía de conexión con otros derechos.

El PIDESC recoge en el art. 11.1 el derecho a la protección asistencial “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y*

---

<sup>345</sup> DIEZ DE VELAZCO., *Instituciones de Derecho Internacional Público* (17ª ed.). Madrid, Tecnos, 2009.

<sup>346</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y derechos Humanos en el Derecho Internacional contemporáneo*. Madrid, Tecnos, 1995; o “Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración universal de Derechos Humanos”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*. Madrid, Tecnos, 1993, p.178.

<sup>347</sup> Así, STC 66/1982, de 12 de noviembre de 1982; STC 11/1985, de 30 de enero de 1985; STC 49/1988, de 22 de marzo de 1988 y 28/1991, de 14 de febrero de 1991.

*su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento*". El Pacto busca ser el instrumento a través del cual se desarrollen las legislaciones internas de los Estados configurándose como una regulación amplia que debe ser concretada por el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no es posible deducir directamente el acceso a una prestación social determinada.

Las obligaciones que se derivan del mismo son esencialmente el principio de no retroactividad de los derechos sociales y el principio del máximo esfuerzo. Los Estados se comprometen a *"adoptar medidas (...), especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos"* (art. 2.1 PIDESC). Asimismo, la Observación General núm. 3 de 1990 del Comité DESC hace un especial énfasis sobre el principio de progresiva efectividad como elemento de desarrollo de los derechos contenidos en el Pacto.

En el marco de la OIT y del Convenio núm. 97 sobre Trabajadores Migrantes de 1947 los Estados se comprometen a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con los derechos derivados de, entre otros, la Seguridad Social (es decir, las disposiciones legales relativas a accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como a cualquier otro riesgo que, de acuerdo con la legislación nacional, esté comprendido en un régimen de seguridad social). Bajo los términos previstos en el Convenio, la aplicación del mismo al ordenamiento español quedará limitada a las prestaciones asistenciales provenientes de la Seguridad social, en especial, las prestaciones no contributivas previstas en la LGSS<sup>348</sup>.

En el ámbito europeo destaca, en primer lugar, la Carta Social Europea de 1961, o "Carta de Turín". Este instrumento nace con el objetivo de completar el Convenio Europeo de Derechos

---

<sup>348</sup> Instrumento de ratificación, de 23 de febrero de 1967, de Convenio núm.97, de 8 de junio de 1949 sobre trabajadores migrantes. (BOE núm.135, de 7/07/67).

Humanos y profundizar en el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos europeos<sup>349</sup>. La Carta en su art. 14 relativo al derecho a los beneficios de los servicios sociales establece que “*Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a beneficiarse de los servicios sociales, las partes contratantes se comprometen a fomentar u organizar servicios que, utilizando los métodos de un servicio social, contribuyan al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social*”. El propio instrumento europeo en el punto 1 de su anexo, donde se concreta la aplicación *ratione personae*, extiende los derechos reconocidos en los arts. 1 a 17 a los extranjeros que, siendo súbditos de otras partes contratantes, residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio del país. En el mismo sentido, el Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica de 1953 del Consejo de Europa a través del cual los Estados garantizan la asistencia social y médica a las personas nacionales de los Estados parte del Convenio que no posean recursos suficientes, siempre que se encuentren en el territorio del Estado en uso de “*legítima residencia*”<sup>350</sup>.

En cuanto al Convenio Europeo de Derechos Humanos, la primera cuestión que ha tenido que solventar el TEDH es la inexistencia de un derecho en el Convenio relativo a los servicios o prestaciones sociales. Sin embargo, este impedimento se resuelve en el *Asunto Gaygusuz contra Austria*, de 16 de septiembre de 1996, donde se entiende que las prestaciones sociales hacen parte del derecho de propiedad contenido en el art. 1 del Protocolo Adicional y, por lo tanto, son objeto de protección por el Convenio<sup>351</sup>. El Tribunal de Estrasburgo ha emitido importantes pronunciamientos en materia de acceso a las prestaciones asistenciales y el

<sup>349</sup> AKANDJI-KOMBÉ, J., LECLERC, S., *La Charte Sociale européenne*, Bruylant, Bruselles, 2001; JIMENEZ QUESADA, L., “La Carta Social Europea como instrumento de democracia social en Europa y en España”, en JIMENEZ QUESADA, L., (coord.) *Escritos sobre Derecho Europeo de los derechos sociales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 137-190; BONDIA GARCÍA, D., BONET I PÉREZ, J., “La Carta Social Europea”, en ISA GÓMEZ, F., PUREZA, J.M., (Coord.) *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XII*. Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, p.441-480.

<sup>350</sup> El Convenio junto con el reconocimiento al acceso a prestaciones sanitarias y asistenciales recoge en su título II un conjunto de disposiciones relativas a la prohibición de repatriación de un nacional de otra parte contratante con legítima residencia en el territorio de la primera, por el mero motivo que el interesado tiene necesidad de asistencia. Posteriormente el Protocolo adicional al Convenio incluye como beneficiarios de la asistencia médica y asistencial a los refugiados en los términos del artículo primero de la Convención de Ginebra, exceptuando las disposiciones del Título II relativas a la repatriación. Convenio y protocolo ratificado por España por Instrumento de ratificación de 29 de noviembre de 1982. (BOE núm. 41 de 17/02/84).

<sup>351</sup> En el mismo sentido *Asunto Petrovic c. Austria* (Gran sala), de 27 de marzo de 1998, relativa la una prestación a un padre por nacimiento de hijo; *Asunto Wessels-Bergervoet c. Holanda* (Sala segunda), de 4 de junio de 2002, relativa a una pensión de vejez en favor de la mujer del cónyuge; *Asunto Willis c. Reino Unido* (Sala cuarta), de 11 de junio de 2002 sobre el disfrute fuera del territorio de una pensión; *Asunto Azinas c. Chipre* (Sala tercera), de 20 de junio de 2002, sobre los efectos de una medida sancionadora relativa al vencimiento de una pensión de vejez.

principio de no discriminación por razón de nacionalidad. Como se vió en el punto 2 del apartado II del capítulo segundo el estatuto del residente legal sale especialmente reforzado puesto que el Tribunal ha dado poca espacio al margen de apreciación nacional cuando se ha impuesto un trato diferente por razón de nacionalidad.

Dada la dificultad de extraer del Derecho internacional una regla de acceso al sistema de servicios y prestaciones sociales, las remisiones al mismo que incorporan las leyes autonómicas de servicios sociales no hacen más que contribuir a la configuración de un limbo normativo. Y, en todo caso, si alguna conclusión puede extraerse de las previsiones internacionales es el propósito de reforzar el estatuto del inmigrante que posee un vínculo con el Estado, materializado en la residencia legal o en el desarrollo de una actividad laboral. El derecho migratorio pese a tener un componente claramente internacional, movimientos internacionales flujos de personas, continúa muy ligado a la dinámica interna de los Estados y al concepto más tradicional de la soberanía. Algunos de los hechos que evidencian esta realidad son, por ejemplo, la negativa de los legisladores y de los Tribunales constitucionales a dar amplios efectos a instrumentos como el PIDESC, el ligamen entre derechos y estatus migratorio presente tanto en la Carta Social Europea como del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica<sup>352</sup>. Igualmente, resulta llamativo la negativa de los principales países receptores de inmigración a firmar y ratificar tanto la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares de 1998 como el Convenio OIT núm. 143 de 1975 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes.

La opción del legislador autonómico de integración del Derecho internacional como un elemento garantista de tipo universal es dudosa pues junto con la remisión a los Tratados y convenios internacionales en algunos supuestos se adhiere la coletilla “*sin perjuicio de lo que se establezca reglamentariamente*” (art. 3 de la Ley andaluza 2/1988, art. 3 de la Ley 5/1997, de 25 de junio, por la que se regula el sistema de servicios sociales en el ámbito de la Comunidad valenciana (en adelante Ley valenciana 5/1997), art. 3 de la Ley 9/1987, de 28 de abril de Servicios Sociales de Canarias (en adelante Ley canaria 9/1997)). Es decir, parece que

---

<sup>352</sup> A este hecho cabe añadir además la falta de voluntad política del Estado español para firmar el protocolo de la Carta Social Europea de 1991 y la Carta revisada de 1996 fue firmada por España en octubre de 2000, pero aún no ha sido ratificada. véase JIMÉNEA QUESADA, L., “Retos pendientes del Estado Español: en especial la ratificación de la Carta Social Europea revisada de 1996”, en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm.2, 2006, p.40-71.

las normas internacionales serán desplazadas por normas de rango reglamentario<sup>353</sup>. Además, como se analizará en la segunda parte del presente capítulo, las normas autonómicas que regulan las prestaciones concretas distan del espíritu integrador de los Tratados internacionales y optan, en sentido contrario, por acoger criterios restrictivos en cuanto al reconocimiento de una titularidad universal. Parece entonces que la remisión al Derecho internacional responde a que el legislador autonómico continúa aproximándose al fenómeno migratorio desde una perspectiva cercana al art. 149.1.2 CE y no desde la concepción del inmigrante como un elemento propio que forma parte de la realidad interna.

### 2.1.2 Remisiones a las normas reglamentarias

Otro aspecto al que cabe hacer referencia son las remisiones reglamentarias. En este sentido son varias las Comunidades que regulan el acceso a los servicios sociales mediante una cláusula de envío a la normativa que configura cada una de las prestaciones asistenciales. A modo de ejemplo la Ley canaria 9/1997 señala en su art. 3.3 *“Los servicios sociales del sistema de responsabilidad pública podrán ser utilizados por la población extranjera residente y transeúnte en los términos que los convenios internacionales ratificados por España determinen, o en su defecto, en el régimen y con la extensión que por el Gobierno de Canarias reglamentariamente se establezca”*.

Efectivamente, ante la indeterminación en las leyes de servicios sociales serán las normas reglamentarias las que en la práctica acaben diseñando la titularidad en el acceso a las prestaciones asistenciales. No obstante, la remisión al reglamento plantea varios problemas tanto desde el punto de vista de los servicios sociales como desde el propio estatuto jurídico del inmigrante. Como ya se analizó en el punto 3 del apartado II del capítulo I, el Tribunal Constitucional ha mantenido una doctrina constante según la cual el desarrollo de los derechos sociales, al predicarse de éstos la categoría de los denominados derechos de configuración legal, se deja en manos del legislador. Sin embargo, a la hora del desarrollo legal de los derechos sociales el legislador se encuentra vinculado por el principio de legalidad y debe necesariamente regular aquellos aspectos esenciales del derecho, siendo la titularidad de los servicios sociales uno de ellos. A diferencia de la ley reglamento no goza de

---

<sup>353</sup> En los casos de la Ley andaluza y valenciana la confusión es mayor aún dado que el desplazamiento de la normativa internacional opera sólo para aquellos casos de reconocido estado de necesidad. Parece entonces que el legislador entiende que del ordenamiento internacional se deducen criterios de acceso restrictivos.



la capacidad de innovación al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no puede regular los requisitos de acceso al derecho por parte de la población inmigrante pues ello implicaría la creación de una norma nueva. Teniendo en cuenta que en este caso se habla de un derecho de naturaleza prestacional, sin duda, el papel del reglamento es relevante y muchos de los aspectos relacionados con la gestión y prestación quedan remitidos al mismo. El reglamento resulta ser la sede natural de los aspectos o cuestiones complementarias como son, entre otros: la valoración de los recursos mínimos o baremos para acceder a una ayuda, los medios de prueba de los ingresos, la documentación mediante la cual se prueba la relación filial o conyugal; pero la determinación del régimen administrativo en que accedan los inmigrantes a los servicios sociales debe estar prevista en la ley.

### **2.1.3 Remisiones a la Ley de extranjería y la cláusula de reciprocidad**

Las Comunidades autónomas también han optado por la remisión a la legislación de extranjería. Así, por ejemplo, la *Ley de Cantabria 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales* (en adelante Ley cántabra 2/2007), que establece en su artículo segundo “*Las personas que carezcan de la nacionalidad española se regirán por lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en los Tratados internacionales y en los convenios que se establezcan con el país de origen*”. En el mismo sentido remite a la legislación de extranjería el art. 6 de la *Ley 12/2007, de 11 de octubre de Ley de Servicios Sociales de Cataluña* (en adelante Ley catalana 12/2007): “*Pueden acceder al sistema público de servicios sociales las personas que no cumplen la condición que fija el art. 2 si se encuentran en estado de necesidad personal básica, de acuerdo con lo establecido por la legislación en materia de extranjería*”.

Si bien parece coherente una remisión a la legislación específica, ésta pierde sentido cuando el art.14.2 y 14.3 LODYLE no concretan qué prestaciones y qué servicios se incluyen dentro de las categorías de básicos y especializados. En últimas se configura una remisión cruzada entre la ley autonómica y la LODYLE que acaba en un vacío jurídico. En otros casos, como es la Ley murciana 3/2003 art. 4.3, el régimen de acceso se reenvía a una normativa tan general e imprecisa como es “*normativa estatal básica que le sea de aplicación*”. El legislador autonómico se refiere a una remisión tan general como es “*leyes que le sean de aplicación*”, lo cual deja el régimen de acceso sin ninguna previsión concreta. Por otra parte, las materias

competenciales presentes en este supuesto están lejos de presentarse bajo la categoría de bases. Tanto en materia de extranjería como de servicios se está delante de una competencia exclusiva, la primera de titularidad estatal y la segunda de titularidad autonómica.

Incluso algunas leyes como es el caso de la Ley catalana 12/2007 remite el régimen jurídico a la legislación en materia de extranjería bajo una redacción que difícilmente puede integrarse en el actual art. 14.1 y 14.2 LODYLE. Concretamente, la Ley catalana indica que (art. 6.3) *“Pueden acceder al sistema público de servicios sociales las personas que no cumplen la condición que fija el apartado 2 (ciudadanos de los Estados miembros de la Unión europea empadronados en un municipios de Catalunya) si se encuentran en estado de necesidad personal básico, de acuerdo con lo establecido en la legislación en materia de extranjería”*. La norma catalana acude al concepto *“estado de necesidad personal básico”* y lo remite a la LODYLE. Por su parte la Ley de extranjería en ninguno de sus preceptos hace referencia al denominado *“estado de necesidad personal básico”*, sino que conjuga los criterios básicos/especializados y residencia legal/ presencia en el territorio para definir el acceso a los mismos.

La falta de coherencia en el caso de la ley catalana ahonda cuando el propio legislador años atrás por vía del *Decreto 188/2001, de 29 de junio, sobre los extranjeros y su integración social en Cataluña* (en adelante Decreto catalán 188/2001), estableció que *“los extranjeros que vivan o se encuentren en Cataluña, sea cual sea su situación administrativa, tienen derecho a acceder, en las mismas condiciones que el resto de ciudadanos, a los servicios básicos de atención primaria, los servicios de atención domiciliaria, a los servicios de comedor, a los servicios residenciales de estancia limitada, a los servicios de centros abiertos para niños y adolescentes y a ayudas de urgencia social otorgadas por las administraciones públicas de Cataluña”*.

Una regulación menos imprecisa es la prevista en el art. 3.2 de la Ley cántabra 2/2007, la cual remite a la Ley Orgánica 4/2000 pero posteriormente especifica que *“A los efectos de la aplicación de la Ley Orgánica, la Cartera de servicios sociales especificará los servicios y prestaciones que tienen carácter de básicos”*. No obstante, la relativa precisión queda oscurecida por la remisión a una norma de carácter complementario y de rango reglamentario como es la cartera de servicios sociales.

Finalmente, algunas legislaciones incluyen una cláusula de cierre referida al principio de reciprocidad. Este es el caso de la Ley valenciana 5/1997 art. 3: *“Los extranjeros, exiliados, refugiados y apátridas, hombres y mujeres, en el territorio de la Comunidad Valenciana, serán igualmente beneficiarios de tales servicios y prestaciones, conforme a lo dispuesto en las normas y en los Tratados y convenios internacionales vigentes, y en su defecto, conforme al principio de reciprocidad”*. En el mismo sentido, art. 10.2 de la Ley madrileña 11/2003, art. 4.2 de la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra (en adelante Ley Foral navarra 15/2006), art. 4.2 de la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales (en adelante Ley asturiana 1/2003), art. 4.2 de la Ley 3/2003, de 10 de abril del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia (en adelante Ley murciana 3/2003), art. 5.3 de la Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales de las Illes Balears (en adelante Ley balear 4/2009). En el art. 4.2 de la Ley 5/2009 de 30 de junio, de Servicios Sociales (en adelante Ley aragonesa 5/2009) el principio de reciprocidad se incorpora no como un criterio residual, sino como uno adicional a lo fijado en la Ley de extranjería y los Tratados y convenios internacionales.

La reciprocidad como criterio atributivo de derechos y libertades fue el principio inspirador del estatuto jurídico del inmigrante predominante hasta la mitad del siglo XX. Se entendía que los extranjeros podían disfrutar de derechos en el país receptor en la medida en que un convenio entre su país de origen y de residencia reconociera también dicho derecho a los nacionales residentes en el país de origen del extranjero. Este principio solía incorporarse en Estados donde la emigración era el fenómeno predominante y estaba pensado más en el sentido de promover el reconocimiento de derechos a nacionales que han migrado a otros países, que en regular la titularidad de los derechos de los no nacionales. En la actualidad, acudir a la reciprocidad como elemento conexo a la capacidad jurídica del extranjero presenta varios problemas. En primer lugar, es una fuente creadora de estatus diferenciados entre inmigrantes de distintas nacionalidades y, por lo tanto, difícilmente conciliable con el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución Española. En segundo lugar, presupone la existencia de un sistema de servicios sociales en el país de origen muy similar al desarrollado por las autonomías y de esta forma sujeta al inmigrante a la evolución político-administrativa de su Estado de origen. Además, el estatuto del inmigrante se condiciona al desarrollo que puedan o no tener las actuaciones diplomáticas entre los Estados; es decir, una relación proveniente de la rama del Derecho público interno se traslada al Derecho internacional público/privado, dado que el tratamiento del inmigrante dependerá del trato de

sus ciudadanos en el exterior<sup>354</sup>. Con el problema además que en el caso del Estado español no habría claridad sobre el ente territorial competente para firmar dicho convenio: el Estado central competente en materia de extranjería (art. 149.1.2 CE) y relaciones internacionales (art. 149.1.3 CE) o las Comunidades autónomas competencias en asistencia social.

La omisión del fenómeno migratorio puede entenderse para las leyes elaboradas durante la década de los ochenta e incluso noventa. Esto es así, porque en aquel momento la relevancia de la población inmigrante era mucho menor que la actual. Además, en aquel momento la prioridad de los servicios sociales era configurar un modelo de prestaciones asistenciales adaptándolo al nuevo marco constitucional democrático y descentralizado. Sin embargo, las Comunidades autónomas que han reformado su legislación continúan incorporando incisos ambiguos, con remisiones vacías y sin tener en cuenta que uno de los elementos que caracteriza la titularidad de los derechos de los inmigrantes es justamente la diversidad de estatutos existentes. La LODYLE es muy clara al diferenciar los extranjeros con relación a la situación administrativa regular o irregular y dentro de la llamada regularidad existe también varias tipologías de permisos que tienen una relevancia capital a la hora de determinar la titularidad de los derechos. La irregularidad tampoco puede verse como un único concepto pues cuentan elementos como el tiempo de permanencia en el territorio, el empadronamiento, la edad o circunstancias personales como el embarazo.

## **2.2 Leyes que regulan el acceso a los servicios sociales de forma más detallada**

Un segundo conjunto de Comunidades autónomas desarrollan una regulación que responde de manera más clara a la compleja realidad que presenta el fenómeno migratorio. Este es el caso de las siguientes autonomías: la Comunidad del País Vasco, art. 2 de la *Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales del País Vasco* (en adelante Ley vasca 12/2008), la Comunidad de Navarra, art. 4 de la Ley Foral navarra 15/2006 y la Comunidad de la Rioja, art. 5 de la *Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de la Rioja* (en adelante Ley riojana 7/2009).

---

<sup>354</sup> CALÓ, E., *Il principio di reciprocità*. Milano, Giuffrè Editore, 1994, p. 22.

La Ley riojana 7/2009 señala en su art. 5:

*1. Serán titulares del derecho a acceder al Sistema Público Riojano de Servicios Sociales establecido en esta Ley los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que residan en cualquiera de los municipios de La Rioja, así como los extranjeros con residencia legal en La Rioja.*

*Los extranjeros sin residencia legal tendrán derecho a acceder a los servicios del primer nivel reconocidos en el Catálogo de servicios y prestaciones, así como a los servicios que se establezcan en el ámbito de la protección de la infancia y de la atención a las mujeres víctimas de violencia de género.*

La Ley vasca 12/2008 señala en su art. 3:

*1. Son titulares del derecho a los servicios y prestaciones del Sistema Vasco de Servicios Sociales las personas empadronadas y con residencia legal y efectiva en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma del País Vasco.*

*(...)*

*3. Sin perjuicio de lo previsto en los apartados anteriores, las personas que se encuentren en la Comunidad Autónoma del País Vasco podrán acceder, en todo caso, al servicio de información, valoración, diagnóstico y orientación, así como al acompañamiento social, y a aquellos servicios y prestaciones que sean definidos como de urgencia social en la Cartera de Prestaciones y Servicios de Sistema Vasco de Servicios Sociales.*

*4. El acceso de las personas menores de edad en situación de riesgo o desamparo a los servicios y prestaciones del Sistema Vasco de Servicios Sociales obedecerá a lo previsto en la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia.*

En primer lugar, los preceptos de las leyes hacen expresa mención a las personas en situación administrativa regular (residentes), quienes accederán en las mismas condiciones al sistema de servicios sociales que los nacionales. En este sentido, la legislación autonómica integra el art. 14.2 LODYLE y, por lo tanto, las personas que se encuentren en alguna de las distintas categorías de residencia, previstas en la LODYLE, podrán acceder a las prestaciones



asistenciales siempre que cumplan los requisitos específicos de cada una de las prestaciones (años de residencia, límite de recursos económicos, hijos a cargo, entre otros).

En segundo lugar, las leyes individualizan el acceso a determinados colectivos como son las víctimas de violencia de género y los menores en situación de riesgo o desamparo. La Ley riojana incorpora un nuevo criterio distinto a la residencia legal que permite acceder al sistema de servicios sociales. Así, los menores y las mujeres víctimas de violencia de género podrán acceder al sistema de prestaciones sociales previstas para hacer frente a este tipo de situaciones. En una regulación muy similar la Ley vasca señala que los menores de edad en situación de riesgo o desamparo accederán a los servicios y prestaciones del Sistema Vasco de Servicios Sociales según lo previsto en la *Ley vasca 3/2005, de 18 de febrero de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia*.

En tercer lugar, cabe mencionar el art. 4 de la Ley Foral navarra 15/2006 donde se incorporan cuatro tipologías de colectivos: los residentes, los apátridas, los refugiados y los presentes en el territorio. Se indica que *“serán titulares del derecho a acceder al sistema de servicios sociales (...) los extranjeros residentes”*. En cuanto al colectivo de apátridas y refugiados la ley introduce una remisión a los Tratados internacionales, así *“el colectivo de asilados, refugiados y apátridas accederá en función de lo previsto en la legislación internacional”*. Las personas que se encuentren en una situación de urgencia accederán a aquellas prestaciones del sistema que permitan atender dicha situación. Nuevamente, pese a diferencias entre colectivos las remisiones en cuanto a las prestaciones que asisten a las personas que no gozan de residencia legal quedan remitidas a normas bien de carácter internacional, bien de carácter reglamentario.

### **2.3 Elemento común de la protección: la situación de urgencia o necesidad**

Tras el estudio de los preceptos relativos al acceso puede decirse que un elemento común en las leyes autonómicas de servicios sociales es la protección asistencial con independencia del régimen administrativo a las situaciones de urgencia o necesidad. En este sentido, todas las leyes reformadas señalan que cualquier persona que se encuentre en el territorio de la Comunidad autónoma en una situación de necesidad o urgencia podrá acceder a las prestaciones y servicios configurados para paliar este tipo de necesidades que se determinen reglamentariamente. Las únicas Comunidades que no incorporan esta regla son Valencia,

Canarias y Extremadura (Ley 5/1987 de 23 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura (en adelante Ley extremeña 5/1997). Ahora bien, hay que tener presente que son legislaciones que pertenecen a la primera generación de leyes y, por lo tanto, en momento en que se elaboran la inmigración no tenía la relevancia que tiene actualmente.

La Ley 24/2010 de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, art. 21, define la situación de urgencia como “*aquella situación excepcional o extraordinaria y puntual de las personas que requiere de una actuación inmediata, sin la cual podría producirse un deterioro o agravamiento de la situación de necesidad acaecida*”. El resto de Comunidades optan por su remisión a reglamentos o al catálogo de prestaciones.

Acudir a criterios de necesidad o urgencia para determinar el acceso a un derecho no es un elemento del todo extraño en el derecho migratorio. El art. 12.2 de la LODYLE, reconoce el derecho a los extranjeros que se encuentren en España (tienen derecho) a la asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.

En el derecho comparado la Legge Toscana 9 de giugno 2009, n.29, norme per l'accoglienza, l'integrazione partecipe e la tutela dei cittadini stranieri della Regione **Toscana**, (art. 6.25), reconoce a “*tutte le persone dimoranti nel territorio regionale, anche se prive di titolo di soggiorno, possono fruire degli interventi socio assistenziali urgenti ed indifferibili, necessari per garantire il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti ad ogni persona in base alla Costituzione ed alle norme internazionali*”.

En este sentido, parece que la influencia del fenómeno migratorio en las reformas en materia de servicios sociales es el reconocimiento del acceso con independencia a de la situación administrativa a aquellas prestaciones que tengan como finalidad actuar sobre la situaciones de urgencia. El reconocimiento de prestaciones no ligadas al régimen administrativo migratorio es valorado, desde el punto de vista de este trabajo, como un elemento positivo. La urgencia implica que las personas padecen una situación de necesidad que, de no ser atendida adecuadamente, puede acabar configurando una situación de exclusión social más profunda y unas implicaciones tanto de tipo sanitario como psicológico mayores.

### 3. Análisis sistemático entre el artículo 14.2 y 3 LODYLE y las leyes autonómicas de servicios sociales.

Tras el análisis de las previsiones del art. 14.2 y 3 de la LOYLE y de los distintos artículos de la legislación autonómica relativos al acceso al sistema de servicios sociales se evidencia la ausencia de coordinación entre normativas. Los términos básicos y especializados sobre los cuales se estructura la titularidad en la LODYLE no son empleados en la legislación autonómica. La legislación de extranjería regula el acceso por vía de unos conceptos que responden a una división pensada en la estructura administrativa de los servicios sociales pero no en la titularidad de los mismos; por lo tanto, resulta difícil deducir a partir de estos criterios claros sobre el acceso.

Por su parte, las leyes autonómicas reformadas en los últimos 12 años tienen presente el fenómeno migratorio pero lo solventan por vía de remisiones a normas, entre ellas la ley de extranjería, que tampoco tienen criterios precisos. También es oportuno señalar que hasta el momento ninguna de las diecisiete leyes autonómicas ha incorporado las previsiones de la reforma del art. 14.3 la LO2/2009. La reforma del art. 14.3 LODYLE es precisa en cuanto al colectivo y en cuanto a los servicios y prestaciones que les asiste. Según la redacción incorporada *“los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psicológico”*. La omisión a la reforma de la LODYLE resulta mas evidente en la *Ley 14/2010 de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha* (en adelante Ley Castillanoleonésa16/2010) y en *Ley castellanomanchega 14/2010 de Castilla la Mancha*, al ser legislaciones aprobadas con posterioridad a la LO 2/2009.

La opción de equiparar los conceptos básicos y especializados a los que se refiere la LODYLE a la estructura autonómica de servicios sociales mantenida por una parte de la doctrina no puede ser la respuesta al interrogante sobre el contenido de cada uno de estos conceptos. Es así porque las leyes de servicios sociales incluyen dentro de la categoría de básicos prestaciones que posteriormente requieren la residencia legal en el territorio, como es el caso del Ingreso Mínimo de Inserción de la Comunidad de Madrid. Además, la nueva generación de leyes autonómicas es mucho más explícita a la hora de señalar que la división

básicos/especializados responde más a un criterio de organización administrativa y de definición de la actuación pública que a un criterio de acceso a las prestaciones del sistema.

En cuanto a las leyes de servicios sociales de las Comunidades autónomas pocas incorporan el criterio de la residencia a la hora de regular la titularidad de la población no comunitaria. Sólo el País Vasco, La Rioja y Navarra fijan unos criterios más sistemáticos, donde reconocen a la población en situación regular el acceso a todo el sistema de servicios sociales y en las mismas condiciones que los nacionales. La regulación prevista para el resto de Comunidades se caracterizan por su ambigüedad y por no distinguir entre los distintos estatutos migratorios. En la gran mayoría la titularidad se regula por vía de remisiones que, como ya se ha señalado, acaban dejando vacíos normativos. Además, la referencia al principio de reciprocidad evidencia que el legislador autonómico continúa contemplando la inmigración como un elemento ajeno. En todo caso el único criterio que se deja claro es que toda persona que se encuentre en situación de urgencia o necesidad tendrá derecho a las prestaciones y servicios dirigidos a dar respuesta a dicha situación, pero sin precisar cuáles son estas prestaciones.

En este contexto, para tener un mapa más claro y preciso sobre el acceso a las prestaciones y servicios sociales es necesario acometer al estudio del régimen jurídico de cada una de los servicios y prestaciones previstas en los sistemas autonómicos. Este análisis será objeto de la segunda parte del presente Capítulo.

## **II. EL ACCESO A LOS SERVICIOS SOCIALES EN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

La integración de la nueva población en el mercado laboral predomina en sectores como la agricultura, la industria, la construcción y los servicios. En la mayoría de casos los inmigrantes se incorporan en una tipología de trabajos caracterizados por un alto nivel de precariedad, poco cualificados, de baja remuneración y con una inestabilidad laboral muy alta<sup>355</sup>. Las condiciones laborales y sociales en que desarrollan su vida (trabajadores pobres)

---

<sup>355</sup> Véase PAJARES, M., *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2010*. Madrid, Secretaría del Estado de Emigración e Inmigración, 2011. Según la encuesta nacional de inmigrantes 2007, “el 66% de los inmigrantes ha estado alguna vez en paro al menos durante un mes; cuanto más reciente ha sido la migración más se ha estado expuesto a alguna experiencia de desempleo, especialmente los trabajadores que tienen entre 20 y 34 años, los que sólo cuentan con estudios primarios y los hombres. Aunque la experiencia del desempleo es generalizada, para la mayoría se ha circunscrito a una única ocasión; sin embargo, el 19% de los que han estado en paro han pasado por dicha situación tres o más veces; esta pauta de gran rotación —entre empleo y desempleo se registra

los hace potenciales usuarios de asistencia social y, por lo tanto, los sistemas de servicios sociales viven un proceso “si no de substitución étnica de la pobreza, sí de alteración radical de las características por origen de la situación de vulnerabilidad o de pobreza”<sup>356</sup>. Además, hay que tener presente que existe un porcentaje importante de inmigrantes irregulares cuya situación social es aún más precaria y el círculo familiar, que eventualmente pudiese servir de apoyo es generalmente reducido.

Ahora bien, en este trabajo no se pretende mostrar la inmigración como población que tiende a sobreutilizar los servicios o prestaciones sociales. Por una parte, hay que tener presente que la aportación económica de la inmigración al crecimiento de la economía es muy relevante y, por otra, que dada la propia configuración demográfica de la inmigración y sus pautas culturales en muchas ocasiones no es del todo automático que una situación de necesidad implique demandas ante los servicios sociales, dado que las redes migratorias internas cubren en muchas ocasiones el papel de los servicios sociales.

Los estudios elaborados hasta el momento concluyen en su gran mayoría que la inmigración implica un saldo positivo para el Estado del bienestar, en especial para el sistema de pensiones<sup>357</sup>. En sectores como la sanidad, la educación o las prestaciones contributivas no se

---

tanto entre trabajadores precarios”. Colectivo IOÉ y MERCEDES FERNÁNDEZ., *Encuesta Nacional de Inmigrantes 2007: el mercado de trabajo y las redes sociales de los inmigrantes*. Madrid, Secretaría del Estado de Emigración e Inmigración, 2010.

<sup>356</sup> DOMINGO i VALLS, A., “La immigració i els reptes de futur en la Catalunya del 2030”, en *Quaderns d'acció social i Comunitaria, reptes per a la protecció social a la Catalunya del 2030*, núm.9, 2010, p.49. En el mismo sentido, MANZANO, N., Inmigración, exclusión social y personas sin hogar ¿la multiculturalización de la exclusión?, en *Revista de Estudios Sociales y Política Social*, núm. 84, 2008.

<sup>357</sup> Estas son las conclusiones del *Informe sobre el impacto económico de la inmigración extracomunitaria en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2008. Para autores como Vincéns Otero, “la participación que la población inmigrante mantiene sobre el gasto social efectuado por el sector público español cabe calificarla de reducida, aunque creciente; de hecho, el gasto social dirigido a los inmigrantes representa, en 2007, el 3.64 por ciento del gasto social total, porcentaje que supone un tercio del peso de la población inmigrante sobre el conjunto de la población española, si bien esta participación varía en función del carácter universal o contributivo de la prestación, si se trata de la función “familia e hijos”, en la que las cargas familiares y la carencia de rentas se convierten en dos factores que aumentan la participación de la inmigración en el gasto correspondiente. VINCÉNS OTERO, J (Dir.), *Impacto de la inmigración el sistema de protección social*. Madrid, Consejo Económico y Social España, 2010, p.97. El Informe realizado por la Oficina económica del Presidente en el año 2006, apunta a que gran parte del superávit español, el 50% para ser exactos, corresponde a la inmigración, por lo tanto el balance fiscal es positivo, véase *Inmigración y Economía Española*, Oficina Económica de la Presidencia, 2006, p.27-35. Trabajos posteriores que toman los datos de este informe como referente también inciden en este aspecto indicando, por ejemplo, que el gasto público en la población inmigrante se sitúa en un 5.4%, cuando los ingresos fiscales para el Estado a través de este colectivo ascienden a un 6.6%, del total de los ingresos. MALGESINI, G., “Inmigración y economía”, en *Inmigrantes nuevos ciudadanos. ¿Hacia una España plural e intercultural*. Madrid, Fundación Cajas de Ahorros, 2008, p.45. En el mismo sentido, PATXOT, C., y MARTÍNEZ MOUREEL, M., “Gasto en prestaciones y servicios sociales dirigido a los inmigrantes: una primera aproximación”, en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 61/2010, Instituto de Estudios Fiscales, p.177-199.



concluye una sobreutilización de los mismos por parte de la población inmigrante<sup>358</sup>. En el campo de los servicios sociales es difícil tener un análisis preciso que determine cual es el peso real de la inmigración como receptores de prestaciones asistenciales. Ello es así porque los estudios o informes al respecto son escasos y los existentes tienen un alcance sectorial, bien limitándose al estudio de uno o algunos territorios en concreto, bien limitándose a valorar el impacto de la inmigración sobre algunas prestaciones sociales concretas. A pesar de todo, y bajo las observaciones señaladas, algunas conclusiones pueden extraerse.

La población inmigrante en España se caracteriza por situarse, principalmente, en los tramos de edad comprendidos entre los 20 y 45 años. Este factor resulta relevante a la hora de analizar el peso de la misma sobre la asistencia social dado que al ser población activa, tanto desde el punto de vista laboral como reproductivo, *a priori* serán las prestaciones sociales dirigidas a cubrir estas eventualidades aquellas donde la inmigración puede llegar a tener un peso relevante. Así, en las prestaciones dirigidas a las familia, la infancia y la integración en el empleo se percibe un gasto proporcional o mayor en la población inmigrante. En contrapartida, el escaso peso de la población no nacional sobre los servicios y prestaciones dirigidos a personas mayores y dependientes dejará un saldo positivo en estos sectores.

En esta dirección se encamina el Informe elaborado por el Gobierno vasco *Impacto económico de la inmigración extracomunitaria en la Comunidad Autónoma del País Vasco de 2008*, según el cual “la participación de la población inmigrante en los servicios sociales es relativamente elevada en las ayudas sociales y de emergencia, así como en los servicios residenciales a menores, precisamente porque se trata de un segmento poblacional con especiales características de precariedad laboral y de ingresos. Sin embargo, el coste del conjunto de los servicios sociales en los que la población inmigrante tiene un peso relativamente mayor es, con excepción de la Renta básica, muy reducido. Los servicios sociales que absorben la mayor parte de los recursos son los dedicados a la atención a la discapacidad y a los ancianos, servicios en los cuales la participación de la población inmigrante es generalmente inferior a su peso en la población total, por el carácter de fuerza

---

<sup>358</sup> Según el Informe Diferencias en la utilización de los servicios sanitarios entre la población inmigrante y la española, la utilización por parte de la población inmigrante del servicio sanitario esta entre 1 y 2 puntos por debajo de la población española. Diferencias en la utilización de los servicios sanitarios entre la población inmigrante y la española, Fundación de Ciencias de la Salud, 2008. Llega a unas conclusiones similares MORENO FUENTES, F.J., y BRUQUETAS CALLEJO, M., *Inmigración y Estado de Bienestar*. Barcelona Obra social La Caixa, 2011, p.62 y ss.

de trabajo de la mayor parte de la inmigración, lo cual determina un promedio de edad inferior a la población nativa y unos porcentajes de población dependientes menores”<sup>359</sup>

Siguiendo los datos del Sistema de Información de Usuarios de Servicios Sociales (SIUSS)<sup>360</sup>, analizados en el Informe *Impacto de la Inmigración en la Sostenibilidad Financiera y Social del Estado de Bienestar*, “en el año 2008 los extranjeros representaron aproximadamente el 13.7% de los usuarios registrados en el SIUSS, porcentaje que se encontraba muy próximo al 11.5% que los extranjeros representaban en la población en cada territorio. Pero, si el elemento que se tiene en cuenta a la hora de valorar el uso de los servicios sociales es la proporción de extranjeros entre los usuarios de los servicios sociales en función del total de intervenciones, dicho colectivo parece estar claramente infra atendido, al representar tan sólo el 6.85% de las actuaciones de los servicios sociales”<sup>361</sup>.

Bajo estas premisas la población inmigrante puede llegar a tener un peso o una demanda importante en las prestaciones sociales dirigidas a la familia, menores y servicios de urgencia social. Pero, por otra parte, estas prestaciones representan un gasto relativamente pequeña del total de los recursos económicos dirigidos a los servicios sociales. En sectores como los de la tercera edad y la dependencia cuyo gasto social es más alto, el peso o demanda por parte de la población inmigrante mucho menor. En este sentido, del conjunto de población que demanda servicios sociales, efectivamente el colectivo inmigrante es uno de los que destaca. Prueba de ello es la inclusión de dicho colectivo en las reformas a las leyes autonómicas de servicios sociales<sup>362</sup> y la percepción social de que los inmigrantes son altos demandantes de servicios sociales. Pero, esto no implica que sea uno de los colectivos en los que más se gasta o a los que más se destinan los recursos, justamente porque el tipo de prestaciones que demandan son aquellas a las que los servicios sociales que proporcionalmente se destinan menos recursos.

<sup>359</sup> Informe sobre el impacto económico de la inmigración ... op. cit., p.105.

<sup>360</sup> El Sistema de Información de Usuarios de Servicios Sociales (S.I.U.S.S.) es el programa informático que permite la recogida de los datos básicos del usuario de los servicios sociales de atención primaria. Se configura a través de expedientes familiares y permite a los trabajadores sociales de base la gestión de los mismos. Los datos recogidos en el año 2008, incorporados en este trabajo, no incluyen las Comunidades autónomas de Canarias, Castilla la Mancha, Cataluña y País Vasco. Datos analizados por MORENEO FUENTES, F. J., y BUQUETAS CALLEJO, M., *Inmigración y Estado* ... op.cit., p.105 y ss.

<sup>361</sup> Del total de 2.385.683 intervenciones atendidas por los servicios sociales de las Comunidades autónomas y ciudades autónomas, 163.308 fueron contabilizadas como atención a inmigrantes. Véase, *El impacto de la inmigración en la sostenibilidad financiera y social del Estado de bienestar*, en MORENEO FUENTES, F.J., y BRUQUETAS CALLEJO, M., *Inmigración* ...op.cit., p.70; *Informe del Sistema de Información de Usuarios de Servicios Sociales (SIUSS)*, Ministerio de Sanidad Política Social e Igualdad, 2008.

<sup>362</sup> Las reformas a las leyes autonómicas de servicios sociales tanto en la exposición de motivos como en la enumeración de colectivos que son objeto de la misma como novedad incluyen a la población inmigrante

Por otra parte, el Informe del Gobierno Vasco *Impacto de la población extracomunitaria* también concluye que “la participación de la población inmigrante en el conjunto de los servicios sociales depende sustancialmente de sus ingresos laborales, siendo la mejora de la inserción en el mercado de trabajo un medio por el cual la población inmigrante reduce rápidamente su demanda de servicios de asistencia social y ayudas de urgencia, y como resultado su participación en el conjunto del gasto en servicios”<sup>363</sup>. En la misma dirección estudios sobre el Estado de bienestar sueco indican que el mayor peso que tiene la población de origen inmigrante sobre las prestaciones por desempleo está más relacionada con las oportunidades laborales que con una tendencia del inmigrante hacia ellas<sup>364</sup>. Este mismo estudio señala como la exclusión de la inmigración en el sistema de protección social efectivamente reduce el peso de la misma sobre el gasto social, pero al mismo tiempo, fomenta los mecanismos externos de protección económica y social, en especial con el efecto del refuerzo de las redes familiares y étnicas de inmigrantes, incentivando tendencias segregacionistas en vez de las integracionistas<sup>365</sup>.

Estas conclusiones toman especial relevancia en momentos de crisis económica como los actuales cuando el índice de paro entre la población inmigrante ha aumentado considerablemente, cuando las redes de apoyo familiar son escasas o se encuentran en la misma situación y, por lo tanto, es previsible el incremento de solicitudes de prestaciones asistenciales como las Rentas Mínimas de Inserción, las ayudas a las familias en situación de riesgo y las ayudas de urgencia<sup>366</sup>. La coyuntura económica repercute notablemente en el sistema de servicios sociales donde además del incremento de las demandas por parte de la población no nacional hay también una preocupación creciente sobre la percepción que este hecho tiene la población nacional. Las políticas de restricción de gasto generan mayor presión tanto de colectivos nacionales como no nacionales y, en este contexto, la inmigración puede

<sup>363</sup> Informe sobre el impacto económico de la inmigración ... op. cit., p.107.

<sup>364</sup> EKBERG, J., *Immigration to the Welfare. Is a Burden or a contribution?, The case of Sweden*, AMID Working Paper Series n. 48/2006.

<sup>365</sup> NANNSTAD, P., “Immigration and welfare states ... op.cit., p.552 y ss.

<sup>366</sup> Según el Informe elaborado por la Fundación la Caixa, la evolución de las cifras de empleo y de preceptores de prestaciones por desempleo entre los inmigrantes refleja el impacto que al crisis ha tenido en la participación de estos colectivos en el mercado e trabajo. Así, de los algo más de 4.5 millones de demandantes de empleo registrados en el Servicio Público de empleo España a principios de 2010, los extranjeros era más de 750.000, en *El impacto de la inmigración en la sostenibilidad financiera y social del Estado* ... op.cit., p.59. Sobre el impacto de la crisis véase., ALEMÁN BRANCHO, C., “Servicios sociales e inmigración en un contexto de crisis”, en AJA, E., ARANGO, J., y OLIVER, J., (Dir.) *Anuario de la Inmigración en España 2009*; LÓPEZ JIMÉNEZ, J., *Consecuencias de la crisis económica sobre los servicios de atención a la pobreza: un análisis desde Cáritas*, Real Instituto Elcano, 2010.

verse entonces como un elemento que copa y compite por los bienes y servicios sociales escasos. Esta realidad, junto con la falta de definición del sector, la tradicional escasez de recursos, así como la ausencia de datos relativos al acceso y uso de los servicios sociales, trae como resultado que el impacto de la inmigración sobre el uso del Estado del bienestar sea hoy en día objeto de grandes controversias que acaban fomentando peligrosos discursos sobre el “inmigrante como amenaza”<sup>367</sup>.

De cualquier modo, tenga la población inmigrante un peso mayor o menor en función de su aportación general al sistema de bienestar y de los tipos de servicios a los que accede, lo cierto es que a hoy en día el sistema público de servicios sociales tiene que dar respuesta a una nueva configuración de la sociedad caracterizada por un número importante de población no nacional con pautas culturales y sociales distintas a las que no siempre es fácil de adaptar la prestación de los servicios y, a diferencia del nacional, el estatuto jurídico del inmigrante no es homogéneo siendo necesario hacer frente a esta diversidad jurídica. Por otra parte, un número importante de la población inmigrante suele emplearse en trabajos precarios, con carencia de redes sociales o familiares y, en algunos casos, con problemas de desconocimiento de la sociedad. Estos elementos llevan al inmigrante, en ocasiones, a una situación de desventaja con relación al nacional y, por lo tanto, el sistema de servicios sociales debería responder a estas características y actuar positivamente allí donde sea necesario y factible para evitar una “estratificación étnica de la pobreza”. Pero al mismo tiempo es necesario evitar la percepción, cada vez más extensa, del inmigrante como elemento perjudicial que copa los servicios sociales. Para ello hay que prevenir y solucionar las situaciones de lucha por los recursos escasos y la fragmentación que esta genera sobre la convivencia social entre colectivos, dificultando la aplicación y efectividad de las políticas de integración.

Como acertadamente señala el profesor Moreneo Fuentes “en la actualidad el discurso sobre la inmigración y el Estado de bienestar en las sociedades europeas contemporáneas es objeto de una tensión estructural entre los argumentos relativos a la necesidad de la migración para el

---

<sup>367</sup> “Lo que está constantemente en el discurso es la necesidad de controlar o evitar la entrada de inmigrantes, dando lugar a lo que se ha denominado un “marco institucional de la discriminación” generador de exclusión económica y social de los inmigrantes. Este discurso se compone de diversos tópicos como el riesgo de vernos invadidos por inmigrantes, la amenaza que ello supone a “nuestra cultura” e identidad, a nuestro sistema de protección social, etc. Algunos aspectos de dicho discurso han llegado a resultar muy convincentes y han logrado que la inmigración aparezca constantemente como algo que constituye una amenaza para la sociedad”. PAJARES ALONSO, M., “Inmigración y políticas de integración”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 14, 2006, p.3.

desarrollo económico en general, y para el mantenimiento de los sistemas de pensiones en particular, mientras que al mismo tiempo el acceso de los inmigrantes a las prestaciones sociales se convierte en uno de los elementos clave de politización por parte de partidos que promueven la xenofobia y el racismo para obtener apoyo electoral”<sup>368</sup>.

### **1. Acceso a las prestaciones o servicios sociales básicos**

La adopción de los servicios básicos o generales en el ordenamiento autonómico responde al objetivo de configurar un sistema coherente con la definición de la asistencia social como un sistema público de carácter universal. En este sentido, para garantizar la universalidad lo más apropiado era la configuración de un primer nivel de atención primaria, integral en prestaciones y comunitario en el ámbito de la actuación. Por otra parte, también lo aconsejaba la experiencia de otros sistemas públicos de protección social con mayor consolidación que los servicios sociales, como es el caso de la sanidad y la educación. Actualmente ninguno de ellos puede concebirse sin la referencia a un nivel básico de atención bien estructurado: centros de salud, médico de familia, educación infantil y primaria, etc. En el campo de la asistencia social los servicios sociales básicos sirven de puerta de acceso a otros niveles especializados de sus respectivos sistemas<sup>369</sup>.

Bajo la primera generación de leyes de servicios sociales las prestaciones que forman parte del primer nivel de servicios vienen en gran medida configuradas bajo las previsiones del Plan Concertado de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales. Cabe recordar que mediante este instrumento (convenio administrativo entre el Estado, las Comunidades autónomas y los entes locales) se busca por una parte configurar un nivel mínimo y homogéneo tanto en prestaciones como en infraestructuras para todo el territorio, así como garantizar una financiación estable a los servicios sociales.

Las prestaciones que se incorporan en el Plan son, en gran medida, las prestaciones que conforman los servicios básicos en las legislaciones autonómicas:

<sup>368</sup> MORENEO FUENTES, F.J., “Sostenibilidad del régimen de bienestar español ante el desafío de la inmigración”, en *La sostenibilidad económica y social del modelo migratorio español*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Foro Inmigración y Ciudadanía, núm.14, 2007, p.40.

<sup>369</sup> RODENAS RIGLA, F., y GARCÉS FERRER, J., “Los servicios sociales generales”, en GARCÉS FERRER., *Sistema político y administrativo de los servicios sociales*, Tirant lo Blanch, 1996, p.153.



a) servicio de información, orientación y asesoramiento técnico dirigido a todos los ciudadanos para informar, orientar y asesorarles acerca de sus derechos, del ejercicio de los mismos y de los recursos sociales adecuados para resolver sus necesidades. Estos servicios incluyen actuaciones como el registro y toma de datos de los individuos o grupos, información, valoración y asesoramiento social sobre el recurso idóneo o el conjunto de medidas adoptar, tramitación y derivación hacia otros recursos y/o servicios fuera o dentro del sistema.

b) servicio de ayuda a domicilio, a través de los cuales se presta atención psicológica, rehabilitadora, social, personal y educativa, cuando la situación individual o familiar sea de especial necesidad, procurando la permanencia de la persona en su núcleo familiar o convivencial de origen.

c) programas de cooperación social para impulsar y fomentar la iniciativa colectiva, el asociacionismo y el voluntariado.

d) programas de convivencia y reinserción orientados a promover la convivencia en comunidad y familiar, así como a posibilitar la integración social.

El soporte organizativo previsto para el desarrollo de los servicios sociales viene dado por la creación de un Centro de Servicios Sociales Básico conformado por un equipo de profesionales de carácter interdisciplinar. Además, estos centros, eventualmente, pueden contar con un equipamiento de carácter complementario (centros de día, comedores, centros ocupacionales, albergues y centros de acogida).

Según datos contenidos en el SIUSS 2009, programa informático que permite la recogida de los datos básicos del usuario de los servicios sociales de atención primaria<sup>370</sup>, el peso de cada una de los servicios sobre el conjunto de prestaciones que conforman los servicios básicos es el siguiente:

---

<sup>370</sup> Sistema de Información de Usuarios de Servicios Sociales 2008.

Tabla número de usuarios por grupo de demanda año 2009

| Grupo de demanda                                                                       | Usuarios  | Porcentaje |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----------|------------|
| 1. Información, orientación, valoración y movilización de recursos                     | 1.226.310 | 47.35%     |
| 2. Prestaciones y actividades de apoyo a la unidad convivencial y de ayuda a domicilio | 526.517   | 20.33%     |
| 3. Prestaciones actuaciones y medidas de alojamiento alternativo                       | 94.638    | 3.65%      |
| 4. Prestaciones y actuaciones de prevención e inserción social                         | 166.050   | 6.41%      |
| 5. Recursos complementarios de necesidades de subsistencia                             | 576.283   | 22.25%     |
| Total                                                                                  | 2.589.798 | 100%       |

Fuente. Sistema de Información de Usuarios de Servicios Sociales, 2009

El impacto de la población inmigrante en los servicios sociales es difícil de determinar. De acuerdo con el Informe del SIUSS 2009 los servicios sociales básicos atendieron un total de 1.279.189 usuarios de los servicios sociales en 2009, de los cuales 175.850 fueron usuarios de nacionalidad distinta a la española, lo que representa un 15,6% del total; sin embargo, este informe no incluye las Comunidades autónomas de Cataluña, País Vasco y Navarra<sup>371</sup>.

Algunos datos parciales pueden extraerse de las conclusiones de estudios regionales. Según el Informe *Impacto económico de la inmigración extracomunitaria en la Comunidad Autónoma del País Vasco* la participación de la población inmigrante en las ayudas de emergencia social es del 35.8%, en la asistencia domiciliaria es de un 0.7% y en los programas de promoción y prevención es de un 2.9%. El Informe también detalla que el peso migratorio en la categoría de “*otras ayudas complementarias*” es del 32.8%; sin embargo, no se señala concretamente a qué ayudas se refiere<sup>372</sup>. En la misma dirección se encamina el Informe extraordinario del

<sup>371</sup> Otra fuente estadística son los datos contenidos en la *Memoria del Plan Concertado 2008-2009* (Memoria que no incluye datos ni del País Vasco, ni Navarra). Hay que tener en cuenta que los datos contenidos en la Memoria no hacen expresa referencia los usuarios sino al número de servicios prestados desde los servicios sociales básicos. En este sentido, durante el 2008 se realizaron un total de 6.724.016 prestaciones. La población inmigrante recibió un total de 430.623 actuaciones y los refugiados y asilados de 3.216 actuaciones. Según el Informe, el colectivo que más peso tiene sobre los servicios sociales cofinanciados por el Plan Concertado es en primer lugar los mayores de edad, con un total de 2.148.166 actuaciones y, en segundo lugar, la familia con un total de 1.676.951 actuaciones. *El Sistema Público de Servicios Sociales Plan Concertado de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales de Corporaciones Locales 2008-2009*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2010.

<sup>372</sup> *El impacto económico de la inmigración extracomunitaria ...op. cit., p.101.*

Ararteko *La situación de los servicios sociales base en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, según el Ararteko los hogares encabezados por personas originarias de otros Estados representan un 9.5% de los usuarios de los Servicios Sociales<sup>373</sup>. Los datos del *Informe sobre las personas atendidas por los servicios sociales en la Comunidad de Murcia* la estimación media de la presencia de población no nacional entre 1996 y 2007, en el sistema de servicios de atención primaria, es del 8%. En éste último documento se pone de manifiesto que ha sido en los últimos cinco años donde se ha multiplicado su peso relativo, llegando en el año 2007 al 15% de las actuaciones<sup>374</sup>.

Estos datos contrastan con las conclusiones del Informe Cáritas *La situación social de los inmigrantes acompañados por Cáritas* según el cual el peso de la población inmigrante sobre los servicios prestados por esta institución es del 62%, donde el 52% corresponde a población extracomunitaria y el 10% está constituido por población comunitaria no española. Según el Informe la presencia de la población inmigrante en la acogida y asistencia de Cáritas muestra la vulnerabilidad de este colectivo tanto en términos de pobreza como de exclusión social, el cual sufre en los últimos años los efectos de la crisis económica. Del total de personas no nacionales atendidas por Cáritas un 50% se encontraba en situación de desempleo y, de las personas empleadas un 87% se empleaban en una actividad laboral caracterizada por la temporalidad y la inestabilidad<sup>375</sup>.

La diferencia de datos entre población atendida por los servicios sociales autonómicos y en este caso por Cáritas se puede interpretar como un indicio de la tendencia a derivar la población inmigrante hacia el tercer sector y, por lo tanto, de creación de redes de atención diferenciada. La creación de redes separadas se valora negativamente dado que fomenta la segregación. La atención del tercer sector en los servicios sociales responde, en gran medida, a las necesidades de flexibilización del servicio y a una atención más cercana al ciudadano.

---

<sup>373</sup> *La situación de los servicios sociales de base en la Comunidad Autónoma del País Vasco*. Informe extraordinario de la Institución del Ararteko al Parlamento Vasco, Ararteko, 2010, p.186.

<sup>374</sup> El Informe también señala que dentro de la población extranjera la mayoría de los atendidos por los SSAP (servicios sociales de atención primaria) son marroquíes (31.5%) y ecuatorianos (23%), porcentajes que se corresponden con la distribución por nacionalidades de la población extranjera en la región. Del mismo modo, la preponderancia de uno u otro sexo se traslada a los servicios sociales, de manera que entre los marroquíes que acuden a los servicios sociales un 70% son hombres, mientras que entre los ecuatorianos los hombres suponen sólo el 40%. MIRA ALBERT, S., *Informe las personas atendidas por los servicios sociales de atención primaria perfil social-valoraciones y recursos aplicados (1996-2007)*, Consejería de Política Social Mujer e Inmigración, Comunidad de Murcia, 2010, p.21 y 22.

<sup>375</sup> *La situación social de los inmigrantes acompañados por Caritas Informe 2010*, Observatorio de la Realidad Social, Caritas Española, 2011, p.5 y ss.

No debe, en ningún caso, potencializarse el tercer sector ya sea como estrategia de traspaso de responsabilidades por parte de las administraciones públicas, ya sea como estrategia para evitar que la población inmigrante sea atendida, en su mayor parte, por este sector.

Al margen de las precisiones e imprecisiones que pueden dejar los datos sobre el impacto de la inmigración en los acceso a los servicios básicos, es un hecho contrastado por la doctrina que desde la creación de las prestaciones básicas las responsabilidades de los Ayuntamientos han venido aumentado sin el correspondiente refuerzo financiero. Esta situación se visualiza tanto en la disminución de la financiación local por vía del Plan concertado, como en la asignación de nuevas responsabilidades por vía de leyes sectoriales.

La disminución de los recursos y el aumento de la demanda son cambios en los servicios sociales a los que han tenido que hacer frente los municipios. Este hecho se puede apreciar claramente en la evolución de la financiación del Plan Concertado de prestaciones básicas. Según la memoria del Plan Concertado 2008-2009 la evolución de la financiación de las diferentes entidades territoriales en los Servicios Sociales básicos entre el primer año de creación del fondo 1988 y el 2007 fue la siguiente: la disminución de la aportación estatal (de un 25% a un 8.51%); como consecuencia de la crisis, la aportación autonómica ha aumentado levemente (de un 32% inicial a un 34.28%); sin embargo, paradójicamente, la aportación de las corporaciones locales ha pasado de un 41% a un 57.20%<sup>376</sup>.

La disminución de la financiación contrasta con la ampliación de las necesidades y de los colectivos atendidos, siendo manifiesto el desajuste existente entre las funciones asignadas a los Servicios Sociales base y los recursos puestos a disposición. De aquí que actualmente los municipios hagan frente a un conjunto de prestaciones nuevas bajo un fuerte esfuerzo presupuestario. El Informe del Ararteko advierte por una parte que el sistema asistencial se configura bajo el efecto de “cuello de botella” para las personas usuarias y recomienda la incorporación “en la legislación local una cláusula de cierre consistente en la garantía de suficiencia financiera para el ejercicio de las competencias, concretada en la obligatoriedad de

---

<sup>376</sup> *Informe el Sistema Público de Servicios Sociales Plan Concertado...* op.cit., p.18-19. Cabe recordar que el Plan depende económicamente de tres fuentes: 1) las subvenciones finalistas del Estado; 2) la dotación de las Comunidades Autónomas 3) las correspondientes a las corporaciones locales

financiación suficiente de nuevas competencias atribuidas a los nuevos mecanismos necesarios, a favor de los municipios para hacer realidad su cumplimiento”.<sup>377</sup>

Sin embargo, esta situación ha variado en los últimos años mediante la introducción de fuentes de financiación que, si bien no están dirigidas directamente a la red de servicios sociales básicos, sí son utilizadas para el refuerzo de los servicios prestados hacia colectivos que hacen uso de los servicios sociales básicos. Este es el caso del Fondo para la acogida donde el refuerzo de los recursos organizativos y humanos de los servicios sociales de atención primaria viene siendo uno de sus ejes de actuación.

Otra cuestión a destacar sobre los servicios básicos es la ausencia de un modelo de intervención común. El Informe del Ararteko pone de manifiesto “el crecimiento que en cuanto a recursos han experimentado los Servicios Sociales de Base -además de insuficiente- ha sido desordenado, y no se ha acompañado del desarrollo de un modelo de intervención común, capaz de clarificar las funciones de estos equipos, sus programas y sus procedimientos. Sin duda, la práctica ha obligado a muchos ayuntamientos a dotarse de un modelo propio: pocos han dispuesto sin embargo de los medios necesarios para desarrollar esos modelos de intervención con la necesaria solvencia y, en todo caso, existen en la actualidad en Euskadi tantos modelos de intervención en Servicios Sociales de Base como ayuntamientos han querido, y podido, desarrollarlos”<sup>378</sup>.

### **1.1 Los servicios de información y orientación**

Los servicios de información y orientación están configurados como la puerta de entrada al sistema de servicios sociales. Esta prestación tiene por objeto la comunicación y el asesoramiento a los usuarios de los recursos sociales existentes para la resolución de las necesidades que se plantean. Estos servicios realizan una evaluación y un diagnóstico de las necesidades de la persona o familia usuaria, así como la orientación acerca de la intervención más adecuada. La orientación ayuda a potenciar la capacidad de utilizar adecuadamente la información: indicando los recursos concretos, las vías de utilización y el acceso a los mismos<sup>379</sup>.

---

<sup>377</sup> *La situación de los servicios sociales de base ...op. cit., p.517.*

<sup>378</sup> *Ídem., p.519.*

<sup>379</sup> MORENO REBATO, M., *Régimen jurídico de la Asistencia ... op.cit., p.204.*



Según la LBRL, art. 26.1c, la gestión de los servicios de información y orientación corresponde a los municipios de más de 20.000 habitantes. Por su parte todas las Comunidades autónomas, por vía de sus leyes de servicios sociales, incorporan estos servicios dentro de los denominados servicios básicos<sup>380</sup>, los cuales se prestan a través de los centros sociales de atención primaria. El equipo social de base realiza un informe de la situación social y de necesidad de la persona o familia para posteriormente otorgar directamente una ayuda o prestación social o derivarlos a servicios o prestaciones especializadas, según sea el caso. Según el *Informe del Sistema Público de Servicios Sociales Plan Concertado* los servicios de información implicaron en 2008 un gasto total de 16.177.871 de euros, cantidad que representa un 2,29% del total de gastos realizados. Sin embargo, el total de actuaciones realizadas fueron de 5.350.551, cifra que representa el 66.68% del total de actuaciones. Esto quiere decir que los servicios de información y orientación se configuran como una prestación social de bajo coste económico, pero que cubre más de la mitad de las actuaciones de los servicios sociales básicos.

En todas las Comunidades autónomas el acceso a estos servicios se garantiza a toda la población con independencia de su situación administrativa. Como consecuencia del hecho migratorio en el marco del servicio de información y orientación, las Comunidades y los municipios han creado servicios de información especializados que vienen a responder las necesidades específicas que plantea la población recién llegada al territorio. En este sentido, se crean los centros de información o atención a inmigrantes a través de los cuales se ofrecen

---

<sup>380</sup> Ley andaluza 2/1988 (art. 10) forman parte de los servicios sociales comunitarios, Ley madrileña 11/2003 (art. 31.f) incluye la prestación en los servicios de atención primaria. Ley valenciana 5/97 (art. 12) introduce la prestación en el contenido de los servicios sociales generales. La Ley vasca 12/2008 (art.21.1) incorpora la prestación en los servicios sociales de atención primaria del Catálogo de prestaciones y servicios del Sistema Vasco de servicios sociales. La Ley Foral Navarra 15/2006 (art. 20.a) inserta la prestación en el contenido mínimo de la cartera de servicios sociales de ámbito general. Para la Ley aragonesa 5/2009 (art. 15.b) la prestación forma parte del catálogo de servicios sociales. Para la Ley castellanoleonesa 16/2010 (art. 19.2a) la prestación forma parte del las prestaciones esenciales del catálogo de servicios sociales de Castilla y León. La Ley castellano manchega 14/2010 (art.15) introduce la prestación en los servicios de atención primaria. La Ley asturiana 1/2003 (art.11b) incorpora la prestación dentro de las funciones de los servicios sociales generales. Para la Ley riojana 7/2009 (anexo 1.1.1) es una prestación que según el catálogo de servicios y prestaciones del sistema riojano de servicios sociales forma parte de los servicios de primer nivel. La Ley extremeña 5/1987 (art. 4.1 y 5) inserta la prestación en la estructura básica de la acción social. La Ley murciana 3/2003 (art. 9.1a) incluye la prestación en los servicios sociales de atención primaria. La Ley balear 4/2009 (art. 14.a,b,c) introduce la prestación dentro de las funciones de los servicios sociales comunitarios. La Ley canaria 9/87 (art. 6.a) incorpora la prestación a los servicios sociales generales o comunitarios. La Ley gallega 13/2008 (art. 11.1d) inserta la prestación en las funciones de los servicios sociales comunitarios básicos. La Ley cántabra 2/2007 (art. 14 a,b) incluye la prestación en los servicios sociales de atención primaria. La Ley catalana 12/2007 (art.17b,c,d) introduce la prestación en las funciones de los servicios sociales básicos

servicios relacionados con el asesoramiento jurídico en los trámites de extranjería, información relativa a la sociedad de acogida, cursos de aprendizaje del idioma, mediación, traducción y programas de búsqueda de empleo, entre otros.

Los servicios de información especializada se desarrollan como políticas propias de los ayuntamientos con mayor número de población y, por lo tanto, con mayores recursos. Éste es el caso de Barcelona, Madrid o Valencia. En la ciudad de Barcelona se encuentra el Servei d'Atenció a Immigrants i Estrangers Refugiats; en la ciudad de Madrid se crearon los denominados Oficinas de Información y Orientación para la Integración y en la ciudad de Valencia el Centro de Apoyo a la Inmigración.

En los municipios más pequeños los centros de atención a inmigrantes se han configurado por vía del impulso y la coordinación de las Comunidades autónomas o de las diputaciones, en colaboración con las ONG's. Este es el caso de la Oficina d'Informació i Assessorament als Immigrants, servicio impulsado por la Diputación de Barcelona con la participación de algunos sindicatos. A través de éstas oficinas se prestan servicios de asesoramiento a los inmigrantes; se informa y asesora sobre trámites, como: permisos de trabajo, procedimientos de reagrupación familiar, procedimientos sobre el acceso a la nacionalidad, entre otros; así mismo, se promueve al aprendizaje de la lengua, de los hábitos sociales y culturales, entre otros. En la Comunidad de Madrid se crearon los Centros de Atención Social a Inmigrantes, los cuales fueron concebidos como complementos a la atención social básica proporcionada por los servicios sociales y en la Comunidad de Andalucía se encuentran las Oficinas de Atención al Inmigrante. Estas oficinas tienen el origen en los servicios de información que se prestaban en zonas de gran actividad agrícola a los inmigrantes de temporada y que, como consecuencia de la generalización y estabilidad en el territorio de la población inmigrante, el servicio pasó de tener un carácter temporal a permanente<sup>381</sup>.

Los denominados Centros de Atención a Inmigrantes es una figura que se extiende en todas las Comunidades autónomas. Sin embargo, no se ha previsto una regulación sobre los servicios que prestan y es un modelo que depende de la convocatoria anual de subvenciones. La apertura de dichos centros responde efectivamente a unas necesidades de información específicas y se encuentran vinculados a los Planes locales o autonómicos de integración y

---

<sup>381</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ., M.V., *Inmigración y políticas públicas en el ámbito local: Oficina de Atención al Inmigrante*, Ponencia del V Seminario sobre investigación de la inmigración extranjera en Andalucía, 2007.

convivencia. No obstante, carecen de una planificación clara y de régimen jurídico. Así, centros que durante la época de crecimiento económico se abrieron, posteriormente se cierran o modifican bajo la discrecionalidad de la administración. A modo de ejemplo, la Comunidad de Madrid, en el marco del I Plan Madrid de Convivencia Social e Intercultural 2004-2007, abrió un total de 14 Centros de Atención Social a Inmigrantes y 21 Servicio de Mediación Social Intercultural. Pese a la evaluación positiva reflejada en los informes de la aplicación del Plan, a partir del 2008 ambos centros de ambos tipos se cierran, pero se crean unos nuevos que son los Centros de Participación e Integración de Inmigrantes. Éstos últimos vienen a cumplir las mismas funciones, pero con un cambio en las entidades gestoras. Cambios que lejos de responder a criterios objetivos, responden a criterios políticos y de afinidad ideológica de la administración autonómica, poniéndose en duda los principios de objetividad de la administración<sup>382</sup>.

La previsión de servicios de información y asesoramiento especializado se valora como una política acertada. Por una parte, una orientación adecuada potencia la capacidad de utilizar adecuadamente la información y los recursos, así como las vías de utilización y el acceso a los mismos. Por otra parte, dejar los servicios de información en inmigración en manos de los centros de información general, hubiese implicado cargar a estos últimos de servicios y gestiones que no forman parte ni de la naturaleza ni de la finalidad para la cual fueron creados. En este sentido la especialización en información directamente relacionada con el ámbito migratorio implicó la división del servicio, según las nuevas necesidades de la población, así como la gestión de unas prestaciones de forma más racionalizada.

Actualmente, las oficinas de información continúan prestando servicios, ya no centrados tanto en la nueva población, sino en las necesidades de la población ya asentada en el territorio especialmente en cuestiones relativas al régimen de extranjería, la inserción laboral y la integración. Asimismo, los centros de titularidad pública tienden a gestionarse por entes privados (generalmente entidades sin ánimo de lucro), donde la concesión varía anualmente en función de criterios no siempre son objetivos y sujetos a las disponibilidades

---

<sup>382</sup> Desde el ámbito del trabajo y la intervención social se vio con sorpresa como en el año 2008 la Universidad Francisco de Vitoria, gestionada por los Legionarios de Cristo fue la mayor beneficiaria de las concesiones de “subvenciones a instituciones sin ánimo de lucro para el desarrollo de programas y proyectos en el área de atención a la población inmigrante durante el 2008”, véase., ÁVILA CANTOS, D., y MALO DE MOLINA, M., *Manos invisibles. De la lógica neoliberal en lo social*, III Jornadas Políticas Migratorias, Justicia y Ciudadanía, C, 2010; CAMACHO ARPA, S., “A cuestión las políticas públicas migratorias de la Comunidad de Madrid y el Ayto. de Madrid (1990-2000; 2001-2008; 2009-2012)”, en *Boletín informativo de Trabajo Social*, núm14, 2010.

presupuestarias. Ante esta realidad es necesario definir la naturaleza y funciones de estos centros y activar mecanismos de coordinación con las políticas de integración social y laboral de las administraciones públicas que vayan más allá de la gestión por vía de subvenciones.

## 1.2 Los servicios de alojamiento temporal alternativo

La Ley 14/2010 de Castilla la Mancha (art. 36.f) describe que *“el alojamiento temporal tiene por objeto posibilitar la atención temporal a personas que, ante la ausencia de alojamiento o la imposibilidad de permanecer en su domicilio, por diversos motivos, ya sean económicos, sociales, sanitarios o derivados de la ausencia de familiares u otras redes de apoyo, requieran el acceso a otras formas alternativas de convivencia. Para ello se proporcionarán los medios necesarios para que la persona, familia o unidad de convivencia pueda acceder a un alojamiento temporal y un entorno relacional adecuado a sus necesidades”*.

Por su parte, el Decreto catalán 27/2003 de 21 de enero, a propósito de la atención social primaria, define los servicios de estancia limitada como *“servicios o prestaciones que suplen temporalmente al hogar familiar en casos puntuales de atención social urgente”*. El objetivo de esta prestación es cubrir las necesidades tanto básicas de alojamiento como las demás necesidades que han motivado la situación de urgencia (manutención, vestido, higiene personal). En términos generales se prestan servicios relacionados con el alojamiento, la acogida, el apoyo personal y la integración social.

El sistema español de centros de estancia limitada se caracteriza por su descentralización hacia los municipios y una participación muy alta del sector asistencial privado pero donde la financiación es esencialmente pública. Según datos del INE tan sólo el 25% de los 615 centros para personas sin hogar son de titularidad pública y en el caso de los albergues el 41.2% de las plazas ofertadas son públicas. La participación privada contrasta con la financiación pública, ya que más de las tres cuartas partes (75.8%) de la financiación total de todos los centros provienen de los presupuestos autonómicos o locales<sup>383</sup>. En cuanto a su distribución territorial el 66.8% de los centros está situado en municipios mayores de 100.000

---

<sup>383</sup> Encuesta sobre las personas sin hogar 2011, Instituto Nacional de Estadística. A modo de ejemplo véase, Castilla y León: *Orden FAM/404/2011, de 5 de abril aprueban bases para concesión de subvenciones a entidades privadas sin ánimo de lucro para financiación de programas de inclusión social destinado a personas en riesgo o situación de exclusión social*; Extremadura: *Decreto 90/2005, de 12 de abril, por el que se establece las bases reguladoras de las subvenciones a Programas de Inserción Social para colectivos excluidos o en riesgo de exclusión* y *Orden de 29 de diciembre 2010, por la que se convoca subvenciones por realización de programas de inserción social para colectivos excluidos o en riesgo de exclusión, para el año 2011*.

habitantes, mientras que el 12.1% se encuentra en municipios menores de 20.000 habitantes. Además de los servicios de alojamiento, los centros realizan también prestaciones orientadas a la inserción social de los usuarios como son: talleres ocupacionales y de inserción (37.4%), regularización de la situación jurídica administrativa (27.6%), asistencia jurídica (30.1%) y atención psicológica (40%)<sup>384</sup>.

Según el *Informe del Sistema Público de Servicios Sociales Plan Concertado 2008-2009* a los servicios de alojamiento alternativo se destina un total de 9.747.534 de euros, cifra que representa un total del 1.76% del total del gasto realizado en 2008 por los servicios básicos. En cuanto a las actuaciones realizadas por vía de esta prestación se atendieron un total de 199.008 usuarios, que representan el 2.28% del total de actuaciones realizadas por los servicios financiados por vía del Plan Concertado<sup>385</sup>.

Las leyes autonómicas de servicios sociales de primera generación omitían directamente la especificación a los servicios de alojamiento alternativo. Esta ausencia no es de extrañar ya que en general son leyes dedicadas a la conformación general del sistema de servicios sociales y poco dicen respecto a las prestaciones concretas. En este contexto el Plan Concertado de prestaciones básicas de servicios sociales 1988 es el instrumento que incorpora por primera vez los servicios de alojamiento como prestación de los denominados “*programas de convivencia y reinserción orientados*”. El Plan Concertado especifica también que la estructura de la prestación se divide entre albergues y centros de acogida. Los albergues son definidos como centros destinados a dispensar prestaciones de alojamiento temporal a marginados sin hogar, promoviendo las vías para su inserción personal y social, mientras que los centros de acogida son establecimientos residenciales no permanentes, destinados a personas en situación de graves conflictos de convivencia o carentes de medio familiar adecuado, que procuran tratamiento para la normalización de su convivencia<sup>386</sup>.

---

<sup>384</sup> Encuesta sobre las personas sin hogar ... op.cit.,

<sup>385</sup> *Informe del Sistema Público de Servicios Sociales Plan Concertado* ... op.cit., p.113.

<sup>386</sup> Los Centros de Acogida son centros donde población recibe información, acogida, orientación, derivación y búsqueda de alojamiento, son la puerta de acceso a otros niveles y recursos. Podemos decir que se realizan en ellos diversos tipos de prestaciones que van más allá de lo meramente material, al ejecutar programas de derivación, educativos, asistenciales, búsqueda de empleo, etc. iniciando con estos un recorrido para la incorporación social plena. Dentro de un nivel más especializado se encuentran los albergues, los centros de alojamiento o macro albergues, que son los que mejor vienen a atender a esta población, constituyéndose en el referente de las políticas institucionales para las personas Sin techo, dentro de los denominados recursos de Servicios Sociales como equipamiento básico. *Informe del defensor del pueblo de Andalucía. Vivir en la calle: La situación de las personas sin techo en Andalucía*, 2006.



La omisión del servicio de acogida, en cambio, no se mantiene en las leyes de segunda generación. La mayoría de ellas hacen expresa referencia a la prestación incorporándola como un servicio dentro de las diversas tipologías de prestaciones. Se incluyen como prestaciones de tipo material, en la Ley madrileña 11/2003, art. 8.2 *“la atención residencial, que comporta alojamiento, continuando o temporal, sustitutivo del hogar”* y en la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de Servicios Sociales (en adelante Ley gallega 13/2008), art. 20.b *“atención residencial que comporta alojamiento temporal o sustitutivo del hogar”*. Se incluye como una prestación de naturaleza técnica en la Ley catellanomanchega 14/2010, art. 36f *“alojamiento temporal para situaciones de urgencia social”* y en la Ley balear 4/2009, art. 21h *“atención social sustitutiva del hogar”*. La ley catalana 12/2007, art. 21h) se refiere a la *“atención sustitutiva del hogar”* dentro de las denominadas prestaciones de servicios.

Otras Comunidades incorporan el alojamiento alternativo dentro de las funciones que se le asignan a los servicios de atención primaria. Así, la Ley asturiana 1/2003 art. 11.e, encomienda a los servicios sociales generales *“desarrollar programas de alojamiento alternativo temporales destinados principalmente a transeúntes”*. Por su parte la Ley aragonesa 5/2009, art. 15.f y ñ, asigna como función a los centros de servicios sociales *“la prestación de servicios de alojamiento temporal”*, así como *“la atención permanente de urgencias sociales”*. Para la Ley riojana 7/2009 estos servicios forman parte tanto de los servicios de primer nivel, art.17.e *“proporcionar con carácter temporal o permanente medidas alternativas de convivencia en situaciones de deterioro físico, psíquico, afectivo o socioeconómico que impidan el desarrollo persona o familiar”*, como en los servicios sociales de segundo nivel art. 19.f *“gestión y promoción de recursos de alojamiento alternativo a la convivencia cuando la complejidad técnica de los servicios que prestan no corresponda al primer nivel”*. Mientras que la Ley vasca 12/2008 incorpora el alojamiento alternativo en los servicios sociales de atención secundaria del catálogo de prestaciones, art. 22.2 *“centros de acogida para atender a necesidades de inclusión social”* y la Ley navarra 15/2006 art. 20f se refiere a los *“recursos de alojamiento temporal”* dentro del contenido mínimo que debe incorporarse en la cartera de servicios sociales.

Esta prestación se caracteriza por su amplia referencia en las leyes de servicios sociales pero no existe en el ordenamiento una norma específica donde se regulen cuestiones como: las condiciones de la prestación; los criterios de acceso, permanencia y expulsión de los centros y albergues; el tiempo y la naturaleza de la estancia o los servicios que se ofrecen. Las leyes

sólo se limitan a incluir la prestación sin llevar a cabo un desarrollo reglamentario posterior. Bajo esta perspectiva, si una característica puede extraerse del estudio de los 17 ordenamientos autonómicos es la ausencia de reglamentos o decretos, siendo presumible entonces que la regulación de los centros de acogida y de los albergues municipales se encuentra en las normas internas de funcionamiento de cada centro. De manera excepcional Cataluña mediante el Decreto 27/2007 remite la regulación de las condiciones materiales mínimas de los centros de acogida y alojamiento alternativo a la normativa vigente para los servicios de centros residenciales<sup>387</sup>.

En cuanto al acceso por parte de la población inmigrante las carteras de servicios sociales incorporan una regulación más detallada. Así, la Comunidad de Navarra, *Decreto Foral 69/2008, de 17 de junio, por el que se aprueba la Cartera de Servicios Sociales de ámbito general*, regula los servicios de acogida para personas sin hogar (anexo F.6), señalando que “los beneficiarios de éstas serán las personas sin hogar que se encuentren en una situación de emergencia social y vulnerabilidad alta, en la calle”. Para el acceso a esta prestación es necesario que la persona haya sido derivada por cualquiera de los dispositivos existentes en la Comunidad Foral o por valoración de idoneidad de los equipos responsables de los recursos. En el mismo sentido, la cartera de servicios de la Comunidad de Baleares, *Decreto 56/2011, de 20 de mayo, por el que se aprueba la Cartera Básica de Servicios Sociales de las Islas Baleares 2011-2014*, establece que los destinatarios de los servicios de albergue temporal o de alojamiento hotelero son las personas adultas en situación de exclusión social o riesgo de padecerla. La Comunidad de Aragón, *Decreto 143/2011, de 14 de junio, por el que se aprueba el Catálogo de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Aragón*, regula el acceso mediante una genérica expresión “población general”.

---

<sup>387</sup> El anexo 1.3 del Decreto 27/2006 define los servicios de estancia limitada como servicios que suplen temporalmente el hogar familiar en casos puntuales de atención social urgente. El servicio de acogida residencial de urgencia puede prestarse en un establecimiento social o en cualquier otro recurso que logre la misma finalidad. Tiene como objetivo cubrir temporalmente las necesidades básicas de alojamiento y las demás necesidades que han motivado la situación de urgencia. Las funciones de estos centros son las de alojamiento, acogida, acogida y convivencia, apoyo personal y social. Los destinatarios son personas y/o familias que, pese a valerse por sí mismas para las actividades de la vida diaria, presentan la necesidad de carácter coyuntural de atención social urgente de ser alojadas. Personal: en el caso de prestación del servicio mediante un establecimiento hay que contar con un profesional responsable de la dirección y el funcionamiento con capacitación profesional y formación en el ámbito social, y con un profesional por turno, con el perfil adecuado. El apoyo social será prestado por los servicios básicos de atención social primaria. Condiciones materiales: en el caso de prestación del servicio mediante un establecimiento las condiciones materiales mínimas serán las mismas establecidas por la normativa vigente para los servicios de centros residenciales.

En cambio, la cartera de servicios de la Comunidad autónoma de Cataluña, *Decreto 142/2010 de 11 de octubre, por el que se aprueba la Cartera de Servicios Sociales 2010-2011*, es más ambigua al establecer que respecto de las personas extranjeras los criterios de acceso a los servicios de acogida residencial de urgencia o los servicios de residencia temporal para personas adultas en situación de exclusión social, además de la existencia de una situación de necesidad, deben cumplirse los requisitos establecidos en la normativa vigente de extranjería y de acogida e integración de las personas inmigradas. Finalmente, cabe señalar que la Cartera de servicios de la Rioja, *Decreto 31/2010, de 29 de abril, por el que se aprueba la cartera de servicios sociales y prestaciones del sistema público riojano de Servicios Sociales*, no incluye este servicio dentro del catálogo.

En cuanto a las Comunidades autónomas que no han aprobado su cartera de servicios sociales se entiende que el acceso a los servicios de alojamiento alternativo se deduce de la regulación prevista sobre el acceso general a los servicios sociales. Como se ha descrito en el punto 2.3 del apartado I del presente capítulo uno de los aspectos que caracteriza a las segundas generaciones de leyes autonómicas es la incorporación, al margen de cualquier condicionamiento, de las personas o colectivos que se encuentren en una situación de urgencia social a los servicios configurados sobre los mismos. La forma en que las leyes autonómicas de servicios sociales mencionan el acceso a este colectivo es muy variado. Así, se hace referencia a «personas en evidente estado de necesidad»<sup>388</sup>, las «personas en «situación de urgencia personal o indigencia»<sup>389</sup>, o se refieren específicamente a «transeúntes»<sup>390</sup>. Bajo este panorama se deduce que toda persona que padezca un estado de necesidad materializado en la ausencia de un lugar donde alojarse tendrá derecho al acceso a los centros de acogida y albergues municipales. Asimismo, para el acceso a este servicio se exige la presencia física de la persona y una palpable situación de necesidad, la cual precedida por un informe del centro de servicios sociales en donde se acredita la carencia de hogar y la situación de emergencia en que se encuentra la persona.

Tradicionalmente las personas que accedían a este tipo de prestaciones eran colectivos que padecían una grave y profunda situación de exclusión social, personas con más de cinco a

<sup>388</sup> Madrid: Ley madrileña 11/2003, Andalucía: Ley andaluza 2/1988, Valencia: Ley valenciana 5/1997, País Vasco: Ley vasca 12/2008, La Rioja: La Ley riojana 7/2009 y Cantabria: Ley cántabra 2/2007.

<sup>389</sup> Navarra: Ley Foral Navarra 15/2006, Aragón: Ley aragonesa 5/2009, Castilla la Mancha: Ley aragonesa 5/2009, Baleares: Ley balear 4/2009, Galicia: Ley gallega 13/2008, Castilla león: Ley castellanoleonésa 16/2010 y Asturias: Ley asturiana 1/2003.

<sup>390</sup> Extremadura: Ley extremeña 5/1987 y Murcia: Ley murciana 3/2003.

diez años viviendo en la calle con graves problemas psicológicos y de salud. Sin embargo, tal y como evidencia el *Informe del Síndic de Greuges sobre persones sense sostre*, “el fenomen de les persones sense llar no és quelcom aliè a la majoria de la població “normalitzada”, sinó que en els darrers anys, altres col·lectius, com joves, dones, immigrants i persones qualificades i amb formació, també s’han vist afectats per la situació de sense llar”<sup>391</sup>. Las situaciones que actualmente llevan a las personas a una situación de carencia de vivienda tienen origen en carencias de tipo económico y laboral.

Los centros de acogida y albergues municipales atienden a una multiplicidad de situaciones que tienen causa en distintos hechos y, por lo tanto, la forma de tratarles tendría que ser diversa. En este sentido, el documento elaborado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, *Configuración de una red local de atención a personas sin hogar integrada en el Sistema Público de Servicios Sociales 100 argumentos y propuestas* señala que “los centros y servicios destinados a estas personas (sin hogar) atienden a una gran diversidad de situaciones, que no siempre deben ser abordadas en los mismos espacios, ni requieren las mismas normas, expectativas o exigencias. Esta situación se hace más palpable cuando la falta de equipamientos ha hecho que se utilicen los equipamientos específicos de atención a personas sin hogar para atender emergencias sociales de personas y familias que, por determinadas coyunturas, se ven privadas de su alojamiento habitual y necesitan de manera urgente un alojamiento alternativo. (...) Por tanto, se deben mantener como redes diferenciadas, la atención a emergencias sociales y la atención a personas sin hogar, con criterios específicos y recursos diferentes”<sup>392</sup>. La necesidad de dar una respuesta adecuada a este problema resulta más palpable en momentos de crisis económica, donde el aumento de población que accede a este tipo de servicios responde no a un círculo de exclusión social, sino a la imposibilidad de insertarse en el mercado laboral y a la pérdida de la vivienda como consecuencia de procedimientos de desahucio<sup>393</sup>.

El peso de la población inmigrante en los servicios de alojamiento alternativo es relevante. Según datos del INE procedentes de la encuesta sobre personas sin hogar del año 2010 la población no nacional representa un 52.8% de los usuarios y el 27.6% de las prestaciones van

<sup>391</sup> *Informe del Síndic de Greuges sobre persones sense sostre*, Síndic de Greuges, p.59.

<sup>392</sup> *Configuración de una red local de atención a personas sin hogar Integrada en el Sistema Público de Servicios Sociales 100 argumentos y propuestas*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2011, p.22

<sup>393</sup> El número medio de personas alojadas en centros para personas sin hogar aumenta un 15.7% en centros para personas sin hogar aumenta un 15.7% *Encuesta sobre las personas sin hogar 2010 ... op.cit.*,

dirigidas a gestiones relacionadas con al regularización de los papeles<sup>394</sup>. Dado que la mayoría de las personas que acceden a este tipo de servicios se encuentran en una situación estructural de ausencia de vivienda y al tener la prestación una naturaleza temporal, sin que pueda derivarse un servicio continuado o al menos un seguimiento de integración, la realidad deriva en un movimiento itinerante de personas que se desplazan de un centro a otro, o de un municipio a otro, en busca de alojamiento. Las recomendaciones elaboradas por el Ministerio de Sanidad recuerdan que las intervenciones que se lleven a cabo en la Red de atención a las personas sin hogar deben estar orientadas a favorecer el arraigo de estas personas, salvo en aquellos casos en los que su necesidad sea exclusivamente un alojamiento puramente circunstancial, por encontrarse de paso en la localidad. Los centros y servicios de atención a las personas sin hogar no deben facilitar, en ningún caso, desplazamientos que no estén justificados por necesidades de la propia intervención. El pago indiscriminado de billetes de transporte o aquellos cuya única finalidad sea la de que una persona salga de la localidad en la que ha recalado, debe ser abolido en la práctica de todos los centros y servicios<sup>395</sup>.

De acuerdo con el Informe del Defensor del Pueblo Andalúz, *Vivir en la calle: La situación de las personas sin techo en Andalucía*, las razones por las cuales la población inmigrante accede a los servicios de acogida y albergues tiene una directa relación con el proceso migratorio y la salida del circuito de exclusión implica en la mayoría de los casos regularizar su situación administrativa<sup>396</sup>. En este sentido, del conjunto de población no nacional que accede al alojamiento alternativo un número importante es población que, en principio, no tendría porque habituarse en el uso de esta prestación. Su situación responde a la ausencia de trabajo y de documentación adecuada en los términos de LODYLE. Como resultado, los problemas derivados de un modelo de gestión de flujos migratorios que no logra mantener el equilibrio entre necesidades laborales del mercado y población inmigrante acaba perpetuando en este servicio a población cuyo paso por el mismo tendería a ser circunstancial y esporádico.

La prestación de alojamiento alternativo no presenta problemas en cuanto al acceso dado que se reconoce como una prestación universal a la cual accede toda la población y no hay evidencias de criterios discriminatorios por parte de los centros a la hora de determinar el

---

<sup>394</sup> Ídem.

<sup>395</sup> *Configuración de una red local de atención a personas sin hogar .. op.cit., p.51.*

<sup>396</sup> *Vivir en la calle: La situación de las personas sin techo en Andalucía*, Defensor del Pueblo Andalúz, 2006.



acceso a los mismos<sup>397</sup>. En cambio, la falta de especialización de los centros sí se presenta como una de las carencias de ésta prestación, puesto que se atiende a población con diversos niveles de necesidades que obedecen a diversas causas. En algunos supuestos la población atendida presenta profundos problemas de exclusión y, entonces, la ausencia de recursos impide tratar el caso con los medios adecuados y realizar un seguimiento del mismo hasta lograr estabilizar a la persona tanto desde el punto de vista físico como psicológico<sup>398</sup>. En otros casos es la carencia de trabajo la que lleva a utilizar estos servicios y, por lo tanto, la salida de este colectivo dependerá de las posibilidades tanto de la inclusión en el mercado laboral como de condiciones laborales de acceso. En el caso de la población inmigrante, sin tener datos o estudios que lo señalen expresamente, se presume que una parte importante conforma el segundo colectivo donde además su situación se agrava por la falta del permiso de residencia y trabajo, convirtiendo a este colectivo que en principio debería ser un usuario esporádico de este servicio en un usuario frecuente<sup>399</sup>.

La relación entre la prestación y la situación de vulnerabilidad en que se encuentra la persona hace que esta prestación deba reconocerse a toda la población inmigrante con independencia de su situación administrativa. En este sentido, cabe destacar que la naturaleza de la prestación responde a un estado de urgencia, indigencia o necesidad grave y, por lo tanto, derechos básicos como el de la integridad física de la persona se ponen en juego. Además respecto de la población inmigrante, el origen de la exclusión responde en buena parte a la carencia del permiso de residencia y trabajo.

Asimismo, se entiende que la exigencia de documentación como el empadronamiento o determinado tiempo de residencia previa resulta desproporcionada ante la situación de grave vulnerabilidad en que se encuentra la persona. Además, una de las características de este

---

<sup>397</sup> La normativa de las Comunidades autónomas reconocen el acceso a la prestación a toda la población que se encuentre en el territorio de la Comunidad y que padezca o se encuentre en un estado de urgencia o necesidad grave, sin que se haga referencia a requisitos relacionados con el padrón municipal, la residencia administrativa o tiempo previa de permanencia en el territorio. Asimismo, en los distintos Informes elaborados por las administraciones públicas no se señala que existan actuaciones de exclusión o negación del servicios. Así, como se ha señalado los problemas de estos servicios se centran por una parte en la falta de diversificación entre las necesidades y tipos de colectivos atendidos, la ausencia de recursos económicos frente a la situación de exclusión y carencia de hogar, así como la superación de las actuaciones puntuales mediante la configuración, en los casos que sean necesario, de itinerarios de inclusión a largo plazo.

<sup>398</sup> El Informe del Síndic recomienda a los centros que atienden a este tipo de población incorporar estancias que van desde pocos meses hasta varios años en función del nivel de exclusión en que se encuentra la persona. Asimismo señala la necesidad de activar protocolos y coordinación con otros servicios como son los sanitarios y los psicológicos. *Informe del Síndic de Greuges sobre persones sense sostre ... op. cit., p.60 y ss.*

<sup>399</sup> Ahora bien, es posible que como consecuencia de la crisis económica las familias de origen inmigrante que tras los desahucios se quedan sin vivienda aumenten.

colectivo es justamente el carácter itinerante de su estancia en los distintos territorios. En este sentido, los objetivos de control del gasto público no pueden entenderse como una finalidad que restrinja el acceso universal dado que los perjuicios que se derivan de una política restrictiva son mayores frente a valores como la integridad física de la persona.

### **1.3 Los servicios de atención domiciliaria**

La ayuda a domicilio es un servicio dirigido a colectivos que por razones de edad, por motivos económicos o sociales presentan problemas para llevar a cabo las tareas diarias relacionadas con el cuidado personal y del hogar. Por medio de esta prestación se busca evitar el desarraigo y se procura mantener la persona en su domicilio a fin de evitar que la situación se agrave y evitar así la entrada en centros residenciales. La prestación tiene como finalidad el desarrollo de tareas asistenciales, preventivas y educativas para que la persona logre una vida autónoma. Por vía de estos programas se proporcionan servicios de carácter doméstico: limpieza, cuidado de ropa, compra de alimentos y preparación de comidas; así como servicios relacionados con el cuidado personal, con el entorno y labores de acompañamiento. En general, sus funciones se resumen en: atención personal, ayuda al hogar, apoyo social, apoyo familiar y de relación con el entorno.

Los colectivos beneficiarios de esta ayuda son: personas de edad avanzada con dificultades en su autonomía personal y en condiciones de desventaja social; personas con discapacidades o minusvalías que afectan significativamente su autonomía personal; menores de edad cuyas familias no pueden proporcionarles el cuidado y atención que requieren en el propio domicilio; grupos familiares con excesivas cargas, conflictos relacionales, situaciones sociales inestables y/o con problemas derivados de trastornos psíquicos o enfermedades físicas de gravedad.

Según el *Informe del Sistema Público de Servicios Sociales Plan Concertado 2008-2009* a los servicios de ayuda a domicilio se destinaron un total de 429.978.534 de euros, cifra que representa un total del 77,51% del total del gasto realizado en 2008 por los servicios básicos. En cuanto a las actuaciones realizadas por vía de esta prestación se atendió a un total de 703.105 usuarios que presentan el 8,76% del total de actuaciones realizadas por los servicios

financiados por vía del Plan Concertado<sup>400</sup>. La cantidad de recursos destinada a este servicio responde a que la ayuda a domicilio es una de las prestaciones que se incluyen en la Ley de dependencia 39/2006.

Todas las leyes autonómicas de servicios sociales configuran esta ayuda como un servicio dirigido específicamente a mayores, discapacitados y menores. Incluyen la prestación dentro de los llamados servicios sociales generales, de primer nivel o de ámbito general. Para las Comunidades autónomas de Navarra, País Vasco, Aragón, Castilla León y la Rioja es una ayuda que forma parte del contenido mínimo de la cartera de servicios sociales<sup>401</sup>. La naturaleza básica de la prestación implica además que, según la LBRL, son los municipios los encargados de gestionarla, si bien las provincias o los consejos comarcales tienen funciones de ayuda y soporte a los municipios más pequeños.

La ayuda a domicilio está también prevista en el art. 19 de la Ley de dependencia 39/2006

*"El servicio de ayuda a domicilio lo constituye el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en el domicilio de las personas en situación de dependencia con el fin de atender sus necesidades de la vida diaria, prestadas por entidades o empresas, acreditadas para esta función:*

---

<sup>400</sup> Según los datos del Sistema de Información de Usuarios de Servicios Sociales en el 2009 las prestaciones y actividades de apoyo a la unidad convivencial y de ayuda a domicilio representaron el 20.33% del total de prestaciones consideradas básicas en los Servicios Sociales de Intención primaria. En relación al peso de los distintos colectivos destaca la población mayor con un total de 88.32%, mientras que la población inmigrante representa un 0,07% del total de usuarios el servicio. *Sistema de Información de Usuarios de Servicios Sociales 2009...* op.cit., p.15.

<sup>401</sup> Ley madrileña 11/2003 (art. 31.f) incluye la prestación en las funciones de la atención social primaria y es una prestación de naturaleza material. Ley valenciana 5/97 (art. 12) introduce la prestación en el contenido de los servicios sociales generales. La Ley vasca 12/2008 (art.21.1) incorpora la prestación en los servicios sociales de atención primaria del Catalogo de prestaciones y servicios del Sistema Vasco de servicios sociales. La Ley Foral Navarra 15/2006 (art. 20.a) inserta la prestación en el contenido mínimo de la cartera de servicios sociales de ámbito general. Para la Ley aragonesa 5/2009 (art. 15.f) (art. 36.b) la prestación forma parte del catálogo de servicios sociales y la incluye en las funciones de los centros de servicios sociales. Para la Ley castellanoleonésa 16/2010 (art. 19.2g) y h) la prestación forma parte de las prestaciones esenciales del catálogo de servicios sociales de Castilla y León. La Ley castellano manchega 14/2010 (art. 36 d) y e) introduce la prestación en los servicios de atención primaria y es una prestación de carácter técnico. La Ley asturiana 1/2003 (art.11c) incorpora la prestación dentro de las funciones de los servicios sociales generales. Para la Ley riojana 7/2009 (anexo 1.2.1 y 1.2.3) es una prestación que forma parte del catálogo de servicios y prestaciones del sistema riojano de servicios sociales. La Ley extremeña 5/1987 (art. 4.1) inserta la prestación en la estructura básica de la acción social. La Ley murciana 3/2003 (art. 9.2) incluye la prestación en los servicios sociales de atención primaria. La Ley balear 4/2009 (art. 14. k) introduce la prestación dentro de las funciones de los servicios sociales comunitarios. La Ley canaria 9/87 (art. 6.c) incorpora la prestación a los servicios sociales generales o comunitarios. La Ley gallega 13/2008 (art. 11.1f) inserta la prestación en las funciones de los servicios sociales comunitarios básicos. La Ley cántabra 2/2007 (art. 13.h) incluye la prestación en los servicios sociales de atención primaria. La Ley catalana 12/2007 (art.17.i) introduce la prestación en las funciones de los servicios sociales básicos.

- a) *Servicios relacionados con la atención de las necesidades domésticas o del hogar: limpieza, lavado, cocina u otros.*
- b) *Servicios relacionados con la atención personal, en la realización de las actividades de la vida diaria."*

Tras la promulgación de la Ley 39/2006 de la dependencia algunas Comunidades autónomas reforman este servicio para adaptarlo a la legislación estatal y, al tiempo que incorporan la normativa relativa a las prestaciones por dependencia, modifican el alcance de los beneficiarios limitándolo a las personas que padecen una situación de dependencia en los términos de la legislación estatal. Esta reforma en los ordenamientos autonómicos ha generado una especie de adaptación a la baja y una preocupación porque el sistema de servicios sociales quede subsumido en el sistema de atención a la dependencia<sup>402</sup>. Por una parte se excluyen aquellos casos en los que el origen de la prestación es la situación de un menor cuya la familia no puede proporcionar el cuidado y atención que requieren en el propio domicilio, permitiendo esta prestación su permanencia en el mismo.

Las Comunidades donde se hace más evidente este hecho son Madrid, Galicia y Baleares<sup>403</sup>. Por su parte, ordenamientos como el andaluz o el cántabro mantienen una regulación supletoria donde se reconoce el acceso a la ayuda a domicilio para aquellas personas que no son reconocidas por vía de la Ley 39/2006 de la dependencia. El resto de Comunidades mantienen la ayuda en el marco de las prestaciones a menores en situación de riesgo. Al respecto véase el punto 2.2 del apartado II del presente capítulo).

<sup>402</sup> En este sentido, MUÑOZ, J., "Servicios sociales de atención social primaria en España", en NAVARRO, V., (Dir.) *La situación social en España ... op.cit.*, p.541.

<sup>403</sup> Las convocatorias que ha realizado la Comunidad de Madrid se centran en ayuda domiciliaria a la tercera edad, así *Orden 87/2006, de 30 de enero 2006, de bases reguladoras y aprueba la convocatoria de ayudas a familias que atienden en su domicilio a personas mayores en situación de dependencia*. La Comunidad de Galicia mediante la *Orden de 22 de enero 2009, por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio*, art. 5), señala que "*de modo particular, el servicio atenderá a personas mayores con déficits de autonomía y a personas con discapacidad (...) En todo caso, se dará prioridad en el acceso al servicio a las personas que tengan un derecho reconocido de atención dentro del sistema de autonomía y atención a la dependencia*". Según la Cartera de Servicios sociales de la Comunidad Balear, *Decreto 56/2011, anexo punto 1.2, de 20 de mayo, por el que se aprueba la Cartera Básica de Servicios Sociales de las Islas Baleares 2011-2014*, el servicios de ayuda a domicilio es una prestación garantizada sólo para las personas en situación de dependencia y en caso de tratarse de otra tipología de prestación dependerá de la disponibilidad presupuestaria.

La gran mayoría de las Comunidades autónomas han procedido a promulgar normativas sobre el desarrollo de la prestación y aquellas que no lo han hecho como es el caso de Navarra, País Vasco, Valencia y Castilla la Mancha son las ordenanzas municipales las que regulan la prestación. En términos generales, la normativa define la prestación, fija los objetivos de la misma, así como la finalidad y los tipos de actuación del servicio (apoyo personal, psicosocial, sociocomunitario, doméstico). También se hace referencia a los colectivos protegidos, a los requisitos de acceso, a los recursos humanos y materiales necesarios para el desarrollo de la prestación y algunas de ellas incorporan un listado de derechos de los usuarios.

La situación en el conjunto de las autonomías respecto a los requisitos de acceso para la ayuda a domicilio por parte de la población inmigrante es bastante dispar. La única Comunidad autónoma que presta el servicio por el simple hecho de encontrarse en territorio de la Comunidad es Cataluña, *Decreto 27/2003, de 21 de enero, de la atención social primaria*, art. 8. Sin embargo, el *Decreto 142/2010, de 11 de octubre, por el que se aprueba la Cartera de Servicios sociales 2010-2011 anexo 1, punto 1.1.2.1* reenvía los requisitos de acceso a esta prestación a la legislación de extranjería y de acogida e integración de las personas inmigrantes. El empadronamiento en el municipio donde se realiza la ayuda es un requisito exigido por las Comunidades autónomas de Madrid y Canarias<sup>404</sup>.

Por su parte, la Comunidad de Castilla y León exige la residencia legal mediante un genérico “ser residente en el territorio de la Comunidad”. La Comunidad de Aragón reconoce el acceso en los términos de la Ley de la Dependencia; esto quiere decir la residencia legal durante un periodo de 5 años<sup>405</sup>.

Otras Comunidades optan por remitir los requisitos de acceso a la regulación prevista por los entes locales, entes responsables de la gestión y prestación del servicio. Este es el caso de la Comunidad de Andalucía que remite a la normativa local para aquellos casos no cubiertos en la Ley de la dependencia 39/2006. La opción de remitir a otras normas de otros

<sup>404</sup> Véase el art. 10.2a) del *Decreto 88/2002, de 30 de mayo, regulador de la prestación de Ayuda a domicilio del Sistema de Servicios sociales de la Comunidad de Madrid*, y el art. 6.1 del *Decreto 5/1999, de 21 de enero, por el que se regula la prestación del servicio de ayuda a domicilio de Canarias*.

<sup>405</sup> Para la Comunidad de Castilla León véase el art. 5.1 del *Decreto 53/2000, de 16 de marzo por el que se modifica la Disposición Transitoria Segunda del Decreto 269/1998 que regula la prestación social básica de ayuda a domicilio de ayuda a domicilio*. Por su parte, la Comunidad de Aragón véase el art. 10 de la *Orden de 21 de mayo de 2010, por la que se regula el régimen de acceso y adjudicación de plazas de servicio de ayuda a domicilio, centros día, centros ocupacionales y residenciales ofertados por el Gobierno de Aragón*.



ordenamientos es empleada en el caso de algunas Comunidades como la Rioja la cual remite el acceso de la población no nacional a la Ley de extranjería o la Comunidad de Baleares que remite a la regulación prevista en los Tratados internacionales<sup>406</sup>.

La heterogeneidad en cuanto al acceso a la prestación es una característica que se predica no sólo entre los diferentes territorios autonómicos sino también dentro del ámbito de cada Comunidad autónoma. Este es el caso de la Comunidad de Madrid donde la normativa autonómica requiere el empadronamiento; pero, posteriormente, las ordenanzas de varios municipios incorporan la residencia legal en el territorio. En Cataluña, mientras el Decreto 27/2007 requiere la presencia en el municipio y la cartera de Servicios sociales lo reenvía a la Ley de extranjería y de acogida, los reglamentos comarcales introducen el requisito del empadronamiento<sup>407</sup>.

El panorama no es muy distinto respecto de aquellas Comunidades donde no existe una normativa de ámbito autonómico y se deja la regulación a los municipios. A modo de ejemplo, sin entrar en una descripción exhaustiva, se expondrán algunos casos. En el País Vasco el acuerdo entre las Diputaciones Forales y los municipios fija los criterios que deben seguir los Ayuntamientos en materia de ayuda a domicilio e incluye el empadronamiento previo de un año como requisito para acceder a la prestación<sup>408</sup>. Este ha sido el criterio seguido por los Ayuntamientos de San Sebastian y Orun; pero el Ayuntamiento de Vitoria requiere la residencia<sup>409</sup>. Esto mismo es aplicable a la Comunidad valenciana donde los ayuntamientos requieren, según el caso, el padrón municipal o la residencia legal<sup>410</sup>.

---

<sup>406</sup> Para la Comunidad de Andalucía véase, la *Orden 15 de noviembre de 2007, por el que se regula el servicio de ayuda a domicilio en la Comunidad de Andalucía*. Para Comunidad de la Rioja véase, el art. 5 del *Decreto 8/2011, de 18 de febrero de servicios de ayuda a domicilio en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Rioja*. Por la Comunidad Balear véase la *Orden de 2 de octubre del 2000 por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio de la Comunidad Balear*.

<sup>407</sup> Para el caso de la Comunidad de Madrid véase, la *Ordenanza de 29 de junio de 2009 reguladora del Acceso a los servicios de ayuda a domicilio para Mayores y/o personas con discapacidad del Ayuntamiento de Madrid*. Para el caso de la Comunidad de Cataluña véase, el *Reglament del servei d'atenció domiciliària del Server comarcal del Baix Penedès, art. 5.1; Reglament del 18 de enero del 2011 servei d'ajuda a domicili del consell comarcal d'osona*.

<sup>408</sup> Acuerdo marco de 3 de noviembre de 2005 para la colaboración entre la Diputación Foral de Gipuzkoa y la Asociación de Municipios vascos (EUEDEL), para definir las condiciones de prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio.

<sup>409</sup> Véase, el *Reglamento 2005 municipal de 28 de diciembre de regulador de ayuda domiciliaria del Ayuntamiento de Orun*, el *Reglamento municipal de 14 de junio de 2005 regulador del servicio de ayuda domiciliaria del Ayuntamiento de donostia-san Sebastián*, la *Ordenanza 28 de enero de 2011 reguladora del Servicio de Ayuda a Domicilio del Municipio de Vitoria-Gasteiz*.

<sup>410</sup> Los ayuntamientos de Valencia o Oporesa de Mar solicitan el empadronamientos, mientras que el Ayuntamiento de Albal requiere la residencia legal. Véase, art. 3 del *Reglamento regulador del Servicio Municipal de Ayuda a Domicilio del Excelentísimo Ayuntamiento de Valencia*, la *Ordenanza reguladora de la*

Los casos más llamativos son aquellos donde la normativa regula el acceso con simples referencias como “residentes en la Comunidad”, “personas en situación de riesgo” o “colectivos descritos anteriormente” (en referencia a mayores, discapacitados y menores) pero, posteriormente, en la regulación relativa a la documentación a presentar se expresa únicamente el Documento Nacional de Identidad (DNI) o se solicita documentación a la que sólo puede acceder la población en situación regular como son las declaraciones de la renta. A modo de ejemplo cabe citar el *Decreto 124/2002, de 11 de octubre Regula la prestación de Ayuda a Domicilio en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia* donde, además del padrón municipal, el propio artículo remite a la documentación exigida en los artículos posteriores, los cuales requieren sólo el DNI<sup>411</sup>. La exclusiva mención al DNI no tiene porque suponer una exclusión directa de la población inmigrante pues, bajo una interpretación análoga debe entenderse que en ausencia de DNI será el Número Identificativo de Extranjero (NIE) el documento que identifique la persona. Sin embargo, ello evidencia que la realidad migratoria no está presente, al menos desde el punto de vista jurídico, en toda la regulación. Por otra parte, esta omisión puede abrir puertas a interpretaciones restrictivas o prácticas discrecionales que varían en función de las opciones políticas y de la realidad o presión migratoria.

Lo primero que cabe señalar del desarrollo que el legislador autonómico ha dado a esta prestación es la disparidad con relación a los requisitos de acceso entre cada territorio ya sea autonómico o local. Asimismo, algunas Comunidades remiten directamente la regulación del acceso a los municipios y en otras pese a existir una regulación autonómica ésta es modificada posteriormente por las ordenanzas locales. Bajo esta perspectiva ni la LODYLE, ni las leyes autonómicas de servicios sociales incorporan parámetros a partir de los cuales se regule el acceso a la prestación. En la práctica, un territorio regula de forma indistinta los criterios de acceso sin que ello implique una contradicción con legislación de extranjería. En este sentido, las Comunidades o los ayuntamientos pueden solicitar la simple presencia en el territorio al entender que es una prestación básica, solicitar el padrón municipal justificando el nexo con el territorio o la residencia legal al entender que es una prestación especializada prevista en la Ley de la dependencia 39/2006. En este punto cabe recordar que la propia jurisprudencia ha

---

*prestación del servicio de ayuda a domicilio de los servicios sociales del Ayuntamiento de Oropesa del mar y la Ordenanza general, de 15 de abril de 2005, reguladora del servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Albal.*

<sup>411</sup> En el mismo sentido, *Ordenanza general, de 2 de diciembre de 2003, reguladora del servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Aspe* (Comunidad valenciana).

señalado que es el régimen concreto de cada prestación aquella que regula el acceso a la población inmigrante (Sentencia del TSJ de Madrid 1247/2007, el punto 1 del apartado I del presente capítulo).

De acuerdo con la distribución competencial las Comunidades autónomas son los entes competentes para regular la prestación y los ayuntamientos para gestionarla. Sin lugar a dudas, la gestión municipal implica también la posibilidad de emitir actos normativos relativos al funcionamiento del servicio. No obstante, la regulación sobre el acceso a la prestación y, en su caso, la solicitud de la residencia legal o del padrón municipal hace parte del contenido básico de la prestación y debe estar previsto en una norma de ámbito autonómico. Tampoco resulta conforme al estatuto jurídico del inmigrante que sean normas de rango infralegal e incluso infrareglamentario donde se incorporen los requisitos de acceso a la prestación social.

Por otra parte, las Comunidades o municipios que han procedido a reformar su normativa para adecuarla a las previsiones de la Ley de la dependencia 39/2006 pasan por alto la reforma del art. 14.2 LODYLE que reconoce el acceso de los menores discapacitados a recibir los servicios y prestaciones previstos para este caso, siendo la ayuda a domicilio una de las prestaciones que vienen a responder a esta situación (análisis se remite al punto 2.4 de apartado II del presente capítulo). Por otra parte, la ayuda a domicilio es una prestación pensada, entre otros colectivos, para menores cuyas familias no puedan proporcionarles el cuidado y atención que requieren, es decir, carencias de elementos básicos (higiene del hogar, comida, ambiente adecuado). Dicha situación se origina por problemas socioeconómicos o por la ausencia temporal de uno de los miembros del núcleo familiar y, por lo tanto, el requisito de la residencia legal resulta contrario a los principios de protección al menor. Esta cuestión se analizará con mayor detenimiento en el apartado dedicado a menores en situación de riesgo (punto 2.2 del apartado II del presente capítulo).

Por último, cabe señalar el escaso peso que, según los datos del Sistema de Información de Usuarios del Servicios Sociales, tiene la población inmigrante respecto del total de usuarios del servicio de ayuda a domicilio: un 0,07% del total de usuarios el servicio. El *Informe del Sistema Público de Servicios Sociales Plan Concertado* sitúa a la población en un 2.38 % del total de usuarios. Siendo la población inmigrante un tipo de población donde las condiciones y los horarios laborales llevan en ocasiones a dificultades para proporcionar el cuidado y la

atención a los menores, resulta llamativo que no tenga un peso al menos cercano a su peso demográfico. Esta circunstancia puede deberse bien a la especialización de este servicio en la población mayor dejando de lado otros colectivos, como es el caso de los menores, o bien en las dificultades legales y/o administrativas que tienen los inmigrantes para acceder a esta prestación.

## **2. Régimen de titularidad respecto de colectivos específicos.**

Los servicios sociales dirigidos a colectivos específicos constituyen el nivel de intervención específico para la programación, implantación y gestión de aquellas actuaciones que se relacionan directamente con las necesidades específicas de la población a las que van dirigidas. Realizan una atención secundaria que se requiere cuando las necesidades o problemas concretos precisan para su resolución una mayor especialización técnica que no es posible ofrecer desde los servicios básicos. La terminología usada por la generalidad de las Comunidades autónomas es la de servicios sociales especiales o específicos; solamente la Rioja acude al término de servicios de segundo nivel.

En relación con los campos materiales de actuación de los servicios especializados, si bien en cada Comunidad autónoma puede haber variaciones en el sentido de que se incluye o se excluye un determinado grupo social, en términos generales se actúa sobre los siguientes colectivos: atención a la familia, infancia, adolescencia, juventud, toxicómanos, minusválidos, tercera edad, minorías étnicas, mujer, situaciones de emergencia social, discriminación social, o por razón de sexo y atención a los reclusos y ex-reclusos.

### **2.1 La familia**

Los modelos de protección social de los Estados del sur de Europa se caracterizan porque la familia ha sido, y continúa siendo, uno de los agentes más activos en la protección social. En este sentido, son las estructuras familiares las que cubren en gran medida las carencias del sistema asistencial, siendo éstas junto con el Estados los principales impulsores y gestores de la protección asistencial. Sin embargo, en las últimas décadas la acción social en favor de la familia ha tomado gran importancia. Cambios como el descenso de la natalidad, el creciente envejecimiento de la población y la incorporación de la mujer al mercado laboral, ponen de relieve la necesidad de articular políticas sociales de protección y de fomento sobre un grupo

social indispensable para el desarrollo de la sociedad<sup>412</sup>. Actualmente, la actuación social dirigida hacia la familia tiene como finalidad prevenir estados de necesidad y situaciones de marginación, favorecer la convivencia familiar y la estabilización de la estructura familiar y evitar los internamientos y el desarraigo familiar.

Los estudios señalan que el peso que tiene la familia extranjera supone el 11% del total de familias<sup>413</sup>. Las principales características de las familias inmigrantes son el elevado número de núcleos monoparentales y las precarias condiciones sociales en que viven algunas de ellas. Tanto la feminización del fenómeno migratorio como el aumento de rupturas de los núcleos matrimoniales en destino son factores que han aumentado el número de núcleos monoparentales encabezados por la madre<sup>414</sup>.

El *Informe de la Inclusión Social en España 2008* evidencia que las condiciones de vida de la población extranjera respecto a la autóctona constituye uno de los principales riesgos de fractura social. Según este estudio, la situación económica es especialmente difícil para las familias de origen inmigrante con menores a su cargo. En torno a la mitad de los menores de origen inmigrante menores de 16 años viven en situación de pobreza moderada (52%), proporción 2.5 veces superior a los menores pobres de origen español. Entre los menores inmigrantes también son muy elevadas las tasas de pobreza alta (32%) y severa (28%). Sobre estos datos el perfil tradicional de la pobreza, los mayores de 65 años, se añaden nuevas caras, la de los menores y la del fenómeno de la inmigración. El grado de vinculación de los progenitores al mercado laboral y la propia composición del hogar son los dos factores que más influyen sobre el riesgo de exclusión económica infantil. De esta forma, un 34% de los menores que viven en hogares donde sólo trabaja uno de los padres son pobres, tasa que se eleva al 62% de los niños cuando viven en una familia monoparental y el sustentador no

---

<sup>412</sup> ALEMÁN BRANCHO, C., y GACRÍA SERRANO, M., *Servicios sociales sectoriales*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Acero, 2006, p.99-121.

<sup>413</sup> *Las condiciones de vida de los hogares inmigrantes en España. Principales dificultades y comparativa con los hogares españoles*, EAE Business School, 2010.

<sup>414</sup> CARRASCO, S., "Infancia e inmigración: proyectos y realidades", GÓMEZ-GRANELL, C. y otros. (Coords.) *Infancia y familias: realidades y tendencias*. Barcelona, Ariel, 2004, p.205-231. El diagnóstico realizado por el Observatorio de la Inmigración en Asturias muestra que, en Asturias, algo más de la mitad de familias inmigrantes tomados en la muestra (53%) tienen hijos a su cargo, siendo las mujeres quienes en mayor medida se encuentran en esta situación (61%). Según se detalla en este estudio, entre las personas inmigrantes que tienen hijos a su cargo un 39% tiene al menos 2 hijos y un 31% los tiene con ellos en España, véase., BARGA BLANCO, G., y HEVIA ARTIME, I., *Una Mirada hacia la Infancia en Asturias*. Oviedo, Instituto Asturiano de Atención a la Infancia, Familias y Adolescencia, 2009.



trabaja<sup>415</sup>. Esta situación ha empeorado sustancialmente como consecuencia de la crisis económica y en 2011 un estudio sobre las condiciones de vida de la población inmigrante señala que el 82% de las familias que proceden de fuera de la UE tienen dificultades para llegar a fin de mes<sup>416</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo la ocasión de pronunciarse en el *Asunto Weller c. Hungría* de 30 de junio de 2009, acerca del margen de apreciación que tienen los Estados sobre los requisitos de acceso a las ayudas económicas a favor de los núcleos familiares, en concreto el requerimiento de la nacionalidad. En este caso, una prestación social a favor de los hijos recién nacidos se limitaba a las madres de nacionalidad húngara, el Tribunal señaló que efectivamente los Estados poseían un margen de apreciación para configurar diferentes regímenes a situaciones similares de acuerdo con las circunstancias. No obstante, las diferencias de trato que establezcan los Estados deben estar justificadas en una finalidad legítima y debe existir una razonable proporcionalidad entre las medidas adoptadas y el objetivo a conseguir. Según el Tribunal, no existe ninguna justificación razonable para que las ayudas por nacimiento dependan de la nacionalidad húngara de los dos padres. En este sentido, se entiende que la madre que carece de nacionalidad, y en este caso tiene la residencia, se encuentra en la misma posición que las nacionales, dado que la finalidad de la ayuda es contribuir a la carga que implica el cuidado de los hijos. En este caso el Tribunal también entiende que la limitación a las madres y, por lo tanto, la exclusión de los padres también es una medida discriminatoria contraria al art. 14 CEDH en conexión con el art. 8 CEDH.

En el ordenamiento español, las primeras actuaciones a favor de las familias se concentraron en el apoyo a las familias numerosas. En este sentido, las Comunidades autónomas configuraron diversas prestaciones y/o servicios con el objetivo de contribuir a la promoción de las condiciones de igualdad real y efectiva en el acceso y disfrute de los bienes económicos, sociales y culturales. Entre las diversas acciones previstas destacan prestaciones económicas para la satisfacción de servicios como el transporte, las guarderías o material educativo; el acceso preferente a diversas prestaciones como las ayudas para el acceso a la vivienda; o la reducción en el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas

---

<sup>415</sup> GÓMEZ GRANELL, C., *Informe de la Inclusión Social en España 2008*. Barcelona, Fundación Caixa Catalunya, 2008, p.52 y ss.

<sup>416</sup> *Las condiciones de vida de los hogares inmigrantes en España ... op.cit.*, p.23.

Físicas. La legislación anterior sobre familias numerosas, la *Ley 25/1971, de 19 de junio, de Protección a la Familia Numerosa* había venido adaptándose a los cambios sociales mediante reformas parciales. Sin embargo, incluía el fenómeno migratorio de forma parcial. Según esta Ley, además de los españoles y nacionales de la Unión Europea, podían acceder al título de familia numerosa aquellas que formaran parte de nacionalidades que hubieran tenido una relación histórica con España<sup>417</sup>. La *Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas* cambió el régimen jurídico y extendió el reconocimiento del título de familia numerosa a todos los nacionales de terceros Estados, siempre y cuando todos sus miembros tengan la residencia legal<sup>418</sup>. La incorporación del colectivo inmigrante resulta de gran importancia pues, hasta antes de la reforma, la imposibilidad de obtener el título de familia numerosa hacía que, indirectamente, las familias inmigrantes de determinadas nacionalidades con más de tres hijos no pudiesen acceder al conjunto de prestaciones sociales y deducciones que se encuentran configuradas en la legislación estatal y autonómica.

Algunas Comunidades autónomas han introducido los plazos de residencia para acceder a las prestaciones y ayudas a familias numerosas. Este es el caso de Castilla la Mancha, donde se requieren dos años de residencia previa y, en caso de la reagrupación familiar, el miembro que se incorpora no generará derecho a esta ayuda en tanto no transcurran los dos años de residencia efectiva prevista<sup>419</sup>.

Otro tipo de actuación en favor de las familias son las ayudas de naturaleza monetaria. La configuración de estas prestaciones no es homogénea, pueden ser ayudas circunstanciales o periódicas y no siempre su finalidad es la de atender situaciones de necesidad, sino que también se prevén prestaciones de ayuda general con independencia del nivel de renta. Entre las prestaciones más destacadas se encuentran las ayudas económicas por nacimiento o de fomento a la natalidad, las ayudas económicas para el mantenimiento de las condiciones básicas de vida o las prestaciones sociales para apoyar la convivencia de menores en la propia

---

<sup>417</sup> Según el art.5 de la ley 25/1971, de 19 de junio, estos efectos se equiparan a los españoles los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan y se encuentren legalmente en territorio español. Los nacionales de los restantes países que reúnan las mismas condiciones serán objeto de esta equiparación cuando exista reciprocidad tácita en esta materia, o expresamente reconocida en Tratados o convenios internacionales.

<sup>418</sup> Así se señala en su art. 3.2 “Los miembros de la unidad familiar, nacionales de otros países, tendrán, derecho al reconocimiento de la condición de familia numerosa en igualdad de condiciones que los españoles, siempre que sean residentes en España todos los miembros que den derecho a los beneficios a que se refiere esta Ley, en los términos establecidos en la LODYLE”.

<sup>419</sup> Véase el art.3 del Decreto 126/2006, de 26 de diciembre por el que se regula las ayudas a familias numerosas.

familia. De la regulación autonómica cabe destacar que en todos los casos la norma que regula el régimen de acceso a las prestaciones es de rango infralegal, cuando no infrareglamentario. Además no todos los decretos y órdenes de convocatoria de ayudas regulan de forma clara el acceso, muchos tras introducir el padrón municipal o el término residencia efectiva, posteriormente en la regulación de la documentación a aportar continúan haciendo referencia únicamente al DNI<sup>420</sup>.

De las 17 Comunidades tan sólo seis han aprobado una ley de apoyo a la familia y de las seis sólo cuatro son leyes de carácter general que abarcan todas las prestaciones y a todos los colectivos. Así, País Vasco, Castilla León, Cataluña y Galicia<sup>421</sup>. Por su parte, Castilla la Mancha y Murcia se dedican a colectivos específicos, familias numerosas y mujeres embarazadas, respectivamente<sup>422</sup>. En cuanto a los beneficiarios o titulares las leyes se limitan a definir un beneficiado genérico por medio de la descripción del concepto de familia “*grupos de convivencia de dos o más personas unidas por razón de matrimonio, parentesco, adopción, tutela o acogimiento*” y remiten a las condiciones concretas que se establezcan para cada tipo de actuación.

Descendiendo a las normas que convocan las ayudas la residencia legal de la familia es un elemento común en toda la normativa autonómica y en caso de que los menores sean

---

<sup>420</sup> Véase, entre muchos otros: el Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas, desarrollado por la orden de 6 de mayo de 2002, por la que se regula ayudas económicas por menores y partos múltiples; el Decreto 255/2006, de 19 de diciembre, por el que se regulan las ayudas económicas para las familias con hijos e hijas; el Decreto 132/2006, de 26 de diciembre, por el que se regula las ayudas económicas a las familias por el nacimiento de dos o más hijos en el mismo parto o por adopción múltiple de Castilla la Mancha; el Decreto 172/1999, de 5 de octubre, por el que se aprueban las bases que habrán de regir las convocatorias que se publiquen para la concesión de ayudas con ocasión de parto múltiple, adopción o acogimiento pre-adoptivo de varios menores; la Orden 2309/2006, de 28 de diciembre, por la que se establece las bases reguladoras para la concesión de ayuda económica de pago único por nacimiento de hijo o adopción de menores a las familias de la Comunidad de Madrid y aprueba la convocatoria para el año 2007; la Orden Foral 116/2011, de 1 de abril, por el que se aprueba la convocatoria de ayudas económicas directas como medida para fomentar la corresponsabilidad familiar en el cuidado de hijos e hijas, para el año 2011; la Orden Foral 413/2010, de 31 de diciembre, por la que se regula las ayudas de apoyo a la integración familiar y social; la Orden de 27 de octubre 2010, por la que se convoca ayudas para familias con hijos e hijas nacidos de partos múltiples o procedentes de adopción múltiple de la Comunidad de Aragón, para el año 2011; la Orden FAM/112/2009, de 20 de enero, por la que se aprueba las bases reguladoras que han de regir las convocatorias de subvenciones a efectuar por la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades; la Orden de 19 de enero de 1994, por la que se establece las bases reguladoras generales para la concesión de las ayudas y subvenciones en el área de la protección del menor y la familia de la Comunidad Canaria.

<sup>421</sup> País Vasco: La Ley 13/2008, de 12 de diciembre, Ley de Apoyo a las Familias; Castilla León: la Ley 1/2007, de 7 de marzo, sobre normas reguladoras de Medidas de Apoyo a las Familias; Cataluña: la Ley 18/2003, de 4 de julio, de Apoyo a las Familias y Galicia: la Ley 31/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y convivencia.

<sup>422</sup> Castilla-La Mancha: La Ley 17/2010, de 29 de diciembre, de Familias Numerosas y de la Maternidad y Murcia: Ley 11/2009, de 1 de diciembre, por la que se establece y regula una Red de Apoyo a la Mujer Embarazada.

beneficiarios de las ayudas es frecuente requerir la convivencia. Asimismo, la solicitud de plazos de residencia previa resulta ser otro punto común en todo el ordenamiento autonómico con plazos que oscilan entre los nueve meses y dos años<sup>423</sup>.

Un tercer ámbito de actuación, éste más reciente, son las ayudas o servicios para facilitar la conciliación entre la vida familiar y laboral. La inserción de la mujer en el mundo laboral ha generado el nacimiento de nuevas necesidades en los núcleos familiares a las cuales las administraciones públicas intentan hacer frente por medio de políticas sociales. Las actuaciones se centran principalmente en la creación de una red de guarderías para el cuidado de los menores de 0 a 3 años, prestaciones de ayuda al hogar y, en menor medida, políticas de excedencia laboral para el cuidado de los hijos. Para el análisis de esta prestación hay que tener presente que la finalidad de la misma es la conciliación entre la vida laboral y familiar; por esta razón se entiende razonable que la normativa autonómica exija que la madre beneficiaria se encuentre en situación laboral activa y dada de alta en la Seguridad Social<sup>424</sup>.

En cuarto lugar, cabe referirse a las prestaciones otorgadas como consecuencia del impago de pensiones alimenticias en favor de los menores y decretadas judicialmente. Estas prestaciones tienen como finalidad compensar la situación de precariedad económica en que se encuentran las personas que forman parte de una unidad familiar como consecuencia del incumplimiento de la obligación legal del pago de alimentos. Bajo estos supuestos, el Estado actúa como garante subsidiario frente al no cumplimiento de las responsabilidades parentales.

La primera Comunidad autónoma en regular esta ayuda fue la Comunidad valenciana mediante el *Decreto 3/2003, de 21 de enero, del Fondo de Garantía de Pensiones por Alimentos*. Según la exposición de motivos, la finalidad de la ayuda es atender la situación de necesidad económica producida en caso de impago de la pensión de alimentos, determinada

---

<sup>423</sup> Aragón: *Orden de 27 de octubre 2010, por la que se convoca ayudas para familias con hijos e hijas nacidos de partos múltiples o procedentes de adopción múltiple, para el año 2011*; Csatilla-La Mancha, *Decreto 132/2006, de 26 de diciembre por la que se regula las ayudas económicas a las familias por el nacimiento de dos o más hijos en el mismo parto o por adopción múltiple* y Canarias: *Orden de 30 de marzo 2010, por la que se aprueba las bases, de vigencia indefinida, que han de regir en la concesión de las ayudas a familias en las que se produzcan partos múltiples*. Navarra y País Vasco son las Comunidades que el mayor número de años de residencia (2 años), véase la *Orden Foral 116/2011, de 1 abril por la prueba la convocatoria de ayudas económicas directas como medida para fomentar la corresponsabilidad familiar en el cuidado de hijos e hijas, para el año 2011* y la *Orden Foral 413/2010, de 31 diciembre, por la que se regulan las ayudas de apoyo a la integración familiar y social*, respectivamente.

<sup>424</sup> Castilla Leon: *Orden FAM/112/2009, de 20 de enero, por el que se aprueba las bases reguladoras que han de regir las convocatorias de subvenciones a efectuar por la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades*

por un juez a través de un auto de medidas provisionales, aprobación del convenio regulador, o sentencia dictada en procesos de nulidad, separación o divorcio. Con relación a los requisitos de acceso la norma señala como beneficiarios “*a los hijos, empadronados en la Comunidad Valenciana al menos un año antes de la fecha de solicitud, de matrimonios o uniones de hecho a quienes una resolución judicial, emanada de los órganos jurisdiccionales de la Comunidad Valenciana, haya reconocido el derecho a recibir una pensión por alimentos, en los términos y condiciones previstos en este decreto*”.

En Cataluña, el Fondo se crea a través de la *Ley Catalana 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias* y es desarrollada por el *Decreto 123/2010, de 7 de septiembre del fondo de garantía de pensiones y prestaciones*. La norma catalana limita la ayuda a los menores de edad con grado igual o superior al 65% de discapacidad que sufran un incumplimiento de la ejecución judicial de pago de las pensiones. Respecto de la población no nacional se requiere la residencia legal en Cataluña y haberlo hecho durante cinco años, dos de los cuales deben ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Exceptúa de este plazo a las personas regresadas, que cumplan los requisitos establecidos en el art. 6 de la *Ley 25/2002, de 25 de noviembre, de medidas de apoyo al regreso de los catalanes emigrados*.

En el ámbito estatal, el *Real Decreto 1618/2007 creó el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos*<sup>425</sup>. La norma reconoce en su exposición de motivos que “*en nuestra sociedad actual se ha detectado un problema social derivado de los incumplimientos del pago de alimentos establecidos a favor de los hijos menores de edad en los supuestos de divorcio, separación, declaración de nulidad del matrimonio, o en procesos de filiación o de alimentos*”. El Real Decreto en su art. 4 establece que los menores de edad no nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, siendo titulares de un derecho de alimentos judicialmente reconocido e impagado, serán beneficiarios siempre que residan legalmente en España y lo hayan hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud del anticipo. Para los menores de cinco años estos periodos de residencia se exigirán a quien ejerza su guarda y custodia. Seguidamente, la norma exceptúa el tiempo de residencia del menor en caso de que el titular de la guarda y custodia fuera español, donde bastará la residencia legal del menor. La cuantía del pago será la fijada

<sup>425</sup> Este fondo se crea en el marco de la Disposición Adicional Decimonovena de la *Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, así como la Disposición Adicional Única de la *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*.



en la sentencia judicial, siendo el máximo de 100 euros y la percepción del anticipo regulado en este Real Decreto será incompatible con la de otras prestaciones o ayudas de la misma naturaleza.

Una de las principales características del sistema de ayudas a las familias es su amplio desarrollo por vía de órdenes y resoluciones. Son pocas las Comunidades que recogen el conjunto de prestaciones en una sola norma con rango legal. Esta circunstancia conlleva que la administración actúe bajo la discrecionalidad, donde el régimen de acceso varía cada año dependiendo de múltiples factores como pueden ser, entre otros, el número de población inmigrante, la valoración social que la población autóctona tenga en este momento de la misma, la orientación política, entre otras. Nuevamente, ni la LODYLE, ni las leyes autonómicas de servicios sociales otorgan un marco mediante el cual se defina el acceso a este tipo de prestaciones. En relación con los plazos de residencia previos se valora que 2 años es el tiempo máximo, pudiendo graduarse en función de la naturaleza de la prestación. Así, las ayudas y prestaciones circunstanciales como son las ayudas por nacimiento deben incorporar plazos más cortos, mientras que en aquellas prestaciones que tienen un carácter más prologando resulta razonable una residencia previa de dos años.

Por otra parte, resulta excesivo el plazo de 5 años de residencia legal previa para el acceso al pago subsidiario de las pensiones alimenticias. En este sentido, hay que tener en cuenta varios aspectos. En primer lugar el plazo fijado por la norma esta dirigido directamente a la población no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea y la norma delimita los usuarios de la prestación a la población inmigrante en situación regular. En este contexto el juicio de razonabilidad sobre la diferencia de trato entre población nacional y no nacional que goza de la residencia legal debería contener elementos distintos al simple hecho de no ser nacional del estado en que se reside.

En segundo lugar, si el elemento a valorar es el coste económico que conllevaría para el Estado extenderlo a los inmigrantes que residen en la Comunidad, cabe señalar que más que una prestación asistencial el pago de alimentos se entiende como un anticipo. En este sentido, el pago por parte de la administración supone la subrogación del Estado en los derechos del beneficiario frente al obligado al pago de alimentos “hasta el total del importe de los pagos satisfechos” art. 24 RD 1618/2007. En otras palabras, lo que en este caso esta haciendo la Comunidad autónoma o en su caso el Estado es una subrogación del acreedor de la obligación

y el coste económico real para la administración se verá reflejado en las actuaciones legales que deba posteriormente llevar a cabo para el cobro. Bajo esta perspectiva, si el objetivo es garantizar el futuro cobro el elemento que debe tenerse en cuenta a la hora de configurar el régimen de acceso es la residencia legal del progenitor que no cumple con sus obligaciones legales. Además en caso de la norma estatal, RD1618/2004, la prestación tiene como límite máximo 100 euros.

En tercer lugar, como ya se ha señalado en el acceso a las prestaciones por parte de la población inmigrante debe valorarse el nexo entre el beneficiario y el Estado. Así, la exigencia de la residencia legal conlleva ya el cumplimiento desde el punto de vista legal de dicho requisito. En cuanto a la solicitud de años de residencia previa debe valorarse también que la prestación tiene como objetivo cubrir los gastos destinados a la alimentación de un menor y ello conlleva la protección de las necesidades básicas del mismo.

## **2.2 Los menores en situación de riesgo**

En el marco de las relaciones de colaboración entre las Comunidades y el Estado desde 1997 se vienen firmando convenios anuales para el desarrollo de los programas de apoyo a familias en situaciones especiales. A través de estos convenios-tipo el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y las Comunidades autónomas financian conjuntamente el desarrollo de programas vinculados a tres líneas de actuación: 1) programas de educación familiar y atención a las familias desfavorecidas y/o en situación de riesgo y a familias monoparentales; 2) programas de orientación y/o mediación familiar y puntos de encuentro familiar y 3) programas de apoyo a familias en cuyo seno se produce violencia familiar.

El programa de intervención con familias desfavorecidas y en situación de riesgo social supone una propuesta de atención a la infancia y a la adolescencia que presenta dificultades especiales y situaciones de mayor vulnerabilidad social, las cuales requieren intervenciones específicas adaptadas a cada situación, determinadas por las circunstancias familiares y por la gravedad de esas situaciones. Estas ayudas son desarrolladas por las Comunidades autónomas en el marco de la legislación de protección de la familia y de protección de menores.

El régimen jurídico de protección de menores prevé distintos grados de actuación administrativa protectora en función de la situación que padece el menor. Así, la *Ley*

*Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil* distingue entre menores en situación de riesgo, menores en situación de desamparo y menores en situación de dificultad social. Cada situación da lugar a que la administración actúe a través de distintos mecanismos. En el supuesto de la situación de desamparo los perjuicios que padece el menor son de tal magnitud que la administración asumirá la tutela y paralelamente se suspenderá la custodia de los padres. Las situaciones de riesgo o de dificultad social, en cambio, se dirigen a garantizar la protección del menor en casos de carencias económicas o socio-afectivas en el entorno familiar. En estos supuestos, la actuación de la administración se desarrolla mediante el apoyo a través medidas sociales, económicas o materiales pero sin que en ningún caso implique la separación del menor del núcleo familiar<sup>426</sup>.

El impacto de la inmigración respecto de la infancia se ha hecho muy visible por el fenómeno conocido como “menores inmigrantes no acompañados”. Esta compleja situación implica la presencia de menores, entre 14 y 17 años, en territorio español que llegaron cruzando la frontera mediterránea y que buscan desarrollar un proyecto migratorio propio, pero sin la compañía de sus padres o de un núcleo familiar que pueda velar por su protección. La presencia de estos menores ha traído la necesidad de repensar un modelo de control de flujos migratorios con muy pocas excepciones respecto de los procedimientos de expulsiones con el propósito de adecuarlo a los principios de protección del menor y de garantía del interés superior del menor previstos tanto en la normativa internacional como en la propia normativa interna, ya sea estatal o autonómica. La adecuada solución a este hecho continúa siendo una de las asignaturas pendientes, aún no resueltas, por parte del Estado central y de las autonomías<sup>427</sup>.

Dada la enorme complejidad que plantea la situación de los menores inmigrantes no acompañados este apartado deja de lado la protección de este colectivo para afrontar un objeto más modesto: la protección prevista desde los servicios sociales a los menores acompañados en situación de riesgo. El campo de actuación social sobre los menores en situación de riesgo

---

<sup>426</sup> PALMA DEL TESO. A., *Administraciones públicas y protección de la infancia*. Madrid, INAP, 2006, p. 138.

<sup>427</sup> PALMA DEL TESO A., “Los menores inmigrantes no acompañados”, en AJA, E., MONTILLA, J., y ROIG, E., (Coords.) *Las Comunidades Autónomas y la inmigración* ..op.cit., p. 539 y ss.; ANA RUIZ LEGAZPI “La protección de los menores inmigrantes”, en AJA, E (Coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España ...* op.cit., p.493 y ss.; *Informe especial sobre la situación de los menores extranjeros no acompañados en la Comunidad Foral de Navarra*, Defensor del Pueblo de Navarra, 2008; *Menores o Adultos. Procedimientos para la determinación de la edad*, Informe monográfico del Defensor del Pueblo, 2012.

se centra en la configuración de ayudas económicas y prestaciones técnicas cuya finalidad es mejorar las condiciones sociales y materiales en las que vive el menor. Bajo este supuesto, las carencias que padece el menor no tienen la entidad o intensidad suficiente como para fundamentar una declaración de desamparo, sino que la intervención de la administración se centra en mejorar las condiciones del entorno familiar del menor.<sup>428</sup> La competencia relativa a la detección, valoración, apreciación y declaración de las situaciones de riesgo que perjudiquen el desarrollo personal y social del menor corresponde a las Entidades Locales<sup>429</sup>.

La *Ley valenciana 12/2008, de 3 de junio, de protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana* define en su art. 93 la situación de riesgo como “aquella en la que, a causa de circunstancias personales o familiares del menor, o por influencia de su entorno, se ve perjudicado su desarrollo personal o social de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían la situación de desamparo y la asunción por la Generalitat de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de las Administraciones competentes, a través de los distintos servicios de apoyo a la familia y al menor”.

Dentro de las medidas de apoyo y protección dirigidas a eliminar los factores de riesgo se encuentran:

---

<sup>428</sup> La *Ley 14/2010 de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia* incorpora los siguientes supuestos de situación de riesgo (art. 102.2): la falta de atención física o psíquica del menor que conlleve un perjuicio leve para su salud física o emocional (letra a); la dificultad para dispensar la atención física y psíquica adecuada al menor (letra b); el uso del castigo físico o emocional sobre el menor que, sin ser grave, perjudique su desarrollo (letra c); las carencias que no puedan ser compensadas ni impulsadas en el ámbito familiar que puedan conllevar la marginación, la inadaptación o el desamparo del menor (letra d); la falta de escolarización en edad obligatoria, el absentismo o el abandono escolar (letra e); el conflicto abierto y crónico entre los progenitores, cuando anteponen sus necesidades a las del menor (letra f); la incapacidad o imposibilidad de controlar la conducta del menor que provoque un peligro evidente de hacerse daño o de perjudicar a terceras personas (letra g); las prácticas discriminatorias contra las niñas, que comporten un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física, incluyendo el riesgo de padecer ablación o mutilación genital femenina y violencia (letra h) y cualquier otra circunstancia que pueda derivar en el desamparo del menor (letra i).

<sup>429</sup> Un estudio mas a fondo sobre la protección de menores en situación de riesgo véase, PALMA DEL TESO, A., *Administraciones públicas y protección* ...op.cit., p.135 y ss. ÁLVAREZ VELEZ M., *La protección de los derechos del niño, En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*. Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1994. BENAVENTE MOREDA, P., “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores: Actuación de la Administración e intereses en juego”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO J., y RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., (Coord.) *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid: El menor ante el derecho en el siglo XXI*, núm.15, 2011. Sobre las competencias de los entes locales véase., PALMA DEL TESO, A., “El derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores”, en *Cuadernos de derecho local*, núm. 4, 2004, p.102-137.

1. Medidas de apoyo a la familia a fin de mejorar el entorno familiar y hacer posible la permanencia del menor en el mismo
2. Establecimiento de programas de carácter socioeducativo
3. Ayuda a domicilio dirigida a favorecer el cuidado y la atención del menor y hacer posible su permanencia en la familia
4. Prestaciones económicas o en especie cuando la causa determinante del riesgo para el desarrollo integral del menor proceda de situaciones carenciales o de insuficiencia de recursos en su medio familiar.
5. Atención fuera del horario escolar en centros los días donde se desarrollan actividades de ocio y cultura.

El *Dictamen del Comité de las Regiones 2010/C267/10 sobre la cooperación local y regional para la protección de los derechos de la infancia en la Unión Europea*<sup>430</sup> solicita a los Estados miembros que se concentren más en garantizar los derechos de la infancia, incluyendo el respeto de las condiciones básicas necesarias para su desarrollo. A juicio del Comité resulta de particular relevancia que “*algunos grupos infantiles más vulnerables no están cubiertos por las medidas utilizadas para garantizar los derechos de la infancia. Esto es particularmente importante en el caso de los denominados ‘menores invisibles’ -los hijos de familias sin permiso legal de residencia y los niños de la calle-*”.

Asimismo, el III y IV Informe sobre la situación de los menores en España incluye a los niños de origen rumano, los hijos de trabajadores migrantes -en particular cuando están en situación irregular-, los niños extranjeros no acompañados y los niños con discapacidades dentro de los colectivos en riesgo de sufrir una situación discriminatoria y pertenecientes a grupos especialmente vulnerables. En el mismo sentido el *Informe Situación de la Infancia y la Adolescencia en Asturias 2007* pone de manifiesto que algunos sectores de la infancia son más desconocidos y vulnerables que otros y, en concreto, se hace mención a la situación de los hijos e hijas de trabajadores inmigrantes, así como a los menores extranjeros no

---

<sup>430</sup> Dictamen del Comité de las Regiones sobre la cooperación local y regional para la protección de los derechos de la infancia en la Unión Europea (DO C 267/46 del 1 de enero de 2010).



acompañados, como uno de los grupos a los que se debería dar una atención preferente por parte de los poderes públicos<sup>431</sup>.

Todas las leyes autonómicas de protección de menores consagran un principio general de actuación con independencia de la nacionalidad o de la situación administrativa en que se encuentre el menor. El único requisito para que la administración actúe y despliegue el conjunto de actuaciones y prestaciones previstas para cada supuesto es que el menor se encuentre en una situación de riesgo previamente declarada por el órgano competente<sup>432</sup>. Además, la gran mayoría de leyes reformadas en los últimos años también incorporan a los menores inmigrantes o a las familias inmigrantes como un colectivo objeto de medidas especiales<sup>433</sup>, además en el ámbito de la configuración de políticas concretas se han elaborado diferentes iniciativas centradas especialmente en este colectivo<sup>434</sup>.

Sin embargo, la perspectiva cambia cuando se desciende a las normas que regulan los aspectos concretos de las prestaciones a favor de los menores en situación de riesgo. En términos generales la normativa autonómica incorpora la regulación relativa a los beneficiarios, la cuantía, los requisitos y documentos necesarios para el acceso. No obstante,

---

<sup>431</sup> BRAGA BLANCO, G., (Coord.), *Informe Situación de la Infancia y la Adolescencia en Asturias 2007*, Gobierno del Principado de Asturias, 2008, p.453. Las largas jornadas de trabajo, sumado a las duras condiciones laborales repercuten en la seguridad y la atención de los hijos de padres y madres inmigrantes, que crecen sin referentes emocionales estables. Se detectan hijos sin supervisión, e incluso las personas profesionales se refieren a “niños llave”, como aquellos niños y niñas a partir de los 8 o 9 años con la llave colgando del cuello que al salir de la escuela se dirigen a casa en donde no hay la presencia de ningún adulto, entre los cuales el grupo de iguales se erige como el único sustento emocional ante la ausencia de los padres, con los riesgos que esto conlleva. *Informe abriendo ventanas. Infancia, adolescencia y familias inmigradas en situaciones de riesgo social*, UNICEF-Fundació Pere Tarrés, 2011, p.55.

<sup>432</sup> Madrid: *Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid*; Valencia: *Ley 12/2008, de 3 de Julio, de protección integral de la Infancia y Adolescencia de la Comunidad Valenciana*; Navarra: *Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención a la infancia y a la adolescencia*; Aragón: *Ley 12/2001, de 2 de Julio de la Infancia y Adolescencia en Aragón*; Castilla León: *Ley 14/2002, de 25 de Julio, de Promoción, atención y protección de la Infancia en Castilla y León*; La Rioja: *Ley 1/2006, de 28 de febrero de Protección de menores de La Rioja*; Extremadura: *Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección de menores de Extremadura*; Canarias: *Ley 1/1997, de 7 de febrero, de menores de Canarias*; Baleares: *Ley Integral 17/2006, de 13 de noviembre, de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares*; Catabria: *Ley 8/2010, de 23 de diciembre de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria*; Cataluña: *Ley 14/2010 de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia*.

<sup>433</sup> La *Ley madrileña 6/1995*, Capítulo XI integración social de los menores extranjeros; la *Ley valenciana 12/2008*, art. 63 sobre la protección de menores extranjeros y art. 66 protección contra la explotación sexual y tráfico de menores; la *Ley Foral navarra 15/1995* art. 32.4 relativo al apoyo familiar donde se introduce la familia inmigrante como colectivo de especial atención.

<sup>434</sup> Así, en la Comunidad de Aragón, se lleva a cabo el “Programa de Prevención y Tratamiento de Situaciones de Riesgo en Familias y Adolescentes de Origen Extranjero” o el Ayuntamiento de Albacete el Proyecto de atención a familias extranjeras con menores.

son muy pocas las que introducen el régimen migratorio y aquellas que lo hacen señalan expresamente que, junto con la situación de dificultad o riesgo social, es necesaria la residencia legal tanto de los padres o tutores como de los menores y, en algunos casos, la residencia requerida es de 2 años de atención en el territorio de la Comunidad respectiva<sup>435</sup>.

La gestión de la prestación se encuentra descentralizada también hacia el tercer sector. En este sentido es frecuente, o al menos lo era hasta la llegada de la crisis económica, que los respectivos Departamentos de Bienestar social y Familia convocarán subvenciones en favor de los municipios y del tercer sector<sup>436</sup>. En estos casos, no existe una periodicidad de las convocatorias y, en los últimos años, las convocatorias se ha reducido considerablemente. Las Comunidades que han elaborado una norma de carácter general por la que se rige el proceso de convocatorias nada señalan en relación con los destinatarios finales de la prestación.

En el ámbito local algunos ayuntamientos han elaborado ordenanzas sobre la regulación de la prestación, la cual se deriva a la ayuda a domicilio o cuestiones circunstanciales como ayudas para la alimentación infantil, ayudas a familias en situación de riesgo para el alquiler, ayudas por ausencia temporal de uno de los padres. En la regulación local, nuevamente el régimen de acceso o se omite cualquier referencia a la extranjería o se requiere la residencia legal<sup>437</sup>.

Las políticas de protección a la infancia en situación de riesgo se desarrollan en el marco de prestaciones económicas supeditadas a la disponibilidad presupuestaria. Además, la

---

<sup>435</sup> Castilla-La Mancha, *Orden de 9 de diciembre de 2004 de la Comunidad de Castilla la Mancha por la que se convocan ayudas económicas a menores en situación de riesgo*, requiere la residencia efectiva y continuada en la Comunidad con 2 años de antelación. El mismo plazo se requiere Navarra: *Orden Foral 413/2010, de 31 de diciembre, por la que se regulan las ayudas de apoyo a la integración familiar y social de la Comunidad Foral Navarra*. Madrid: *Orden de la Comunidad de Madrid 22/2008, de 15 de enero, por la que se regula las bases para la concesión de ayudas económicas para apoyar la convivencia de menores en la propia familia y de convocatoria para el 2008* requiere la residencia legal previa de 2 años.

<sup>436</sup> Extremadura: *Decreto 29/2006 por el que se convocan la concesión de subvenciones a entidades públicas en Extremadura*; Andalucía: *Orden del 3 de marzo de 2006 por el que se establecen las bases reguladoras y se convoca subvenciones para las familias en situación de dificultad de la Comunidad de Andalucía*; Madrid: *Orden 815/2006, de 11 de abril, por la que se aprueba las bases reguladoras de la concesión de subvenciones destinadas al otorgamiento de ayudas para el desarrollo de proyectos del área de familia de la Comunidad de Madrid destinadas a instituciones sin fin de lucro y convoca subvenciones para el 2006*; Cataluña: *BEF/319/2004, de 16 de septiembre, por la que se aprueban las bases para la concesión de la prestación económica a familias en situación de especial vulnerabilidad con parto o adopción múltiple de tres o más niños menores de doce años, y se abre la convocatoria para el año 2004*.

<sup>437</sup> Así la *Ordenanza de 13 de mayo de 2003 reguladora de ayudas económicas municipales para la atención de necesidades sociales del Ayuntamiento de Murcia* desarrolla una ayuda puntual para la alimentación infantil sin que se diga nada en relación a la población inmigrante; la *Ordenanza reguladora del procedimiento de concesión de ayudas para el alquiler de viviendas a familias desfavorecidas del municipios de Mogán*, la *Ordenanza de 32 de junio de 2006 reguladora del programa municipal de intervención familiar en el ámbito de la actividad de protección y promoción de la población infantil de la ciudad de Pamplona*

infradotación de recursos conlleva a que el acceso a esta prestación esté condicionado a umbrales muy bajos de renta. Estas circunstancias en momentos de crisis económica y de reducción del gasto en políticas sociales resulta claramente nociva en la lucha contra la pobreza infantil y sobre la garantía de los derechos de los menores<sup>438</sup>. La fragmentación y la inestabilidad de las políticas en materia de menores en riesgo genera que muchas de las intervenciones que se están desarrollando reproduzcan la desigualdad y mantengan al menor en niveles cuando no de pobreza, cercanos a ésta. También resultan cuestionables, cuando no preocupantes, las actuaciones que como consecuencia de la crisis económica están llevando a cabo los gobiernos autonómicos en este campo. Así, el Sindic de Greuges en su *Informe anual sobre els drets de l'Infant* evidencia que “hi ha àmbits en què, respecte a l'any anterior, i malgrat l'augment de necessitats i demandes, les administracions afectades han reduït la despesa. És el cas (...) de la recent mesura adoptada en la Llei de pressupostos d'eliminar la prestació per infant a càrrec, vigent fins l'any 2011. Si bé la Llei no hi ha referència, el Govern ha anunciat la compensació d'aquesta previsió per a les famílies amb menys recursos, i també el condicionament de la prestació a un període de residència de cinc anys”<sup>439</sup>.

Junto con la problemática que padecen en lo referente a este campo de la protección social, desde la perspectiva de la inmigración cabe hacer las siguientes precisiones:

En primer lugar, resulta cuestionable la desregulación de la prestación, donde nuevamente las normas que convocan las ayudas, ya sea a nivel autonómico o ya sea a nivel local, no describen de forma clara el régimen de acceso a las mismas por parte de la población inmigrante. En cuanto a las normas autonómicas que regulan la prestación e incluyen el régimen de acceso a la población inmigrante requieren la residencia legal tanto de los progenitores o tutores como de los menores<sup>440</sup>. Esta restricción no tiene en cuenta que el potencial beneficiario de la prestación es un menor que se encuentra en una situación de riesgo y que la normativa internacional, estatal y autonómica sobre menores consagra el

---

<sup>438</sup> *Informe anual sobre els drets de l'Infant*, Sindic de Greuges, 2011, p.99

<sup>439</sup> Ídem., p.98

<sup>440</sup> Véase, entre otros, Madrid: *Orden de 22/2008 de la Comunidad de Madrid, de ayudas económicas para el apoyo de la convivencia de menores en la propia familia*; Aragón: *Decreto 48/1993 de la Comunidad de Aragón de prestaciones económicas de acción social*; Andalucía: *Decreto 137 del 2002, de la Comunidad de Andalucía de apoyo a las familias andaluzas*; Castilla León: *Decreto 42/2000, de Asturias, sobre la ayuda a domicilio*; *Decreto 269/98 de Castilla y León, sobre la ayuda a domicilio*.

principio de protección integral con independencia de la nacionalidad y/o de la situación administrativa.

Cabe recordar que el texto constitucional incorpora en su art. 39 el deber de protección al menor y de salvaguarda de su bienestar. Por su parte, la Convención de Derechos del Niño de 1990 fija la obligación para los Estados de garantizar las necesidades básicas de los menores (vestido, nutrición, vivienda) en los casos en que sus progenitores no puedan garantizar dicho estándar.

Las *Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño* en su último Informe sobre el cumplimiento por parte de España de la Convención aconsejan perfeccionar el mecanismo de recopilación y análisis de datos sobre la población menor de 18 años en todas las esferas que afectan a la misma, prestando especial atención a los grupos más vulnerables. Al Comité le preocupaba que el principio de no discriminación no se aplicara plenamente en el caso de los/as hijos/as de trabajadores migrantes, en particular cuando carecen de residencia legal o en el de los niños extranjeros no acompañados, especialmente con respecto al acceso a servicios adecuados de salud y educación<sup>441</sup>.

En este sentido, el requisito de la residencia legal implica dejar a los menores que carecen de dicho documento administrativo en una de situación vulnerabilidad y, por lo tanto, el interés del Estado de controlar el gasto debe ceder ante principios básicos como son el interés superior del menor. Cabe mencionar que para acceder a esta ayuda previamente ha habido una valoración del centro base de servicios sociales: trabajadores sociales y psicólogos que aconsejan la concesión de esta ayuda al entender que el menor se encuentra en una situación de riesgo. Además, excluir al menor por carecer de la residencia legal implica, entonces, que para atender a las necesidades del menor su situación tendrá que empeorar al punto en que la actuación correspondiente sea el internamiento en un centro de acogida. Esta opción resulta ser mucho más costosa tanto desde el punto de vista económico, si aquello que se valora es el coste sobre los presupuestos de la Comunidad, como desde el punto de vista psicológico, si aquello que se valora es el interés superior del menor y el bienestar familiar de todos y cada uno de los miembros. Las reflexiones apuntadas se hacen extensibles también al plazo de dos

---

<sup>441</sup> *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: España, Comité de los Derechos del Niño 55o periodo de sesiones, 2010 CRC/C/ESP/CO/3-4*

años de residencia previa solicitadas por las Comunidades autónomas de Madrid y Navarra, así como la adaptación que otras Comunidades han realizado de la ayuda, con ocasión de la Ley de la dependencia 39/2006, limitando la prestación sólo a los supuestos de dependencia (mayores y discapacitados).

### **2.3 Jóvenes extutelados por los organismos autonómicos de protección de menores**

En este apartado se estudiará la respuesta que desde el sistema de servicios sociales se da a la situación de los jóvenes inmigrantes que han llegado a territorio español siendo menores de edad no acompañados. Como consecuencia de su condición edad fueron tutelados por los respectivos servicios autonómicos de protección de menores; pero al llegar la mayoría de edad la administración deja de tener la tutela y se ven abocados a vivir en la calle.

Los estudios y análisis sobre la situación de este colectivo son escasos y parciales. Los datos se estiman a partir del número de menores extranjeros no acompañados que tutela la administración. Lo cierto es que perfil de éstos jóvenes es masculino y procedentes del norte de África.

Sobre esta situación social cabe destacar la actuación de varias Comunidades autónomas, las cuales han configurado prestaciones y programas en colaboración con el tercer sector para integrar estos menores. Por una parte, la Comunidad autónoma de Cataluña mediante la *Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia* (art.152) configura los programas de apoyo a la emancipación y a la autonomía personal de los jóvenes extutelados y en situación de riesgo. Según la legislación catalana estos programas tienen como objetivo ofrecer a los jóvenes extutelados los recursos de apoyo personal, de vivienda, formativos y laborales necesarios para asesorarles y acompañarles en el ejercicio de la plena ciudadanía en condiciones de igualdad. Esta prestación se desarrolla por el *Decreto 142/2011, por el que se aprueba la cartera catalana de servicios sociales*, como una prestación de naturaleza económica que tiene como destinatarios los jóvenes inmigrantes extutelados entre 18 y 21 años. El régimen de acceso a la prestación es remitido a los requisitos previstos para las prestaciones de naturaleza subjetiva en la *Ley 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico*, la cual requiere la residencia legal.



En términos similares la *Ley de Cantabria 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia* (art. 81 y 82) configura el servicio de apoyo a la emancipación y la prestación económica de apoyo a la emancipación. La *Ley Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia* (art. 85) crea los programas de autonomía personal. Por su parte, el *Decreto 143/2011 por el que se aprueba la cartera de servicios sociales de la Comunidad de Aragón* configura el servicio de emancipación de jóvenes procedentes de una situación de protección entre 16 a 21 años. La prestación tiene como objetivo ofrecer alojamiento temporal, así como elaborar proyectos de inserción laboral.

Estos programas se definen como el seguimiento personalizado de un menor con edad superior a los dieciséis años o mayor de edad sobre el que se haya ejercido alguna medida administrativa o judicial y durante un período determinado de tiempo, mediante un compromiso o programa de formación destinado a dar cobertura a las necesidades formativas, con el objetivo de conseguir la progresiva integración social y laboral, su independencia y autonomía al finalizar la acogida residencial.

En cuanto a las restantes Comunidades autónomas estos jóvenes acuden al tercer sector y a las ayudas asistenciales que se prestan desde los servicios sociales básicos como alojamiento alternativo, ayudas de emergencia social y a los servicios. La actuación del tercer sector se centra en ofrecer cursos de formación y programas de inserción laboral, pero las necesidades de alojamiento y recursos económicos para la supervivencia quedan generalmente sin cubrir.

Los inconvenientes de dar respuesta por vía de los servicios sociales básicos a la situación que padecen los jóvenes inmigrantes extutelados son, principalmente, la carencia del empadronamiento y la falta de especialización del servicio. Para el acceso a las prestaciones de emergencia social, como se analizará en el punto 3.1 del apartado II del presente capítulo, es necesario estar empadronado o tener la residencia legal en el municipio donde se presta el servicio. El acceso al empadronamiento para este colectivo es un trámite administrativo que no siempre puede llevarse a cabo bien porque carecen de domicilio estable, requisito exigido por la LBRL, o bien por la negativa de algunos ayuntamientos de empadronar colectivos

inmigrantes<sup>442</sup>. Por otra parte, conducir este colectivo a los servicios de alojamiento alternativo y ayudas de emergencia social implica dar respuesta desde unos servicios pensados para situaciones temporales. Éstos, reciben un colectivo con unas necesidades especiales relacionadas con situación administrativa, el desconocimiento de la lengua y/o la necesidad de formación laboral; necesidades a las que no pueden dar respuesta porque no están concebidos para ello. Esta situación lleva a sobrecargar los servicios dirigidos a toda la población donde la situación de exclusión tiende a cronificar su situación de exclusión.

La atención social a estos jóvenes resulta realmente compleja y de difícil respuesta. Por una parte, es una población joven con expectativas de quedarse en territorio español pero con un entorno social muy frágil. La mayoría de ellos carecen de núcleo relacional en España y aquellos que lo tienen no se encuentran en una posición como para hacerse cargo de ellos. Además al salir de los centros de atención y acogida de menores buena parte de ellos se encuentran en situación administrativa irregular o si poseen el permiso de residencia éste, en ocasiones, no incorpora la autorización para trabajar<sup>443</sup>. Las dilaciones en la declaración de desamparo, así como la lentitud de los trámites del permiso ante la subdelegación de extranjería generan que buena parte de los menores que salen de los centros al cumplir la mayoría de edad no tengan regularizada su situación<sup>444</sup>. Esta circunstancia genera que toda actuación que se lleve desde los servicios de inserción laboral sea prácticamente imposible. Respecto de aquellos que poseen la autorización de residencia y trabajo, dada la dificultad con que se encuentran a la hora de encontrar trabajo les es muy difícil mantener el estatus de residente y acaban perdiéndolo en el momento de la renovación del mismo. Según detallan los Informes de las ONG's las soluciones para este colectivo son el ejercicio de la prostitución masculina, actividades delictivas como tráfico de drogas en pequeña escala, pequeños hurtos

<sup>442</sup> La mayoría de estos jóvenes viven en la calle, en viviendas abandonadas, pisos pateras o viven en un círculo servicios de alojamiento temporal-calle-servicios de alojamiento temporal. Sobre los problemas del empadronamiento véase punto 3 del apartado II del capítulo segundo

<sup>443</sup> El Informe sobre los jóvenes de origen inmigrante ex tutelados en la ciudad de Córdoba señala que de un estudio sobre 18 jóvenes extutelados de la Junta de Andalucía tan solo 4 se encontraban con permiso de residencia y trabajo. *Jóvenes de origen inmigrante ex tutelados en la ciudad de Córdoba*, Informe elaborado por la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, Fundación Proyecto Don Bosco y Asociación Pro Inmigrantes de Córdoba, 2009.

<sup>444</sup> De acuerdo con la LODYLE (art. 35.4) "una vez que haya sido acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará una autorización de residencia. El Reglamento de la LODYLE, Real Decreto 2393/2004 (derogado) establecía "transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores y una vez intentada la repatriación, si ésta no hubiera sido posible, se procederá a otorgarle la autorización de residencia". El plazo de 9 meses debería interpretarse como plazo máximo para otorgar la autorización de residencia, sin embargo a la práctica los menores cumplían la mayoría de edad sin que hubiese iniciado el procedimiento ante la subdelegación y en los casos en que se iniciaba la solicitud de residencia el menor salía del centro sin tener una respuesta por parte de la administración.

o/y venta de productos en la economía sumergida<sup>445</sup>. En última instancia, estos jóvenes se quedan en la calle deambulando, esperando a que por vía de un procedimiento de arraigo puedan obtener el permiso de residencia.

Los perjuicios de no resolver de manera adecuada esta situación son evidentes. Además del drama humano que viven los jóvenes, este fenómeno alimenta la percepción negativa y de descontrol que una parte de la población tiene respecto de la inmigración<sup>446</sup>. La falta de alojamiento adecuado y permanente deriva en la ocupación de viviendas abandonadas y en el aumento del fenómeno conocido como “pisos pateras”. Este hecho se intensifica por la concentración de jóvenes en las Comunidades fronterizas, especialmente Andalucía y Canarias y por la negativa de algunas Comunidades autónomas de recibir menores inmigrantes en sus centros de atención<sup>447</sup>.

Ante la actual situación de estos jóvenes es necesario configurar programas de atención especializada en colaboración con el Estado central, dado que actualmente los recursos que se prestan tanto desde la administración autonómica como desde el tercer sector resultan insuficientes. Además, una mayor coordinación entre los centros de atención a menores y la subdelegación de inmigración con el fin de gestionar la situación administrativa del menor antes de su salida del centro de acogida abre la posibilidad de insertar social y laboralmente al joven. Asimismo, la ausencia de protocolos de derivación y pautas de actuación entre los centros autonómicos de acogida de menores y los centros públicos o privados que se ocupan de la atención social genera que muchos de los jóvenes desconozcan la red social de atención existente. En este sentido, las ONG's han puesto de manifiesto la necesidad que la normativa autonómica precise el órgano administrativo encargado de realizar el seguimiento de los

---

<sup>445</sup> BLANCAS AVILÈS, R., y BELÉN JURADO, G., “Estrategias de intervención social con jóvenes inmigrantes ex tutelados por el Servicio de Protección de Menores”, en *Documentos de Trabajo Social*, núm. 47, p.137.

<sup>446</sup> El Informe sobre la situación de los jóvenes extutelados inmigrantes de Jerez de la Frontera hace mención específica del malestar de la policía, jueces, fiscales, vecindario, asociaciones y de la ciudadanía en general por la situación que se vive en el entorno del barrio de la Constancia, provocando situaciones de estereotipación negativa del colectivo de jóvenes marroquíes, que dificultan la inserción social normalizada de estos jóvenes en la Comunidad. *La situación de los jóvenes extutelados inmigrantes de jerez de la frontera*, Red de Integración Social, 2011.

<sup>447</sup> Para dar solución a la distribución de menores no acompañados en 2006 se crea el “Programa especial para traslados y atención de los menores desplazados desde Canarias”. A través de este programa se abre una vía de colaboración entre el Estado y las Comunidades autónomas a fin de que los sistema de protección de menores autonómico reciban a estos los menores previa financiación del Estado central. A excepción de la Rioja y Madrid todas las CCAA han decidido colaborar.

menores<sup>448</sup>. Finalmente, resulta imprescindible flexibilizar los procedimientos de empadronamiento y de renovación de permisos de residencia y trabajo. En cuanto a las dificultades de la renovación resulta positivo la introducción del Reglamento de la LODYLE tras su reforma en 2010 (Real Decreto 577/2011), según la cual menores sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles podrán acceder a la residencia permanente tras la renovación de dos años de dicha residencia (art.86.1).

## 2.4 Servicios y prestaciones sociales a discapacitados

El acceso a los servicios y prestaciones asistenciales para los extranjeros discapacitados se encuentra regulado en el art. 14.2 de la LODYLE, así *“los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico”*. Los menores discapacitados es el único colectivo al la Ley de extranjería hace expresa referencia con relación al acceso a los servicios sociales. El régimen del resto de colectivos, como se ha señalado anteriormente, se rige por el criterio general de servicios básicos y servicios especializados.

Siguiendo lo previsto en el art. 14.2 LODYLE el régimen de acceso a los servicios y prestaciones sociales para personas discapacitadas es el siguiente: las personas mayores de edad en situación regular tendrán acceso a todo el sistema de protección, así como los menores discapacitados; estos últimos con independencia de su situación administrativa. La ley señala que el menor discapacitado debe tener domicilio en España, requisito que en todo caso debe entenderse en los términos del art. 6.3 de la LODYLE según el cual el padrón municipal es el documento que prueba el domicilio de la persona en territorio español.

La inclusión específica de este colectivo tiene origen en la reforma que la Ley Orgánica 2/2009 realiza sobre la LODYLE. Los cambios en el art. 14 tienen como finalidad adaptar el ordenamiento español a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, emanado de la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Bajo estos términos, resulta positivo la inclusión de los menores discapacitados dentro del núcleo amplio de protección social. A través de esta reforma, se da prioridad al principio de protección del

---

<sup>448</sup> El art. 37 de la Ley 1/1988, de 20 de abril, de derechos y atención del Menor de Andalucía establece que *“al menos, durante el año siguiente a la salida de los menores de un centro de protección, la Administración de la Junta de Andalucía efectuará un seguimiento de aquellos al objeto de comprobar que su integración socio-laboral sea correcta, aplicando la ayuda técnica necesaria”*.

menor sobre los intereses estatales que en principio pueden entenderse que limitarían el acceso a los menores: el control migratorio y el control del gasto público. Asimismo, al incorporar el acceso al derecho en una norma con rango legal se impiden prácticas administrativas que directa o indirectamente denieguen el acceso a dichas prestaciones.

Por otra parte, la reforma se encamina en la vía de la jurisprudencia del TEDH de reconocimiento de derechos a los ciudadanos no nacionales discapacitados. En materia de discapacidad e inmigración, el Tribunal emitió un interesante pronunciamiento en el *Asunto Koua Poirrez v. France*<sup>449</sup>. El caso gira en torno a un nacional de Costa de Marfil de 21 años que había sido adoptado por una pareja francesa, y que tenía una discapacidad física aguda desde que tenía siete años. Aunque las autoridades francesas reconocieron su discapacidad (de un 80%), la Oficina de Prestaciones Sociales rechazó otorgarle la prestación correspondiente a los discapacitados adultos bajo la justificación que el solicitante carecía de la nacionalidad francesa y de que no había un acuerdo recíproco entre Francia y Costa de Marfil al respecto. El Tribunal de Derechos Humanos concluye que hubo una violación del art. 14 CEDH al no existir una justificación objetiva y razonable para una diferencia de trato entre ciudadanos franceses y nacionales de otros países con respecto a la concesión de prestaciones sociales.

Tener claro el número de población inmigrante que padece algún tipo de discapacidad no es fácil. Los estudios que hasta el momento se han realizado sobre el tema, partiendo de los datos sobre población extranjera residente en España según la actualización del Padrón Municipal a 1 de enero de 2007 y de los índices de prevalencia de discapacitada entre personas extranjeras, estiman que la población discapacitada representa o bien el 4.7%<sup>450</sup>, o bien el 5%<sup>451</sup> del total de inmigrantes. Otras investigaciones parten de una estimación equivalente con el porcentaje de los nacionales, es decir aproximadamente el 9% de la población<sup>452</sup>.

En términos generales, y al margen de prestaciones concretas, el sistema de servicios sociales

---

<sup>449</sup> *Asunto Koua Poirrez c. Francia* (Sala segunda), de 30 de septiembre de 2003.

<sup>450</sup> Véase JIMÉNEZ LARA, A., *La población inmigrante con discapacidad. Intento de aproximación demográfica*. Ponencia presentada en las Jornadas Las otras inmigraciones/Las otras discapacidades: Inmigración y Discapacidad, 2004. La aproximación al número de personas se realiza mediante una encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud 1999 actualizada con el estudio demográfico de la población inmigrante.

<sup>451</sup> DIAZ VELÁZQUEZ, E., HUETE GARCIA, A., JIMÉNEZ LARA, A., "Inmigrantes con discapacidad en España", en *Zerbitzuan Revista de Servicios Sociales* núm. 45, 2009, p139.

<sup>452</sup> CABRA LUNA, M. Á., *Marco jurídico aplicable a las personas inmigrantes con discapacidad*. Ponencia presentada en las Jornadas las otras inmigraciones ... op.cit., 2004.



autonómicos para personas con discapacidad está conformado por los siguientes servicios: los centros base, los centros ocupacionales, los centros día, los centros residenciales de estancia temporal, residencias, los Centros de Recuperación de Minusválidos Físicos, Centros de Atención a Minusválidos Físicos, Centro Estatal de Atención al Daño Cerebral<sup>453</sup>.

Junto a este conjunto de servicios también se encuentran prestaciones de naturaleza económica y aquellas que tienen como finalidad la inserción laboral de las personas discapacitadas. Las administraciones, concretamente los servicios públicos de empleo, desarrollan programas públicos de formación ocupacional y de empleo. En este tipo de programas la vinculación entre formación y acceso al mercado laboral hace necesario que el inmigrante disponga de la documentación que autorice su residencia y trabajo en España.

En cuanto a la regulación sectorial, la Ley de la dependencia 39/2006 exige para acceder a las prestaciones la residencia en territorio español de 5 años, dos de los cuales deberán ser inmediatamente anteriores a la solicitud. Sin embargo, posteriormente, en su art. 5.2 señala que el acceso de los menores será según lo que la normativa especializada disponga.

Una interpretación conjunta entre la Ley de la dependencia 39/2006 y la LODYLE lleva a sostener que, en caso de los menores extranjeros tanto el requisito relativo a la situación administrativa como a los años previos de residencia no deben ser aplicados. Ahora bien, siendo los servicios sociales una competencia de alcance autonómico serán entonces las normas en materia de discapacidad y menores de cada una de las autonomías las que deban reconocer el acceso a los servicios y prestaciones en los términos descritos.

La necesidad de adaptar el ordenamiento autonómico a la Ley de la dependencia 39/2006 ha producido la reforma de buena parte de las normas autonómicas en materia de dependencia y discapacidad. La Ley de la dependencia 39/2006 (art.11.1e) establece que, en el marco del

---

<sup>453</sup> Los centros base asumen funciones de información, diagnóstico, valoración, calificación del grado de minusvalía, orientación e intervención terapéutica y prestan apoyo técnico en materia de discapacidades a los dispositivos ordinarios y servicios específicos de su zona de influencia. Los centros ocupacionales están destinados a la atención diurna de personas con discapacidad psíquica, tienen como finalidad el desarrollo de habilidades profesionales, personales y sociales de las personas cuya discapacidad les impide integrarse laboralmente. Los centros de día proporcionan a personas con discapacidad psíquica o física gravemente afectadas habilitación personal y social, rehabilitación, cuidados personales y asistencia especializada con objeto de potenciar el máximo desarrollo de sus capacidades y posibilidades de integración social. Los centros residenciales de estancia temporal son centros para personas afectadas con una discapacidad física, incluyen además del alojamiento, la manutención, cuidados especializados y apoyo personal, familiar y social. Véase JIMÉNEZ LARA, A., Servicios públicos para inmigrantes, personas con discapacidad y otros colectivos, disponible en <http://usuarios.discapnet.es/ajimenez/>

Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, corresponde a las Comunidades autónomas elaborar los Programas Individuales de Atención. A través de estos programas se determina el nivel y grado de dependencia de la persona, así como los servicios y prestaciones que le corresponden<sup>454</sup>. En este contexto, los ordenamientos autonómicos incluyen un conjunto de normas que tienen como finalidad regular el procedimiento a través del cual se reconoce el derecho a las prestaciones provenientes del sistema de dependencia, configuran el denominado Plan Individual y regulan la obtención de la tarjeta de discapacidad.

Los decretos y normas que regulan el procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia incorporan, en relación al acceso por parte de la población inmigrante, sin excepción, los requisitos fijados por la Ley de la dependencia 39/2006. Por lo tanto, se requiere haber residido legalmente en territorio español por 5 años, dos de los cuales deberán ser inmediatamente anteriores a la solicitud. Sin embargo, en cuanto a los menores discapacitados, como se describirá a continuación, la normativa autonómica hace caso omiso a la redacción del art. 14.2 LODYLE dada por la LO2/2009.

La reforma al art. 14.2 data del año 2009 por lo que las Comunidades autónomas deberían haber adaptado las normas sobre el acceso de los menores a la condición de dependiente, tanto más cuando su propio ordenamiento en materia de menores también introduce el principio general de protección con independencia de la nacionalidad o de la situación administrativa. Hasta el momento ninguna Comunidad ha procedido a reformar el procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia con el objetivo de incluir a los menores. La mayoría mantiene su normativa sin cambios; ese es el caso de Andalucía, País Vasco, Navarra, Valencia, Castilla León, Castilla la Mancha, Asturias, la Rioja, Extremadura y Canarias<sup>455</sup>. Por su parte, cuatro Comunidades autónomas han reformado su normativa, pero

---

<sup>454</sup> El art. 29 de la LPAPAD relativo al Programa Individual de Atención establece que “el marco del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones correspondientes, los servicios sociales correspondientes del sistema público establecerán un Programa Individual de Atención en el que se determinarán las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel, con la participación previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le represente”.

<sup>455</sup> En Andalucía: *el Decreto 168/2007, de 12 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como los órganos competentes para su valoración*. En País Vasco: *el Decreto Foral 39/2007, del Consejo de Diputados de 24 de abril, que regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia, el derecho y acceso a los servicios del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en el Territorio Histórico de Alaba*. (modificado por Decreto Foral 85/2008, del Consejo de

centran los cambios en aspectos relativos al procedimiento y al baremo sin afectar el régimen de acceso; ese es el caso de Aragón, Baleares, Galicia y Cantabria<sup>456</sup>. Sorprende también que Comunidades autónomas que regulan, con posterioridad a la reforma de la LO2/2009 y, por primera vez alguno de los procedimientos de la Ley de Dependencia 39/2006 requieran la residencia legal de los menores y de sus progenitores, así como el periodo de 5 años previos de permanencia en territorio español, tal es el caso de Madrid, Murcia y Andalucía<sup>457</sup>.

---

Diputados de 16 de septiembre); el Decreto Foral 74/2007, de 24 de abril, de la Diputación Foral de Vizcaya por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia (modificado por Decreto Foral 197/2007, de 6 de noviembre, de la Diputación Foral de Vizcaya) y la Orden Foral 320/2007, de 25 de abril, por la que se establece el baremo de la de valoración de la situación de dependencia y el procedimiento de actuación para su determinación. En Navarra: el Decreto foral 6/2009, de 19 de enero, por el que se regulan los procedimientos de valoración y reconocimiento de la situación de dependencia y de elaboración del programa individual de atención de las personas en situación de dependencia. En Valencia: el Decreto 171/2007, de 28 de septiembre, del Consell, por el que establece el procedimiento para reconocer el derecho a las prestaciones del sistema valenciano para las personas dependientes. En Castilla León: la Orden FAM/824/2007, de 30 de abril, por la que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la dependencia. En Castilla la Mancha: el Decreto 176/2009, de 17 de noviembre, del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, y de la composición y funciones de los equipos de valoración. En Asturias: el Decreto 68/2007, de 14 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia y la Resolución de 26 de septiembre de 2007, de la Consejería de Bienestar Social, por la que se dictan instrucciones para el diseño, elaboración y aprobación del Programa Individualizado de Atención a que se refiere la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. En La Rioja: la Orden 4/2007, de 16 de octubre, de la Consejería de Servicios Sociales por la que se regula el procedimiento para la valoración y reconocimiento de la situación de dependencia en la Comunidad Autónoma de La Rioja. En Extremadura: el Decreto 1/2009, de 9 de enero, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de Extremadura. En Canarias: el Decreto 163/2008, de 15 de julio, que modifica el Decreto 54/2008, de 25 de marzo, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (modificada por el Decreto 101/2009, de 21 de julio) y la Orden de 7 de abril de 2008, por la que se establecen los modelos normalizados de propuesta del Programa Individual de Atención, de informe social y del trámite de consulta que se han de utilizar en los procedimientos para el reconocimiento de la situación de dependencia.

<sup>456</sup> Aragón: la Orden de 5 de abril de 2010, del Departamento de Servicios Sociales y Familia, sobre modificación parcial del procedimiento de reconocimiento de situación de dependencia. Baleares: el Decreto 83/2010, de 25 de junio, por el cual se establecen los principios generales del procedimiento para reconocimiento de la situación de dependencia, la intensidad de protección de los servicios y el régimen de compatibilidad de las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y se crea la Red Pública de Atención a la Dependencia de las Illes Balears. En Galicia: el Decreto 15/2010, de 4 de febrero, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, el procedimiento para la elaboración del Programa Individual de Atención y la organización y funcionamiento de los órganos técnicos competentes. En Cantabria: el Decreto 148/2011, de 7 de julio, por el que se modifica el Decreto 15/2010, de 4 de febrero, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, el procedimiento para la elaboración del Programa individual de atención y la organización y funcionamiento de los órganos técnicos competentes.

<sup>457</sup> En Madrid: la Orden 625/2010, de 21 abril, por la que se regula los procedimientos para el reconocimiento de la situación de dependencia y para la elaboración del Programa Individual de Atención y la Orden 141/2011, de 1 marzo, por el que se regula el catálogo de servicios y prestaciones para las personas reconocidas en

El requerimiento de la residencia legal se extiende, en algunos casos, a la residencia legal de los progenitores. Así, la Comunidad autónoma de Murcia, además de requerir la residencia en territorio español anterior a cinco años en relación a los menores establece que *“cuando el solicitante sea un menor de 14 años será necesario además el Libro de Familia, y el DNI o la Tarjeta acreditativa de la condición de residente, en el que conste el número de Identificación de Extrenjero (NIE) de quien ostente su representación legal”*<sup>458</sup>.

La misma apreciación debe hacerse respecto no ya del procedimiento de reconocimiento de la dependencia sino de las convocatorias de ayudas como los requisitos para el acceso a la tarjeta de discapacidad, donde se requiere la residencia legal de por lo menos 5 años y en el caso de los menores de 5 años dicha residencia también es requerida a sus padres o tutores.

En este sentido, la reforma del art. 14.2 de la LODYLE ha pasado desapercibida para las autonomías. Una de las razones de la negativa autonómica puede encontrarse en el propio procedimiento de reforma de la LODYLE, pues no se reconoce ningún grado de participación a los entes territoriales. Así, la LODYLE regula materias de titularidad autonómica, caso del acceso a los servicios sociales, sin dar participación alguna a los entes responsables de la prestación. Una norma concertada entre el Estado y las Comunidades autónomas sería el medio más adecuado para garantizar la aplicación efectiva en cada territorio (los aspectos competenciales se tratan en el capítulo cuarto).

Por otra parte, al art. 5.2 de la Ley de la dependencia 39/2006 tampoco es claro respecto al acceso a los menores puesto que remite esta cuestión a las leyes estatal y autonómicas en materia de menores *“las personas que, reuniendo los requisitos anteriores, carezcan de la*

---

*situación de dependencia en grado I en la Comunidad de Madrid. En Murcia: el Decreto 74/2011, de 20 de mayo, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a los servicios y prestaciones económicas del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y se establece el régimen de infracciones y sanciones. En Andalucía: en relación a la tarjeta de discapacidad, la Orden de 17 de marzo de 2011, por la que se crea la tarjeta acreditativa del grado de discapacidad y se regula el procedimiento para su concesión.*

<sup>458</sup> Murcia: Decreto 74/2011, de 20 de mayo, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a los servicios y prestaciones económicas del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y se establece el régimen de infracciones y sanciones. La misma interpretación parece deducirse de la regulación de la Comunidad de Baleares, la cual requiere en caso de menores el libro de familia, como se ha visto anteriormente, éste documento sólo pueden acceder las familias con permiso de residencia, véase art.11.1b) Decreto 83/2010, de 25 de junio, por el cual se establecen los principios generales del procedimiento para reconocimiento de la situación de dependencia, la intensidad de protección de los servicios y el régimen de compatibilidad de las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y se crea la Red Pública de Atención a la Dependencia de las Illes Balears.



*nacionalidad (...) Para los menores que carezcan de la nacionalidad española se estará a lo dispuesto en las Leyes del Menor vigentes, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, así como en los Tratados internacionales*". La remisión a la norma específica tiene, sin lugar a dudas, un espíritu garantista dado que las normas en materia de menores incorporan todas ellas los principios de universalidad y protección de los menores, con independencia de cualquier circunstancia de origen, nacionalidad o situación administrativa. Sin embargo, como suele ser frecuente en materia de extranjería e inmigración, las normas amplias y poco específicas abren en muchas ocasiones la puerta a la discrecionalidad administrativa y a la variación de criterios de actuación en función de elementos circunstanciales.

Teniendo en cuenta la omisión de la reforma, la protección social a los menores inmigrantes discapacitados en situación irregular se instrumentaliza por medio del derecho a la sanidad. Esta vía es posible porque el art. 18 de la LODYLE reconoce el acceso a las prestaciones sanitarias a los menores con independencia de su situación administrativa. Ahora bien, hay que tener presente que para acceder a las prestaciones sanitarias es necesario estar empadronado y que el respectivo centro sanitario emita el certificado de discapacidad; dos requisitos que según las prácticas administrativas pueden terminar impidiendo o dificultado el acceso a dichas prestaciones.

La inclusión de las prestaciones asistenciales por la vía sanitaria presenta dos problemas: el primero es que según la práctica administrativa de cada Comunidad autónoma, los servicios sociales prestados se limitan única y exclusivamente a aquellos integrados en el servicio sanitario y no se extienden a los servicios sociales propiamente dichos. El segundo problema gira en torno a que, en muchas ocasiones, la carencia del permiso de residencia implica la negación o la imposición de trabas por parte de distintas administraciones autonómicas a la hora de reconocer ciertos servicios o prestaciones básicas. El *Informe sobre personas inmigrantes con discapacidad en España* señala que "dependiendo de cada comunidad autónoma en cuanto al acceso a la tarjeta de discapacidad y de cada municipio en cuanto al empadronamiento, los trámites administrativos son más o menos accesibles. La legislación en ocasiones puede tener en su ejecución aplicaciones distintas y contradictorias, en función de la administración, de la coyuntura política y social o incluso dependiendo de la persona que la aplique"<sup>459</sup>.

---

<sup>459</sup> Entrevista a un técnico ONG de Inmigración "Un chico rumano con una discapacidad, obtuvo su certificado de discapacidad en las Islas Baleares. Cuando llegó aquí pedimos una revisión y nos extrañamos de que el chico



Ni la normativa estatal, ni la normativa autonómica especializada dejan claro el régimen jurídico de obtención del certificado de discapacidad de los menores en situación irregular; dicho vacío normativo trae como resultado el desarrollo de prácticas administrativas distintas en cada Comunidad autónoma, que varían según la opción política, la realidad migratoria del territorio, los criterios internos de cada centro, entre otros. El *Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y clasificación del grado de discapacidad* nada dice respecto del acceso de la población inmigrante y la normativa autonómica sobre el tema tampoco es clara. En este sentido, en algunos casos la garantía de acceso a la tarjeta de discapacidad para los menores discapacitados en situación irregular es la intervención de alguna ONG que les acompaña durante el trámite<sup>460</sup>.

Las indefinición en la legislación autonómica, así como la discrecionalidad de las prácticas administrativas tienen especial repercusión en ámbitos como los denominados servicios de atención temprana. La atención temprana es definida por el Libro Blanco de Atención Primaria como “el conjunto de intervenciones, dirigidas a la población infante de 0 a 6 años, a la familia y al entorno, que tienen por objetivo dar respuesta, lo más pronto posible, a las necesidades transitorias o permanentes que presentan los niños con trastornos en su desarrollo o que tienen riesgo de padecerlos. Estas intervenciones, que deben considerar la globalidad del niño, han de ser planificadas por un equipo de profesionales de orientación interdisciplinar o transdisciplinar”.

Teniendo en cuenta que la atención temprana tiene como finalidad detectar lo antes posible la existencia de discapacidades, actuar de forma rápida con el fin de evitar o reducir la aparición de efectos o déficits secundarios o asociados al trastorno, así como eliminar los factores de riesgo que puedan empeorar la situación de discapacidad del menor, resulta cuestionables y contrarias, tanto a la LODYLE como a la normativa de menores, las dificultades para acceder a la tarjeta de discapacidad o incluso que se requiera la residencia en la Comunidad para el acceso a la misma. Este es el caso de la Comunidad de la Rioja, donde la *Orden 2/2010, de*

---

tuviera el certificado. Te das cuenta de que la ley es interpretada de manera diferente en una comunidad y en otra. Hace tiempo conseguimos que los menores extranjeros tuvieran documentación, permiso de trabajo hicimos una interpretación legislativa positiva. Cuando ese programa se desbordó por el número de menores y ya no era una medida puntual, la administración dejó de ofrecer documentación y se acabó”. Véase, VVAA *Las personas inmigrantes con discapacidad en España, Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009, p.36

<sup>460</sup> VVAA *Las personas inmigrantes con discapacidad en España ... op. cit.*, p.36

11 de enero, de la Consejería de Servicios Sociales, por la que se regula el procedimiento para la intervención de servicios sociales de atención temprana, requiere la residencia del menor en la Comunidad autónoma (art. 9.3).

## 2.5 Atención social a las víctimas de trata de personas

De acuerdo con el Protocolo de Palermo la trata de personas se define como “*la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluidos el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o la situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una personas que posee el control sobre otra, con la finalidad de explotarla*”. Según la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen (UNODC) España aparece entre los principales países de destino y tránsito de la trata, principalmente de mujeres con fines de explotación sexual<sup>461</sup>.

La respuesta en el ordenamiento jurídico español se ha instrumentalizado a través de la reforma tanto en el ámbito penal como en el ámbito de la extranjería<sup>462</sup>. Desde el punto de vista penal, los cambios se han centrado tanto en la tipificación adecuada de la figura delictiva de trata de personas, en especial su diferencia con el tráfico de inmigrantes, así como en el aumento de las penas. Desde la perspectiva de la extranjería, los cambios se han dirigido hacia la configuración de un procedimiento a través del cual las víctimas de trata puedan salir de la

<sup>461</sup> *Trata de personas hacia Europa con fines de explotación sexual*, UNODC, 2010.

<sup>462</sup> Los cambios en la legislación española viene impulsados en gran medida por las normas que tanto a nivel internacional como europeo se han promulgado en la última década. En el ámbito internacional destaca la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada del año 2000 (Convenio de Palermo), en la cual se incorpora al texto internacional un Protocolo que tiene como finalidad prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Con este Protocolo, por primera vez, la comunidad internacional decide abordar el fenómeno de las personas sujetas a las redes de trata desde la perspectiva de los derechos humanos y, por primera vez, se concibe a las personas sujetas a redes de trata como víctimas. El protocolo acoge además todas las formas de trata: explotación laboral, sexual, trabajos o servicios forzosos, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos). Además, el protocolo se reconoce a éstas personas su naturaleza de víctimas y se incorpora un estatuto de protección hacia las mismas. En el marco de la Unión Europea la lucha contra la trata de personas también ha tenido respuesta a través de la *Directiva 2011/36/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la decisión marco 2002/629/JAI del Consejo*. Las normas encargadas de definir la trata de personas y el tráfico ilícito o inmigración irregular son, la *Directiva Marco 2002/629 del Consejo, de 19 de julio, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos* y la *Directiva 2002/90, de 28 de noviembre, destinada a definir la ayuda a la entrada, circulación y a la estancia irregular*, completada por la *Decisión Marco de 28 de noviembre de 2002 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular*.

red de explotación garantizando o bien el retorno, en condiciones seguras a su país de origen, o bien la permanencia en territorio español con la respectiva autorización de residencia y trabajo.

En términos generales, la LODYLE prevé tres procedimientos a través de los cuales se busca dar una protección efectiva a las víctimas de trata por vía de la regularización de su situación administrativa. Éstos son: por razones humanitarias al haber sido víctima de delitos tipificados en los art. 311 y 314 CP (art. 31.3 LODYLE); por colaboración contra la persecución de redes organizadas (art. 59 LODYLE) y por víctima de trata de seres humanos (art. 59 bis LODYLE). Con el objetivo de no desviar en exceso el objeto la tesis este apartado no entrará a analizar a fondo los procedimientos de la LODYLE, sino que se describirá el alcance de la protección asistencial en estos casos.

A grandes rasgos, la protección prevista para las víctimas de trata en el art. 53 bis de la LODYLE y desarrollado en los arts. 140 a 146 del Real Decreto 577/2011 establece que, una vez identificadas como posibles víctimas, el Delegado o Subdelegado del Gobierno en la provincia en que se hubiese identificado la víctima determinará acerca de la concesión o no del periodo de reflexión y de restablecimiento<sup>463</sup>. El periodo de restablecimiento tiene como finalidad que en un plazo máximo de 30 días la víctima decida salir de la red y colaborar en la investigación contra la misma. Pasado el periodo de restablecimiento, la víctima puede optar por el retorno voluntario a su país de origen o por la autorización de residencia por circunstancias excepcionales. Esta última opción se encuentra condicionada a que el extranjero esté dispuesto a colaborar con las autoridades policiales en la persecución de la red.

Las principales críticas que la doctrina ha señalado en relación con la protección jurídica de las víctimas de trata se centran en la ausencia de protocolos sobre los procedimientos que deben seguirse en la identificación de las víctimas, así como en el corto plazo del periodo de

---

<sup>463</sup> Las ventajas de la concesión de este periodo de restablecimiento son considerables, no sólo por el hecho que durante el mismo se autorizará la estancia del extranjero en España (art. 142.6 REDYLE) y se suspenderá de manera temporal el expediente administrativo sancionador, así como si corresponde, la suspensión de la expulsión o devolución que se hubiese podido acordar por la infracción del art. 53.1 a) LODYLE (art. 142.5 REDYLE), sino también porque la concesión de este periodo supone la propuesta a la autoridad judicial competente de la puesta en libertad inmediata del extranjero en caso de que se hubiese acordado el ingreso en un Centro de Internamiento de Extranjeros. DIAZ MORGADO, C., “La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas”, en BOZA MARTINEZ, D., DONAIRE VILLA, F.J., MOYA MALAPEIRA, D., (Coords.) *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

reflexión y restablecimiento y en los problemas de coordinación entre los distintos agentes que intervienen en el proceso, así como en la poca celeridad de los procedimientos ante la oficina de extranjería<sup>464</sup>. Además, la tendencia a condicionar la obtención de la autorización de residencia a la colaboración de la víctima en la persecución de la red es, posiblemente, el aspecto más debatido por la doctrina<sup>465</sup>. En este contexto cabe valorar como positiva la puerta que abre el Real Decreto 557/2011 de desarrollo de la LODYLE para otorgar un permiso de residencia y trabajo en función de las circunstancias especiales. De acuerdo con el art. 143.1 último inciso del Real Decreto 557/2011, el delegado o subdelegado del Gobierno puede determinar de oficio la exención de responsabilidad atendiendo a la situación personal de la víctima.

El análisis relativo al status administrativo del extranjero y los procedimientos previstos en la legislación de extranjería, sin duda son fundamentales para la protección de la víctima. Sin embargo, a efectos de este trabajo adquiere una relevancia capital la asistencia que durante este período la Administración está obligada a otorgar. Así, el artículo 141.1 LODYLE establece que las autoridades al momento de identificar una potencial víctima de trata deberán *"garantizar que la misma conozca la posibilidad que le asiste de ser derivada a las autoridades autonómicas o municipales competentes en materia de asistencia social"*<sup>466</sup>

La protección social a las víctimas de trata de personas es un elemento esencial a la hora de un trato adecuado del problema. El estado de vulnerabilidad que caracteriza a las personas que padecen una situación de explotación sexual y/o laboral es indudablemente muy elevado y esto conlleva a que sin la ayuda social adecuada difícilmente se pueda romper el vínculo entre el explotador y la víctima.

---

<sup>464</sup> GARCÍA VÁZQUEZ, S., "Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: la desprotección de las víctimas", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm.10, 2008, p.231 y ss.; DIAZ MORGADO, C., "La residencia de víctimas de trata de personas ... op.cit;

<sup>465</sup> Condicionar la ayuda otorgada por el Estado así como la posibilidad de regular su situación administrativa a la colaboración con las autoridades es un elemento común en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. SADRUDDIN, J., WALTER, N., HIDALGO J., "Human trafficking in the United States: expanding victim protection beyond prosecution witnesses", in *Stanford Law and Policy Review*, 2005. p. 385; HYLAND, K "Protecting Human Victims of Trafficking. An American Framework", in *Berkeley Women's Law Journal* num 29, 2001; TIEFENBRUN, S. "Sex Slavery in the United States and the Law Enacted to Stop It Here and Abroad", in *William & Mary Journal of Women and the Law*, vol. 11, 2005.

<sup>466</sup> El ordenamiento jurídico italiano es el único que hasta el momento no condiciona la ayuda y la regularización a la colaboración. Sin embargo, la práctica seguida por las autoridades acaba introduciendo la colaboración como la piedra angular de cualquier actuación a favor de la víctima por parte de los poderes públicos. RAFFAELLI, R., The protection on trafficking victims: does criminal law really require the sacrifice of human rights?, *STALS, Research paper n.13/2008, Sant'anna Legal Studies*, Pisa, 2008.

En el ámbito europeo cabe destacar la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, en el cual se establece la obligación para los Estados de otorgar asistencia social a las víctimas. De acuerdo con el art. 11 los Estados *“proporcionarán a la víctima (...) al menos un nivel de vida capaz de asegurar su subsistencia mediante medidas como, por ejemplo, la prestación de un alojamiento apropiado y seguro y asistencia material, tratamiento médico necesario, incluida asistencia psicológica, asesoramiento e información y servicios de traducción e interpretación, en su caso”*<sup>467</sup> ..

A nivel nacional, el Plan Estatal contra la trata de personas incorpora diversas medidas que buscan mejorar la atención a las víctimas<sup>468</sup>. Las actuaciones previstas son, entre otras, la elaboración de guías informativas dirigidas a los profesionales como instrumento básico para optimizar la eficacia en la atención que se ofrece; facilitar a la víctima los conocimientos que permiten una atención adaptada a cada situación y una derivación a los servicios más idóneos; priorizar los programas de las Organizaciones no gubernamentales que incluyan la actuación de mediadores interculturales en labores de ayuda a las víctimas y facilitar la inserción laboral durante el periodo de reflexión. Desde la perspectiva competencial, siendo los servicios sociales una competencia autonómica, las actuaciones previstas en la LODYLE como el Plan Estatal, deberán estar orientadas por lo que determine la legislación de servicios sociales de las Comunidades autónomas y, en todo caso, el desarrollo de las medidas que incorpora el Plan Estatal deberán realizarse por medio de convenios y/u otras formas de colaboración entre el Estado y las Comunidades.

---

<sup>467</sup> En la Directiva 2004/81/CE sobre Trata de Personas ya se apostaba por incorporar el sistema de protección social dentro de los derechos reconocidos a las víctimas. De acuerdo con el art. 7 *“Los Estados miembros velarán por que los nacionales de terceros países interesados que no posean suficientes recursos disfruten de un nivel de vida que les garantice la subsistencia y el acceso a tratamiento médico de urgencia. Los Estados miembros satisfarán las necesidades especiales de los más vulnerables, incluyendo, en su caso y si así lo dispone su legislación nacional, la asistencia psicológica, traducción e interpretación, y asistencia jurídica gratuita”*.

<sup>468</sup> Como antecedente al Plan Estatal sobre Tráfico de personas se encuentra el IV Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades vigente hasta 2006. En éste figuraban las siguientes actuaciones: difundir, entre las mujeres víctimas de trata para la explotación sexual información sobre sus derechos y los recursos sociales a los que pueden acceder; impulsar la creación de plazas de acogida, en la red de centro existentes, para las mujeres víctimas de trata para la explotación sexual; realizar una campaña de sensibilización dirigida a la sociedad, en general, sobre la vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres que ejercen la prostitución y de las víctimas de trata para la explotación sexual.



Teniendo en cuenta que las víctimas de trata de un colectivo altamente vulnerable, en principio todos los servicios que tengan como finalidad su protección asistencial deberían incorporarse como los servicios que se otorgan con independencia de la situación administrativa del inmigrante. Ahora bien, un recorrido por la normativa autonómica que desarrolla el sistema de servicios sociales lleva a concluir que el sistema autonómico no contiene ni en sus leyes generales, ni en la regulación específica, prestaciones dirigidas a las víctimas de trata. Sólo destaca la cartera de servicios sociales catalana que prevé, aunque dentro de un marco general de servicios, asistencia social para este colectivo.

Así, el *Decreto 142/2011 por el cual se aprueba la cartera de servicios sociales de Cataluña 2010-2011* incluye el servicio de atención y acogida de urgencia<sup>469</sup>, los servicios de acogida y recuperación<sup>470</sup>, los servicios de piso con ayuda<sup>471</sup> y los servicios de piso puente<sup>472</sup> como prestaciones a las cuales pueden acceder las víctimas de tráfico y explotación sexual, así: *“titulares de la prestación las mujeres que sufren cualquier forma de violencia machista en el ámbito de la pareja, el ámbito familiar o el ámbito social o comunitario en la manifestación de agresiones sexuales, de trata y explotación sexual, de mutilación genital femenina o riesgo de sufrirla y de matrimonio forzado”*.

La inexistencia de un sistema público de protección social especializado conlleva a que la cobertura social de las víctimas se preste mediante la red de servicios sociales básicos. En este contexto se hacen extensibles las consideraciones apuntadas anteriormente con relación a los los jóvenes extutelados. Por vía de los servicios básicos no incorporan las respuestas especializadas imprescindibles en una situación tan grave como la trata de personas, tales como: servicios de acogida, la vivienda provisional, la asistencia psicológica y el asesoramiento judicial y laboral.

---

<sup>469</sup> Serveis que faciliten acolliment temporal, de curta durada, a les dones que estan o han estat sotmeses a situacions de violència masclista i, si és el cas, a les seves filles i fills, amb la finalitat de garantir la seguretat personal. Així mateix, han de facilitar recursos personals i socials que permetin una resolució de la situació de crisi.

<sup>470</sup> Serveis especialitzats, residencials i temporals, que ofereixen acolliment i atenció integral per a possibilitar el procés de recuperació i reparació a les dones i a les seves filles i fills dependents, que requereixen un espai de protecció a causa de la situació de risc motivada per la violència masclista, vetllant per la seva autonomia.

<sup>471</sup> El pis de suport és un servei d'acolliment temporal destinat a les dones i els seus fills i filles a càrrec, que es troben en situació de violència masclista, que han hagut d'abandonar el domicili familiar i que disposen de recursos personals i econòmics per a plantar cara a aquesta situació però amb el suport personal, psicològic i jurídic de professionals del servei.

<sup>472</sup> Els pisos pont són serveis d'acolliment temporal de continuació del procés iniciat als serveis d'acolliment amb l'objectiu de continuar el pla de treball amb la dona i els seus fills i filles, i facilitar la plena integració sociolaboral, mitjançant un suport personal, psicològic, mèdic, social, jurídic i d'oci, portat a terme per professionals especialitzats.

El tercer sector es el actor más relevante en este campo. En 2005 se constituyó la Red Española contra la Trata de Personas con el objetivo de luchar contra éste fenómeno en España, así como de proteger los derechos humanos de las víctimas. Esta red aglutina al conjunto de asociaciones, ONG's y otras entidades del tercer sector que actúan en el campo de la protección a la víctima, contando con la colaboración de instituciones autonómicas y locales. La red elaboró una "guía para la identificación de derivación de víctimas", donde a rasgos generales se asesora con relación al trato que debe recibir una potencial víctima y se detallan los servicios que ofrecen desde el tercer sector para cubrir las necesidades de apoyo de las víctimas. De acuerdo con la guía estos servicios que se prestan son: información, acceso a alojamiento adecuado y seguro, cobertura de necesidades básicas, asistencia médica y psicológica, asesoramiento legal, retorno voluntario, formación y apoyo para la búsqueda de empleo. La prestación de servicios sociales que las entidades realizan en la mayoría de los casos implican un informe sobre el nivel de urgencia y vulnerabilidad de la víctima y, en función a esta valoración, se otorgan prestaciones tan fundamentales como la acogida.

La presencia de entidades sociales dedicadas en exclusiva a la atención social de las víctimas es realmente ínfima en relación con la magnitud del problema. La Red Española contra la trata de personas la conforman un total de 23 entidades. Sin embargo, sólo un total de 5 entidades tienen un programa específico para atender a esta problemática, donde lo más destacados son el programa de Actuación Integral contra la Trata y el Tráfico de Personas de Accem y el SICAR que prestan servicios de acogida urgente y a largo plazo, recuperación y apoyo psicológico y jurídico. Ahora bien, la implicación por parte de las administraciones y de la sociedad es aún menor, el catálogo de prestaciones y servicios varía en función de cada entidad y la cobertura territorial es bastante limitada.

Por otra parte, cabe destacar la inexistencia de datos o estadísticas sobre la intervención de las entidades sociales, lo que impide realizar una valoración del alcance de la actuación del tercer sector, la cobertura real de las necesidades asistenciales de las víctimas y, correlativamente, un análisis de mayor profundidad y rigurosidad sobre el tema. Las entidades sociales no elaboran informes sobre la protección prestada a las víctimas de trata, las prestaciones que otorgan, el número de personas que solicitan ayuda, el número de ayudas que efectivamente prestan<sup>473</sup>. Se puede estimar que, al igual que la red pública de servicios sociales, las víctimas

---

<sup>473</sup> Únicamente la entidad Proyecto Esperanza señala en su Informe de protección social de las víctimas que en 2010 atendió un total de 94 mujeres. *Memoria de actuaciones Proyecto esperanza*, 2010.

acceden al conjunto de servicios sociales que las entidades del tercer sector tienen abiertos a todos los inmigrantes, refugiados y asilados que se encuentran en una situación de vulnerabilidad. El análisis de esta actuación es igualmente difícil pues las memorias de las entidades sociales no clarifican los protocolos de acceso, las prestaciones, el número de demandas recibidas y el número de prestaciones efectivamente realizadas.

Junto con los problemas que plantea una adecuada protección con recursos escasos cabe también mencionar la ausencia de protocolos de derivación de las víctimas. Desde el punto de vista del art. 34 LODYLE tras la identificación de una persona como posible víctima de trata, las autoridades policiales deberán derivarlas hacia los servicios sociales. Sin embargo, se desconocen datos sobre la derivación. De acuerdo con el *Informe sobre el Plan de Trata a de 2010*, 1.301 víctimas fueron identificadas a lo largo de 2009, pero se desconoce el número real de víctimas que fueron remitidas a las organizaciones no gubernamentales para la atención<sup>474</sup>. No se tiene claro cual es el nivel de coordinación e incluso de conocimiento entre las red de servicios sociales, públicos o ONG's y las fuerzas de seguridad del Estado<sup>475</sup>.

La inexistencia de protocolos de derivación tanto para las autoridades estatales como para las entidades sociales, se presenta como uno de los principales problemas a la hora de otorgar y garantizar una derivación real y efectiva hacia los servicios sociales. Además, la red de servicios sociales esta centralizada en grandes ciudades y no ofrece programas especiales y las necesidades de las víctimas acaban siendo cubiertas, en el mejor de los casos, por los servicios sociales generales (información, acogida, ayudas económicas). La red de servicios sociales pública y privada debe ofrecer un nivel de protección a la víctima mayor del que le ofrece la red (vivienda y trabajo) de no ser así será frecuente, como lo es actualmente, que la víctima tras ser acogida por las autoridades policiales o por los servicios sociales vuelva a la red de trata.

---

<sup>474</sup> *Report on the implementation of anti-trafficking policies and interventions in the 27 EU Member States from a human rights perspective (2008 and 2009)*, On the Road, ACCEM, ALC, La Strada International, Italia, 2011.

<sup>475</sup> El Informe anual sobre trata de personas del Departamento de Estado norteamericano señala que "NGOs continued to report serious concerns with a lack of formal cooperation with the immigration authorities responsible for identification and referral of victims in Spain". *Trafficking in Person Report*, US Department of State, 2011, p.332.

### 3. Las prestaciones económicas

Las prestaciones económicas son asignaciones dinerarias cuya finalidad es solventar los estados de necesidad derivados de la carencia de recursos, facilitando la satisfacción de las necesidades básicas, al tiempo que, algunas de ellas, favorecen la inserción de determinados colectivos. Las prestaciones se dividen en: los ingresos o Rentas Mínimas de Inserción y las prestaciones destinadas a atender situaciones de emergencia social.

#### 3.1 Las ayudas económicas de emergencia social

Las prestaciones destinadas a atender situaciones de emergencia social surgen al constatar que la aparición de situaciones imprevistas en colectivos con ingresos insuficientes provocaba la imposibilidad de atender aspectos esenciales de la vida diaria. Por lo tanto, su implantación tiene por objeto resolver determinadas situaciones que se generan por necesidades concretas y específicas, las cuales pueden afectar tanto el ámbito de los ingresos como el de los gastos sobrevenidos<sup>476</sup>. Se caracterizan por ser prestaciones no periódicas (a excepción del País Vasco) y sin exigencia de contraprestaciones del beneficiario. La concesión de estas prestaciones están sujetas a disponibilidad presupuestaria y, por lo tanto, pese a existir la situación de necesidad la administración puede denegar la ayuda.

A modo de ejemplo cabe mencionar la *Ley catalana 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico*, las ayudas de emergencia social se configuran como prestaciones económicas de urgencia social que tienen la finalidad de atender situaciones de necesidades puntuales, urgentes y básicas, de subsistencia, como la alimentación, el vestido y el alojamiento. Estas prestaciones se financian con cargo a los presupuestos de los entes locales, de acuerdo con las competencias que tienen en el ámbito de los servicios sociales de atención primaria.

Los supuestos de necesidad cubiertos por estas prestaciones son realmente diversos y varían en función de cada territorio y cada municipio. A modo de ejemplo, la Ordenanza municipal de emergencia social del Ayuntamiento de la Coruña señala que dichas ayudas cubren los siguientes supuestos:

---

<sup>476</sup> GARCÉS SANAGUSTÍN, A., *Las prestaciones económicas en el ámbito de la protección asistencial*, Cedes, Barcelona, 1999, p.103.

- Protección de las necesidades básicas no cubiertas por otros sistemas de protección: cobertura de necesidades básicas con carácter general (alimentos, vestuario, alojamiento y demás indispensables para el desarrollo de la vida diaria); así como gastos sanitarios: prótesis oculares, prótesis y arreglos dentales y gastos farmacéuticos y otros de análoga naturaleza.
- Ayudas de uso y mantenimiento de vivienda destinadas a fianzas para alquileres de viviendas; importes pendientes en evitación de desahucio; pequeños arreglos en vivienda habitual, cuando éstos se consideren imprescindibles para la permanencia en el domicilio; o limpiezas y desescombros en viviendas.
- Desarrollo de actividades de inserción socio-laboral, asistencia a cursos de formación: matrículas, material y transporte.
- Atención al menor en la cual se sufragán gastos de actividades extraescolares, comedor escolar o libros y material escolar.
- Otros gastos excepcionales, valorados por los técnicos municipales de servicios.

Siguiendo el marco de la LBRL, art. 26.1 c, “*Los Municipios por sí o asociados deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes (...) prestación de servicios sociales*”. Las leyes de servicios sociales de las Comunidades autónomas han descentralizado la gestión de las ayudas de emergencia social a los municipios. Algunas Comunidades parecen derivar la gestión de la prestación bajo un genérico “*corresponde a los municipios la prevención de situaciones de riesgo o exclusión y el desarrollo de intervenciones que faciliten la incorporación social*”. Este es el caso de Andalucía, Castilla Leon, Castilla la Mancha, Cantabria y Galicia<sup>477</sup>. Otras Comunidades hacen expresa referencia a que corresponde a los

<sup>477</sup> Así, *Ley 2/88, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía* en su art. 19.2.c establece que es competencia de los ayuntamientos la ejecución y gestión de programas y prestaciones económicas que pudiera encomendarle el Consejo de Gobierno. La *Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha* establece en su art.59f que corresponde a los Ayuntamientos gestionar las prestaciones del catálogo correspondientes al nivel de atención primaria de acuerdo a los estándares de calidad contenidos en el mismo. La *Ley 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales de Castilla León* señala en su art.70 que corresponde a las entidades locales que ejerzan competencias en materia de servicios sociales la prevención de situaciones de riesgo o exclusión social y el desarrollo de intervenciones que faciliten la incorporación social. La *Ley de Cantabria 2/2007 de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales* señala en su art.70.g que corresponde



municipios la gestión de las ayudas económicas que tienen como finalidad la integración de las personas. Este es el caso de Aragón, Canarias, Extremadura, Valencia y Madrid<sup>478</sup>.

La dotación económica de estas prestaciones se garantiza a través de los convenios que anualmente firma el Estado central en el marco del Plan Concertado de Prestaciones Básicas. Si bien las ayudas de emergencia social son una prestación que se incluye en todas las leyes de servicios sociales, tan sólo cuatro Comunidades autónomas han emitido una norma donde se regula la prestación. Una de ellas es Castilla la Mancha mediante el *Decreto 179/2002, de 17 de diciembre, en lo referente al Ingreso Mínimo de Solidaridad, Ayudas de emergencia social y prestaciones económicas a favor de colectivos desfavorecidos y de la colaboración y cooperación en materia de servicios sociales*. Cataluña regula la prestación mediante la *Ley 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico*. Cantabria desarrolla la ayuda en la *Ley de Cantabria 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales*. País Vasco, *Ley 18/2008, de 23 de diciembre, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social*.

Con relación al acceso a las ayudas, el art. 10 del Decreto 179/2002 de Castilla la Mancha exige, además de la carencia de recursos económicos, la residencia de al menos un año previo a la solicitud. Por su parte, el art.30.2 de la Ley catalana 13/2006 señala que pueden ser beneficiarias de las prestaciones de urgencia social las personas individuales y las que forman parte de una unidad familiar o de una unidad de convivencia si son residentes, viven o se encuentran en un municipio de Cataluña. En cuanto a la Ley de Cantabria 2/2007 el acceso

---

a las entidades locales la prevención de situaciones de riesgo o exclusión social y el desarrollo de intervenciones que faciliten la incorporación social. La *Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia* fija en el art.60.1 que corresponden a los ayuntamientos las competencias sobre la creación, gestión y mantenimiento de los servicios sociales comunitarios básicos.

<sup>478</sup> Este es el caso de la *Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón* que en su art. 48.1e) establece que son competencias de los municipios gestionar las ayudas de urgencia en los municipios de más de veinte mil habitantes. La *Ley 9/1987, de 28 de abril, de Servicios Sociales de Canarias* señala en el art. 13.1h) que corresponde a los Ayuntamientos gestionar prestaciones económicas y colaborar en lo que reglamentariamente se establezca en la gestión de las prestaciones económicas y subvenciones de los Cabildos y la Comunidad Autónoma en lo que se refiere a servicios sociales en su ámbito municipal. La *Ley 5/1987 de 23 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura* dicta en el art.20.4 que son competencias de los ayuntamientos, entre otras, la gestión de las prestaciones económicas no periódicas en las condiciones que reglamentariamente se establezcan. La *Ley 5/1997, de 25 de junio, por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales en el Ámbito de la Comunidad Valenciana* señala en el art. 6.1g que corresponde a las entidades locales municipales, comarcas y entidades supramunicipales la gestión de los programas y de las ayudas económicas que le pueda encomendar la Administración de la Generalidad, según se determine mediante acuerdo de ambas. La *Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid* en el art. 16 relativo a las competencias de los Municipios establece que a ellos les corresponde la concesión de las prestaciones económicas individuales de emergencia social y de ayudas económicas temporales que tengan por objeto la integración personal.

por parte de la población inmigrante se remite a la Ley de extranjería y a los Tratados internacionales.

Al tratarse de una prestación cuya gestión corresponde a los municipios, varios ayuntamientos han procedido a regular mediante ordenanzas la naturaleza, los requisitos y el procedimiento para acceder a la ayuda. Las consideraciones que pueden realizarse respecto de la regulación municipal son muy similares a las señaladas anteriormente en relación con la regulación local de la ayuda a domicilio (véase punto 1.3 apartado II del presente capítulo). El régimen de acceso de la población inmigrante varía en función de cada municipio. Las ordenanzas o bien indican la necesidad de residir legalmente en el municipio con un tiempo de antelación que oscila entre los 6 meses y el año<sup>479</sup>, o bien expresamente requieren el padrón municipal con residencia previa de un año<sup>480</sup>. También es frecuente que el régimen de titularidad se remita a la normativa internacional<sup>481</sup> u omitir cualquier referencia a la residencia legal, señalando únicamente la residencia o permanencia y, posteriormente, en el listado de requisitos y documentación a aportar se hable de Documento Nacional de Identidad, sin hacer referencia alguna al NIE<sup>482</sup>.

Nuevamente, la referencia exclusiva al DNI no tiene porque implicar un principio de exclusión a la población inmigrante para tener acceso a esta prestación. Sin embargo, implica por una parte que la normativa sectorial no refleja la realidad migratoria y, por otra parte, deja puertas abiertas a la discrecionalidad administrativa.

---

<sup>479</sup> Ordenanza municipal de emergencia social del Ayuntamiento de la Coruña; Ordenanza reguladora de las ayudas de emergencia social en ayuntamiento de Daganzo; Convocatoria para la concesión de ayudas económicas a personas en situación de urgente necesidad o emergencia social para el año 2011, entre otras.

<sup>480</sup> Ordenanza Reguladora del Ayuntamiento de León, del 1 de febrero de 2008, de las Ayudas de Emergencia Social; Ordenanza Reguladora del Ayuntamiento de Vitoria del 11 de junio de 1999 Programa de Prestaciones Municipales; Ordenanza municipal reguladora del procedimiento de gestión y concesión de ayudas de emergencia social. Ayuntamiento de Arnero; Ordenanza reguladora de las ayudas económicas y municipales para la atención de necesidades sociales del Puerto de Santa María, entre otras.

<sup>481</sup> Ordenanza específica reguladora de las Prestaciones Económicas para situaciones de Especial Necesidad y/o Emergencia Social del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, entre otras.

<sup>482</sup> Reglamento Municipal del Ayuntamiento de Zaragoza, de 24 de febrero de 1994 para la aplicación de las Ayudas de Urgencia; Ordenanza municipal de 2009 del municipio de Manises reguladora de las prestaciones económicas individualizadas de servicios sociales; Ordenanza del Ayuntamiento de Murcia reguladora de ayudas económicas municipales para la atención de necesidades sociales 2003; Ordenanza municipal del Ayuntamiento de Tinajo 13 de noviembre de 2009, reguladora de las ayudas de emergencia social; Reglamento de emergencia social del Ayuntamiento de Rincón del Soto, entre otras.

El plazo de residencia se excepciona en algunos casos para los supuestos de mujeres víctimas de violencia de género, personas acogidas en recursos de alojamiento institucional y transeúntes<sup>483</sup>.

El SIUSS 2009 el total de usuarios del servicio complementario para la cobertura de necesidades de subsistencia fue de 576.283 usuarios, cifra que representa el 22,25% del total de servicios del Plan Concertado de Prestaciones Básicas; sin embargo, no discrimina en función de la población beneficiaria y, por lo tanto, es difícil saber la presencia de la población inmigrante<sup>484</sup>. Por su parte, el *Informe del Gobierno Vasco* señala que la población no nacional supone un 23% del total de beneficiarios de las ayudas de emergencia social y, por lo tanto, en este conjunto de prestaciones, al menos en el País Vasco, la población inmigrante tiene un impacto superior a su peso migratorio<sup>485</sup>.

Teniendo en cuenta que en este tipo de ayudas los intereses en juego son la integridad de las personas, las ayudas que tienen como destinación la alimentación y el vestuario, en situaciones de necesidad deben darse a toda la población con independencia de su situación administrativa. Con relación a otro tipo de ayudas relacionadas con la vivienda y el cuidado de menores en virtud de la situación de necesidad que tiene origen en la prestación y en su naturaleza excepcional, el documento a solicitar debería ser el padrón municipal. En cuanto a las prestaciones, cuyo objetivo es la integración laboral, el permiso de residencia y trabajo resultan ser un requisito necesario. Ahora, si la prestación tiene un carácter permanente o complementario de las rentas, como es el caso del País Vasco, entonces la residencia puede entenderse como un requisito razonable.

La regulación que las Comunidades autónomas y municipios han realizado respecto de esta prestación es uno de los ejemplos que mejor puede indicar la imposibilidad de compatibilizar el art. 14 de la LODYLE y el sistema de servicios sociales. Según la legislación autonómica, en gran medida impulsada por el Plan concertado de servicios sociales, las ayudas de emergencia social son una prestación que forma parte de los servicios y prestaciones básicas o generales que conforman el sistema autonómico de servicios sociales. Además, resulta ser una ayuda dirigida a toda la población y no un colectivo específico. En este sentido, si se interpreta,

---

<sup>483</sup> Ordenanza del Ayuntamiento de Murcia, reguladora de ayudas económicas municipales para la atención de necesidades sociales, entre otras.

<sup>484</sup> Sistema de Información de Usuarios de Servicios Sociales ... op.cit., p.14.

<sup>485</sup> Impacto económico de la inmigración extracomunitaria.... op.cit., p.102.

como lo ha hecho gran parte de la doctrina española, que el término “servicios básicos” hace referencia a las prestaciones básicas de los servicios sociales, esta prestación tendría que reconocerse en el ordenamiento autonómico a toda la población con independencia de su situación administrativa. Sin embargo, un buen número de ordenanzas requieren la residencia legal de los beneficiarios. Las Comunidades autónomas solicitan indistintamente el empadronamiento, la residencia legal o remiten a la legislación de extranjería o internacional, sin que el art. 14 LODYLE implique una norma que otorgue un parámetro respecto del acceso a las prestaciones.

### 3.2 Las Rentas Mínimas de Inserción

La Renta o Ingreso Mínimo de inserción nace en Europa como una técnica compensatoria que busca responder ante la situación social creada por la crisis del denominado modelo fordista, el cual dejaba sin protección a aquellos que se encontraban fuera del mercado laboral. En un contexto de desempleo estructural, donde el modelo de protección social se encuentra muy vinculado a la condición de trabajador, sucede que una parte de la población queda excluida del bienestar, creando espacios de la pobreza<sup>486</sup>.

A través de esta prestación, de naturaleza universal, se otorga un subsidio de tipo económico a las personas laboralmente activas, pero que se encuentran fuera del mercado laboral. El principal objetivo de las rentas mínimas es evitar que estas personas o familias caigan en una situación de exclusión social y la principal diferencia respecto de las prestaciones sociales existentes es su desvinculación de las cotizaciones previas del sistema de seguridad social.

El modelo español de rentas mínimas se caracteriza por ser un sistema de protección impulsado desde las autonomías y muy cercano al modelo francés. La primera Comunidad autónoma que introduce esta prestación es el País Vasco, en el marco del Plan Integral de

---

<sup>486</sup> En términos generales el modelo protección social europeo, ya sea más cercano a modelo universalista de Beveridge ya sea más cercano al sistema profesional contributivo de Bismarck, se caracteriza por su fundamento laboral-prevencionalista. Bajo esta cualificación se quiere subrayar la existencia de una protección en la que el mercado detenta una posición central, puesto que proporciona el soporte material y el fundamento a los derechos, y a través de las correspondientes contribuciones, posibilitan el acceso a los mecanismos de cobertura de riesgos. MAESTRO BUELGA, G., y GARCIA HERRERA, M.J., *Marginación, Estado Social y Prestaciones autonómicas*, Cedes, Barcelona, 1999. p.162 y ss. Los autores critican que tal y como se han configurado los Ingresos Mínimos de Inserción son prestaciones que siguen abordando la cuestión como una excepción en la protección, en el marco de la lucha contra la pobreza, lo que les dota de una perspectiva asistencial *strictu sensu* que los aleja de la concepción universalista.

Lucha contra la Pobreza de 1989<sup>487</sup>. Posteriormente, se suman el resto de Comunidades autónomas. En el año 1994 se cierra la etapa de creación de las rentas autonómicas con la aprobación del programa de Renta Mínima de Inserción por la Comunidad autónoma de Aragón<sup>488</sup>. Al igual que el modelo francés, los ingresos mínimos se configuran como una prestación social que se otorga a los ciudadanos y en contraprestación éstos deberán asumir un contrato o programa de inserción laboral<sup>489</sup>. Así, la finalidad de la prestación es garantizar a las personas o unidades familiares, un nivel mínimo de ingresos que les permita solventar sus necesidades básicas e impulsar su inserción laboral por medio de un contrato de inserción<sup>490</sup>.

En cuanto a la naturaleza de la prestación parece haber un acuerdo en la doctrina que se está delante de un derecho subjetivo<sup>491</sup>. La regulación autonómica de las Rentas Mínimas de Inserción detalla las situaciones que pueden motivar la concesión de la prestación y además reconocen el derecho a reclamar judicialmente en caso de denegación de la misma<sup>492</sup>. Probablemente, las limitaciones presupuestarias a la que están sujetas los ingresos sociales sea uno de los elementos que más les aleja de su reconocimiento como derecho subjetivo. A modo de ejemplo: el art. 28 de la *Ley aragonesa 1/1993, de 19 de febrero, de Medidas Básicas de Inserción y Normalización Social* señala “La Diputación General podrá adoptar las medidas que considere precisas para acomodar la ejecución de los programas a sus

---

<sup>487</sup> Los antecedentes de la renta mínima pueden situarse en el Programa de Prestaciones Económicas de Asistencia Social y de Oferta de Empleo Social adaptado del Gobierno de Navarra en 1985 o programas de ayuda económica de algunos ayuntamientos a lo largo de los años ochenta. También se habían hecho diferentes propuestas en la línea de ampliar las prestaciones asistenciales como la ampliación de ayudas asistenciales por parte de la Dirección General de Aragón o la creación de sistemas de mínimos sugerida por el partido Unió Democràtica de Catalunya en 1987. ARRIBA, A., *Procesos de implantación de políticas de rentas mínimas de inserción en España*. Madrid, Unidad de Políticas Comparadas, CSIC, 1999, p.9

<sup>488</sup> AGUILAR, M., GAVIRIA, M., y LAPARRA, M., *La caña y el pez. El salario social en las Comunidades Autónomas 1989-1994*. Madrid, 1995, Fundación FOESSA.

<sup>489</sup> Francia, que regula su renta Mínima de Inserción en 1988, aporta una novedad sustancial que consiste en establecer una finalidad para la ayuda asistencial concedida, ligándola estrechamente a la reinserción del beneficiario al mercado de trabajo. Lo que de alguna forma estaba presente expresa o implícitamente en el resto de los sistemas europeos, se convierte en el modelo francés de renta mínima –en este caso se puede utilizar con mayor propiedad la expresión “modelo francés”, puesto que servirá de inspiración a las regulaciones autonómicas. MAESTRO BUELGA, G., y GARCIA HERRERA, M.J., *Marginación, Estado...* op.cit., p.178

<sup>490</sup> BELTRAN AGUIRRE, J.L., “Los servicios sociales”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm.57, 2000, p.129

<sup>491</sup> GARCES SANAGUSTÍN, A., *Prestaciones sociales, función administrativa y derechos de los ciudadanos*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, p.190; MAESTRO BUELGA, G y GARCIA HERRERA, M.J., *Marginación, Estado...* op.cit., p.178.

<sup>492</sup> A modo de ejemplo el art.26 de la Ley 9/2007 de la Comunidad Valenciana: “Contra la resolución que haya recaído respecto a la renta garantizada, el solicitante podrá interponer los recursos que sean procedentes en atención a lo dispuesto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ante el Conseller competente en materia de acción social. La resolución que ponga fin a la vía administrativa será revisable ante la jurisdicción contencioso-administrativa”.



*limitaciones presupuestarias*”. Bajo esta limitación, presente en buena parte de las leyes autonómicas, se otorga un espacio de discrecionalidad en principio incompatible con la naturaleza reglada de los derechos subjetivos. Sin embargo, tal y como ha señalado la doctrina, entender el poder discrecional que se otorga a la administración como un elemento constitutivo de la prestación, tiene el peligro de llevar a posiciones más conservadoras, donde se fija anualmente un presupuesto determinado y se condiciona de esta forma el número de prestaciones otorgadas<sup>493</sup>.

La redacción de las leyes autonómicas no se inscribe en las pautas voluntaristas de la beneficencia, sino que acoge principios más cercanos al Estado social, tales como la garantía de los derechos y la obligación de los poderes públicos de actuar a favor de éstos. Para ilustrar este punto cabe mencionar la exposición de motivos de la *Ley 1/2001, de 17 de enero, de prestación canaria de inserción* “(...) se impone la elaboración de una norma de rango legal que establezca el derecho al acceso a la prestación, independientemente de que su materialización quede supeditada a las limitaciones de las consignaciones presupuestarias, si existe una situación de necesidad y se cumplen los objetivos exigidos y los requisitos subjetivos exigibles, y que permita reforzar el carácter integrador de la prestación, incidiendo en la consecución de empleo adecuado para los solicitantes de la prestación”.

Tras el estudio de las distintas leyes autonómicas puede decirse que, en términos generales, las principales características de las Rentas Mínimas de inserción son las siguientes<sup>494</sup>:

---

<sup>493</sup> GARCES SANAGUSTÍN “el replanteamiento de la actual implantación de los derechos subjetivos en el ámbito de la acción social no debe conducirnos a posiciones anacrónicas como la imposición de la limitación referida a las disponibilidades presupuestarias. Ello puede acabar propiciando la vuelta a determinaciones tan alejadas de la problemática de estas prestaciones, vinculada a las situaciones de necesidad, como la fijación de plazos concretos para cada año para la prestación de las correspondientes solicitudes”. GARCES SANAGUSTÍN, A., *Prestaciones sociales, función administrativa y derechos de los ciudadanos*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, p.190

<sup>494</sup> Cataluña la *Ley 10/1997, de 3 de julio, de la renta mínima de inserción*. Andalucía el *Decreto 2/1999, de 12 de enero, por el que se regula el Programa de Solidaridad de los Andaluces para la Erradicación de la Marginación y la Desigualdad en Andalucía*. Madrid la *Ley 15/2001, de 27 de diciembre, de Renta Mínima de Inserción en la Comunidad de Madrid*. Ley Valencia la *Ley 9/2007, de 12 de marzo, de la Generalitat, de Renta Garantizada de Ciudadanía de la Comunitat Valenciana*. País Vasco la *Ley 18/2008, de 23 de diciembre, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social*. Navarra el *Decreto Foral 120/1999 de 19 de abril, por el que se regula la renta básica*. Aragón la *Ley 1/1993, de 19 de febrero, de Medidas Básicas de Inserción y Normalización Social*. Castilla y León la *Ley 7/2010, de 30 de agosto, por la que se regula la renta garantizada de ciudadanía de Castilla y León*. Castilla la Mancha el *Decreto 179/2002, de 17 de diciembre de 2002, de Desarrollo del Ingreso Mínimo de Solidaridad, Ayudas de Emergencia Social y Prestaciones Económicas en favor de colectivos desfavorecidos, y de la colaboración y cooperación en materia de Servicios Sociales*. Asturias la *Ley 4/2005, de 28 de octubre, de Salario Social Básico*. La Rioja el *Decreto 24/2001, de 20 de abril, por el que se regulan las prestaciones de inserción social*. Murcia la *Ley 3/2007, de 16 de marzo, de Renta Básica de Inserción de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia*. Baleares el *Decreto 117/2001, de 28*

1. Prestación de tipo universal que tiene como beneficiarios la unidad familiar. Para acceder a la Renta Mínima de Inserción se requiere tener como mínimo 25 años y un máximo de 65. Además, se toma como referencia la unidad familiar o de convivencia. La unidad familiar comprende la pareja unida por vínculo matrimonial o pareja de hecho y las personas unidas por vínculos de consanguinidad que conviven en el mismo domicilio. Por unidad de convivencia se entiende las personas que sin tener vínculos familiares conviven en la misma residencia. La unidad familiar o de convivencia implica que dos miembros de la misma familia que residen bajo el mismo domicilio no podrán ser conjuntamente beneficiarios de la Renta Mínima de Inserción.

2. Carácter subsidiario de la prestación. La Renta Mínima se encuentra sometida a la acreditación de la insuficiencia de recursos económicos. Del ingreso mínimo se predica su carácter subsidiario o de cierre del conjunto del sistema de protección social. Esto implica que los beneficiarios no deben beneficiarse de otra prestación social y los ingresos que recibe la unidad familiar deben ser inferiores a la cuantía de la Renta Mínima. La estrecha configuración de la renta al mantenimiento de bajos ingresos de la unidad familiar supone en cierta medida fomentar la denominada trampa de la pobreza. Esto es así porque las unidades familiares renunciarán a pequeñas mejoras de los ingresos familiares que les pudieran llevar a sobrepasar los límites de renta, puesto que ello conllevaría la pérdida de la ayuda social.

3. De naturaleza periódica. El ingreso es una prestación periódica pero no indefinida, pues se concede por un determinado plazo. Transcurrido este plazo deberá apreciarse la situación actual del beneficiario para proceder a su renovación. Las Comunidades autónomas más restrictivas son por una parte Cataluña que limita a 12 meses la ayuda renovable hasta 60 meses bajo los criterios fijados por un órgano administrativo. Valencia que reconce la ayuda por el mismo tiempo, la cual se renovará sólo bajo los supuestos de discapacidad y drogodependencia. Y Murcia, donde la ayuda tiene un plazo máximo de 12 meses renovada en casos de discapacidad. En sentido contrario, País Vasco,

---

*de septiembre, por el cual se regula la Renta Mínima de Inserción. Canarias la Ley 1/2007, de 17 de enero, de Prestación Canaria de Inserción. Galicia la Ley 9/1991, de 2 de octubre, de medidas básicas para la inserción social, modificada por la Ley 16/2004, de 29 de diciembre. Cantabria la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales.*

Navarra y Cantabria renueven la prestación siempre que la situación de necesidad se mantenga<sup>495</sup>.

4. Sujeto a un programa o contrato de inserción laboral. Los beneficiarios deben comprometerse a ingresar en programas o servicios orientados a la integración en el mercado laboral y será motivo para retirar la ayuda que el beneficiario rechaze un determinado número de ofertas laborales.

Las últimas reformas llevadas a cabo sobre la Renta Mínima de inserción han ido encaminadas a restringir el número de beneficiarios de esta prestación, así como las condiciones de disfrute de la misma. La Comunidad autónoma de Cataluña mediante el *Decreto 384/2011, de 30 de agosto, de desarrollo de la Ley 10/1997, de 3 de julio, de la Renta Mínima de inserción* y la *Ley 7/2011, de 27 de julio, de medidas fiscales y financieras* incorpora unas modificaciones importantes al régimen de acceso y disfrute de la misma. Dentro de los cambios a destacar se encuentran los siguientes: se amplía en un año el tiempo de residencia previa. Tras los cambios normativos será necesario residir en Cataluña con dos años de antelación previa y no uno como fijaba la Ley catalana 10/1997 de Renta Mínima de Inserción. Además se incorpora un nuevo párrafo en el art. 4.1 d), para concretar que no se computarán como ausencias que interrumpan la continuidad de la residencia, “*las salidas del territorio catalán, previamente comunicadas al órgano que realiza su seguimiento, que no superen un mes, en un periodo de 12 meses*”.

Bajo la nueva regulación la duración máxima de la Renta Mínima será de 12 meses prorrogable hasta 60 meses. El principal problema de la modificación se encuentra en que el Decreto 384/2011 no fija los terminos de renovación y duración de las prestaciones, tal y como le habilita la Ley catalana 10/1997 de Renta Mínima de Inserción, sino que se remiten a los criterios que fije la Comisión interdepartamental de la Renta Mínima de Inserción (art.19.3). Además, la Ley 7/2011 refuerza la vinculación de esta prestación a las disponibilidades presupuestarias, así señala expresamente que “*Cuando la disponibilidad*

---

<sup>495</sup> Véase el art. del *Decreto catalán 384/2011, de 30 de agosto, de desarrollo de la Ley 10/1997, de 3 de julio, de la renta mínima de inserción*; el art. 15 de la *Ley 9/2007, de 12 de marzo, de la Generalitat, de Renta Garantizada de Ciudadanía de la Comunitat Valenciana*; el art. 11 de la *Ley 3/2007, de 16 de marzo, de Renta Básica de Inserción de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia*, esta última norma permite, transcurridos seis meses volver a solicitar la ayuda; el art. 23 de la *Ley 18/2008, de 23 de diciembre, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social del País Vasco*; el art. 14 del *Decreto Foral 120/1999 de 19 de abril, por el que se regula la renta básica* y el art. 34 de la *Ley 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales de Cantabria*.

*presupuestaria no sea suficiente para aprobar todos los ex pedientes, la Comisión Interdepartamental debe elevar una propuesta al Gobierno para determinar los criterios objetivos y no discrecionales de prelación de los expedientes” (modificación introducida al art. 11.4 de la Ley catalana 10/1997 de Renta Mínima de Inserción).*

El Dictamen emitido el 18 de agosto por el Consell de Treball, Econòmic i Social de Catalunya (CTESC), que consideraba preocupante el impacto social que podían tener las restricciones incluidas en el Decreto catalán 384/2011 de acceso a la Renta Mínima. Para el CTESC, el ahorro que comportará su aplicación, cifrado por el Gobierno autonómico en 53 millones de euros, “podría verse superado por unos costes sociales materializados en forma de sufrimiento directo de las personas afectadas, sobresaturación de las entidades e instituciones que prestan atención social, y desequilibrios en el orden de nuestra sociedad”. Asimismo, cabe recordar el Dictámen 4/2012 del Consell de Garantías Estatutarias, en el cual se señaló que la modificación introducida al art. 11.4 de la Ley catalana 10/1997 de Renta Mínima de Inserción relativa a los límites presupuestarios de las renovaciones, no puede conllevar a negación de la prestación a las personas que reúnen los requisitos fijados por la Ley para obtenerla.

En el actual contexto de crisis económica restringir el acceso a la protección asistencial no hará mas que agravar la situación de miles de familias en la Comunidad autónoma. La actual configuración de la Renta Mínima se encuentra en el último escalón de la protección social. Los términos en que se regula el acceso hacen que los beneficiarios sean personas que se encuentran en una situación económica muy precaria. Los baremos máximos de ingresos que debe tener una familia para poder recibir la renta, oscila en los 600 euros por núcleo familiar y la ayuda económica otorgada es en promedio el 70% del IPREM. La política de restringir los beneficiarios implica dejar sin protección social a un grupo de unidades familiares que si bien no están en una situación de pobreza, el riesgo de caer en ella es muy alto. En este contexto, los salarios de inserción se configuran como el eje vertebrador de la política asistencial y de inserción social de las Comunidades autónomas. Esta prestación está prevista en todos los ordenamientos autonómicos y su actual regulación la sitúa como la ayuda más reglada y cercana a un derecho subjetivo; siendo además la prestación que más se aleja de la concepción de la beneficencia y mejor cubre la multiplicidad de necesidades existentes en la población.

Tal es la capacidad de las rentas mínima de actuar contra la pobreza que justamente, en el *Informe sobre la exclusión social*, se propone como el instrumento más útil en la lucha contra la exclusión social y se recomienda el refuerzo de esta prestación<sup>496</sup>. Por otra parte, la reforma llevada a cabo por la Generalitat de Cataluña se sitúa en dirección contraria a lo señalado en el *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo C44/05/2011 sobre el tema desarrollo de las prestaciones sociales* donde se “sugiere que los Estados miembros consideren activamente una política de salario mínimo frente al creciente número de “trabajadores pobres” y hacer del trabajo una perspectiva viable para aquellos alejados del mercado laboral”<sup>497</sup>. Asimismo, el Síndic de Greuges, en su Informe anual, hace una llamada a las administraciones públicas a incrementar el gasto social, en especial en servicios sociales, para hacer frente a las situaciones de pobreza y exclusión social que está generando la actual crisis económica<sup>498</sup>.

El impacto de la inmigración sobre la Renta Mínima de Inserción es difícil de calcular. Esto es así porque no existen datos que recojan el conjunto de las autonomías. Sin embargo, siguiendo el Informe del Gobierno Vasco sobre el impacto económico de la inmigración extracomunitaria, es posible deducir que el peso de la inmigración sobre esta prestación resulta ser mayor a su peso demográfico. Según el Informe la población inmigrante representa un 23% del total de beneficiarios<sup>499</sup>.

El conjunto de leyes y normas autonómicas requieren para el acceso a la prestación la residencia. Este requisito se incluye o bien señalando explícitamente la residencia legal, como es el caso de las Comunidades Valenciana, de la Rioja y de Castilla y León, o bien por vía de la expresión “*empadronamiento y residencia continuada en la Comunidad autónoma*”, caso del resto de Comunidades. La excepción a esta regla se encuentra en la Ley asturiana 4/2005, de 28 de octubre, de Salario Social Básico, art.7.b, la cual remite la titularidad de los no nacionales a lo dispuesto en los Tratados internacionales y en la legislación de extranjería.

La única Comunidad autónoma que incluye una cláusula de flexibilización respecto de los requisitos a cumplir para el acceso a la Renta Mínima de Inserción, es Navarra. El *Decreto Foral 120/1999, de 19 de abril, por el que se regula la Renta básica*, establece que

<sup>496</sup> *Pobreza y exclusión social: Un análisis de la realidad española y europea*. Barcelona, Fundación La Caixa, colección estudios sociales, núm. 16, p.148.

<sup>497</sup> Dictamen 2011/C44/05 del Comité económico y social Europeo sobre el tema “Desarrollo de las prestaciones sociales” (DO C 44/28 de 11/02/2011).

<sup>498</sup> *Informe al Parlament 2010*, p.250.

<sup>499</sup> *Impacto económico de la inmigración extracomunitaria...* op.cit., p.104.



*“Excepcionalmente podrán ser beneficiarias de la prestación las Unidades Familiares en las que, aún no cumpliendo todos los requisitos, concurren circunstancias que las coloquen en situación de especial necesidad”*. Sin embargo, es difícil pensar que se exceptione el régimen de residencia, más cuando la ayuda tiene como finalidad la inserción laboral de los beneficiarios, siendo entonces el permiso de trabajo un requisito imprescindible.

La titularidad de la Renta Mínima corresponde a la persona a cuyo favor se concede la prestación. Sin embargo, teniendo en cuenta que es la unidad familiar la receptora de la ayuda, es decir, los beneficiarios son todas y cada una de las personas que conviven con el titular como miembros de la unidad familiar o de convivencia. La normativa autonómica extiende la residencia legal también a la residencia legal de todos los miembros de la unidad familiar.

En cuanto a los plazos previos de residencia, la mayoría de las Comunidades autónomas se sitúan entre un plazo previo de 1 y 2 años. En el primer supuesto se encuentran las Comunidades autónomas de Madrid, País Vasco, Aragón, Castilla León, la Rioja, Galicia y Cantabria. En el segundo supuesto se encuentran las Comunidades autónomas de Valencia, Navarra, Castilla la Mancha y Cataluña.

Las leyes autonómicas suelen incorporar un conjunto de supuestos que excluyen el cumplimiento previo de los años de residencia. A interés de este trabajo cabe mencionar las siguientes<sup>500</sup>. La primera, se encuentra prevista en las leyes autonómicas de las Comunidades autónomas de Madrid, Castilla León, Galicia y Cantabria donde se exceptiona el plazo de residencia a las personas beneficiarias de una prestación similar en otra Comunidad autónoma, siempre bajo la condición de reciprocidad. Esta excepción resulta ser muy positiva en la medida en que disminuye los efectos negativos que puede tener perder la Renta Mínima como consecuencia de la movilidad territorial de los beneficiarios, motivada por busca de mejores oportunidades laborales entre otras Comunidades autónomas. En este sentido, el traslado a otra Comunidad autónoma no será desmotivado por el temor a perder la ayuda de inserción o por la imposibilidad de trasladarse dada la carencia de recursos. Sin embargo, el reconocimiento de la prestación no es automático y está sujeto al principio de reciprocidad,

---

<sup>500</sup> El requisito de la residencia previa se exceptúa para los emigrantes empadronados y las mujeres víctimas de violencia de género que se han trasladado de Comunidad autónoma y a las cuales se les ha emitido una orden de protección, así mismo la Comunidad autónoma de Castilla León excluye la residencia previa a quienes se encuentren en un estado de necesidad.

para lo cual será necesario la firma de convenios de colaboración. Hasta el momento no se conoce la firma de ninguno.

La segunda excepción se encuentra en la *Ley 7/2010, de 30 de agosto, por la que se regula la Renta garantizada de ciudadanía de Castilla León*. Esta norma exceptúa, en el art.10.3, del plazo de residencia a los extranjeros refugiados o con solicitud de asilo en trámite, así como a los que tengan autorizada su estancia por razones humanitarias. Esta distinción podría ser extensible a todo el ordenamiento autonómico, en especial para los casos de menores extutelados por las organismos de protección y las víctimas de trata.

De manera particular cabe apuntar la regulación prevista en la *Ley 3/2007, de 16 de marzo, de Renta básica de Inserción de la Comunidad Autónoma de Murcia*. Según el art. 7.2.1: *“Podrán ser titulares de la Renta básica de Inserción, en las condiciones previstas en la presente ley, las personas que cumplan los siguientes requisitos:*

- a) Residir legalmente en territorio español y haberlo hecho el tiempo que se determine reglamentariamente, que no podrá ser inferior a cinco años.*
- b) Estar empadronado en un municipio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y tener residencia efectiva por el tiempo que se determine reglamentariamente, que no podrá ser inferior al año inmediatamente anterior a la formulación de la solicitud”.*

En primer lugar, resulta cuestionable la remisión al reglamento prevista en la Ley. El tiempo de residencia previo resulta ser un requisito esencial del cual depende el acceso a la prestación y, por lo tanto, debe regularse en una norma con rango legal. Este tipo de remisiones otorga un amplio margen al ejecutivo, el cual podrá discrecionalmente incorporar un número de años de residencia previa sin ninguna restricción, mas cuando la ley fija solamente un mínimo y no máximos de residencia. Este misma crítica resulta extensible a la Ley 15/2001, de 27 de diciembre, de Renta Mínima de Inserción en la Comunidad de Madrid, la cual remite el plazo de residencia al reglamento, señalado simplemente que éste no podrá ser inferior a 1 año.

En segundo lugar, la residencia de 5 años en territorio español es un requisito pensado exclusivamente para restringir el acceso a población no nacional, pues será este colectivo el que carezca de dicho requisito. Por una parte, la Comunidad autónoma extiende el plazo a

todo el territorio español y, por lo tanto, puede estar extralimitándose del ámbito territorial que le corresponde en el ejercicio de sus competencias. Por otra parte, se introduce como un requisito aparentemente neutro, puesto que es exigible a toda la población, pero quienes carecerán de este plazo de residencia será la población inmigrante. En últimas instancia, el objetivo de la ley es restringir el número de potenciales beneficiarios de las Rentas Mínimas de Inserción. Además, la diferencia: 5 años en territorio español y 1 en territorio de la Comunidad autónoma, resulta desproporcionada. En este sentido, los plazos que legítimamente puede introducir una Comunidad autónoma deben ser generales, dirigidos a toda la población (nacional y residente) y aquellos que sean demasiado amplios, como es el caso, pueden clasificarse como una discriminación indirecta. Volviendo a lo descrito en el punto 2.4 del apartado III del capítulo segundo, no resultan conforme al principio de igualdad aquellos plazos que van específicamente dirigidos a evitar o dificultar el disfrute de una prestación social por parte de un no nacional que goza de la residencia legal en territorio español, mas cuando no existe un criterio razonable que justifique dicha diferencia de trato.

Otra de las cuestiones a tratar en relación con el acceso a la Renta Mínima es la unidad de convivencia como criterio para valorar el otorgamiento de esta prestación social. Las Rentas Mínimas de inserción tienen como titular la persona a la cual se le adjudica la ayuda y como beneficiarios a las personas que conviven con el titular como miembros de la unidad familiar o convivencial. En el supuesto en que una persona miembro de la unidad de convivencia sea beneficiario de un ingreso social, implica la imposibilidad para cualquier otro miembro de acceder a dicha ayuda; asimismo, son los ingresos de toda la unidad de convivencia los que se tienen en cuenta para determinar el grado de necesidad o la ausencia de recursos económicos.

Como ya se señaló la unidad familiar se encuentra formada por el titular, su pareja civil o de hecho, así como las personas unidas a este por consanguinidad. La unidad de convivencia la conforman aquellas personas que sin estar unidas por ningún vínculo de consanguinidad, conviven en un mismo domicilio. Si bien hasta el momento era difícil que dos personas que compartían domicilio solicitaran una Renta Mínima de Inserción, como consecuencia de la crisis económica es muy posible que el número de familias/personas no unidas por consanguinidad que comparten vivienda tengan la necesidad de acceder a esta prestación. Dadas las características propias de los procesos migratorios, en especial la ausencia de vínculos familiares, una parte de la población inmigrante comparte unidad de convivencia sin que existan nexos de consanguinidad. Esta circunstancia, aunque no sólo predicable

exclusivamente de la población extranjera, deja sin acceso a núcleos convivenciales en situación de necesidad o puede incentivar el fraude en datos como el padrón municipal con el fin de poder acceder a estas prestaciones. Por otra parte, esta situación se hace más grave cuando, como se analizó en el punto 1.2.1 del apartado II del capítulo segundo la titularidad de una Renta Mínima de Inserción permite la renovación del permiso de residencia y trabajo tanto del titular como de los beneficiarios.

## CAPÍTULO CUARTO

### DEBATES PENDIENTES DE LA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL EN SERVICIOS SOCIALES

#### I. LA COMPETENCIA ESTATAL SOBRE INMIGRACIÓN Y LOS SERVICIOS SOCIALES

##### 1. Estado de la cuestión y propuestas desde el derecho comparado

Durante el 2009 el Comité de las Regiones de la Unión Europea fue especialmente activo en la tarea de evidenciar el protagonismo de los municipios y regiones en materia de inmigración. Prueba de tal dinamismo fue la elaboración de dos dictámenes; el primero, a iniciativa de parte titulado *“Los entes regionales y locales en primera línea de las políticas de integración”*<sup>501</sup>; el segundo, a iniciativa de la comisión titulado *“reforzar el planteamiento global de la migración: aumentar la coordinación, la coherencia y las sinergias”*<sup>502</sup>. El Comité evidencia una realidad patente en todos los Estados descentralizados: “los entes locales y regionales están en primera línea a la hora de elaborar, aplicar, evaluar y supervisar la política de migración, por lo que se les debería considerar agentes centrales de su desarrollo”. Asimismo, afirma que éstos en función de sus competencias, en ocasiones exclusivas, desempeñan un papel decisivo para la aplicación de las políticas de integración.

En ambos documentos se reivindica el papel que, en materia de inmigración, desarrollan tanto los municipios como las Regiones. Ello es así porque en la mayoría de casos los entes descentralizados se presentan como la primera administración de contacto con el inmigrante, son los proveedores y gestores de servicios esenciales y por lo tanto quienes mejor conocen de su realidad. Además, se presentan como interlocutores entre la sociedad civil y el fenómeno migratorio, contribuyendo de esta forma a “crear un clima de confianza, a mantener la cohesión en las sociedades de acogida y por consiguiente a realzar la inmigración como factor de desarrollo y progreso”.

Como consecuencia de esta realidad, a juicio del Comité, se requiere, por una parte, profundizar en el protagonismo de las entidades descentralizadas, procurándose una mayor

<sup>501</sup> Dictamen a iniciativa del Comité de las Regiones 2009/C 120/03 sobre el tema “Los entes regionales y locales en primera línea de las políticas de integración” (DOUE, C 120/12, 28/05/2009)

<sup>502</sup> Dictamen del Comité de las Regiones 2009/C 211/05 sobre el tema “Reforzar el planteamiento global de la migración: aumentar la coordinación, la coherencia y las sinergias”. (DOUE, C 211/43, de 04/09/2009)



“participación de los entes locales y regionales en la planificación, aplicación y evaluación de las políticas en esta materia”; por otra, un mayor refuerzo en recursos financieros de las entidades con el fin de poder hacer frente a la nueva realidad y a las nuevas necesidades. Asimismo, se hace un llamado especial sobre a la necesidad de establecer vías o mecanismos de coordinación entre los diferentes actores gubernamentales, recomendándose “una gobernanza a varios niveles para integrara con éxito a los inmigrantes conforme al principio de subsidiariedad, por el que se rige la cooperación entre la Unión Europea, los Estados miembros y los entes locales”<sup>503</sup>.

El profesor Spiro propone una aproximación al estudio comparado sobre la descentralización “immigration federalism” desde tres modelos teóricos: *central government hegemony*, *cooperative federalism* y *devolutionary federalism*. Cada modelo se construye en función de la mayor o menor participación de las entidades subestatales en las siguientes materias: reconocimiento de derechos a los extranjeros (derechos civiles y derechos sociales), gestión y control de fronteras y flujos migratorios (entrada y expulsiones) y la normación y gestión de los permisos administrativos (residencia, estancia, larga duración)<sup>504</sup>.

El primero de los modelos, *central government hegemony*, se caracteriza porque las unidades subnacionales tienen sólo un rol indirecto en las decisiones sobre inmigración. Los derechos y servicios sociales están determinados a nivel nacional y no se permite a las entidades subnacionales regularlos. Bajo este modelo no es posible que en función del territorio donde residan los no nacionales pueda configurarse la existencia de regímenes diferenciados de derechos. En el mismo sentido, la gestión sobre el control de las fronteras corresponde de forma exclusiva al gobierno federal y las expulsiones se encuentran en manos de la Federación. Para completar el círculo, tanto la configuración como la gestión de los distintos permisos administrativos de entrada, residencia y demás son competencia del Gobierno central y, por lo tanto, es éste quien decide sobre el perfil migratorio.

---

<sup>503</sup> En varios Dictámenes el Comité de las Regiones ya había reivindicado el papel de los municipios y las regiones en la gestión del fenómeno migratorio. Véase las consideraciones generales de Dictamen del Comité de las Regiones sobre “Una política común de emigración para Europa”, 26 y 27 de noviembre de 2008; Dictamen del Comité de las Regiones “Plan de política en materia de migración legal lucha contra la inmigración ilegal futuro de la red europea de migración” de 13 y 14 de febrero de 2007; Dictamen del Comité de las Regiones “Un enfoque global de la migración: el desarrollo de una política europea de inmigración laboral y su encaje en las relaciones con los países terceros”, de 18 y 19 de junio de 2008; Dictamen del Comité de las Regiones sobre el tema “Aplicación del planteamiento global sobre la migración a las fronteras marítimas meridionales de la unión europea y a las regiones orientales y sudorientales vecinas de la Unión Europea” 10 y 11 de octubre de 2007.

<sup>504</sup> SPIRO, P., “Federalism and immigration: models and trenes”, in *International Social Science Journal*, vol. 53, 2002, p.69.

Bajo el segundo de los modelos, *cooperative federalism*, el Gobierno central retiene la legislación básica sobre el régimen de derechos y libertades, pero se permite cierto margen a las entidades subnacionales para configurar regímenes diferenciados, “*subunit are allow to use alienage as eligibility criteria*”. El Gobierno nacional es el principal ente responsable sobre el control de los flujos migratorios pero permite algunas actuaciones de las entidades subnacionales<sup>505</sup>. En relación a la configuración y gestión de los permisos de residencia se fijan unos criterios estatales, reconociéndose algunas potestades sobre las mismas a las entidades subestatales<sup>506</sup>.

Bajo el tercero de los modelos que plantea el profesor Spiro, *Devolutionary Federalism*, la participación de los entes subestatales es mucho mayor hasta el punto que desplaza en algunos casos la regulación a nivel federal. En este modelo tanto la regulación de los derechos y libertades y el control de flujos migratorios como la gestión de los permisos de residencia pueden estar en manos de las unidades descentralizadas, dando lugar claramente a migratorios diferentes en un mismo Estado<sup>507</sup>.

Con independencia de la mayor o menor implicación de los entes, lo cierto es que la necesidad de establecer mecanismos o instrumentos de participación en la gestión y en la configuración del modelo migratorio se plantea como una necesidad y una respuesta ante los efectos negativos que sobre la autonomía tiene el mantenimiento de una concepción unilateral del hecho migratorio. Por otra parte, dicha participación, además de compensar los efectos transversales que ha tomado la competencia de inmigración, resulta necesaria para una gestión más coherente y ajustada a la realidad social. Así, la posibilidad de que las entidades

---

<sup>505</sup> En este caso a modo de ejemplo cita el modelo alemán “where the Länder have been responsible for undertaking deportations. In order to counteract, subnational authorities have been able to exert indirect influence over deportation decisions, at least where deportation determinations are contingent on subnational criminal law and other process: for instance, a state or provincial court judge has sometimes had the power to determine deportability though sentencing discretion. *Ibid.*, p.69. En el mismo sentido HAILBRONNER señala que en Alemania los Länder por motivos humanitarios pueden conceder una autorización de permanencia a diversos tipos de refugiados que se les ha denegado el asilo político. Así mismo las autoridades superiores de cada Land pueden disponer por razones de derecho internacional o humanitaria, véase., HAILBRONNER, K., “Trets bàsics de la reglamentació d’immigració i integració a Alemanya i a Àustria”, en *Els models de gestió descentralitzada de la immigració*. Barcelona, IEA, 2000.

<sup>506</sup> Las reformas a los Estatutos de autonomía de Cataluña de 2005 y Andalucía en 2006 incorporan la competencia sobre la gestión de los permisos de residencia. La posibilidad de ampliar la competencia al resto de comunidades autónomas se introduce en la Reforma de la LO2/2009

<sup>507</sup> Este podría ser el caso del Canadá donde el Quebec “maintains several independent overseas offices whose responsibilities include promoting immigration. SPIRO, P., “Federalism and immigration ... *op. cit.*, p. 70

descentralizadas participen, separadamente como sucede en el Quebec<sup>508</sup> o mediante mecanismos de tinte más colaborativos como el contingente<sup>509</sup>, en las decisiones sobre el número de nuevos inmigrantes que llegan a su territorio garantiza que quien mejor conoce las necesidades migratorias del territorio participe en la decisión y que la entidad descentralizada conozca de primera mano el número de nuevas personas que llegarán y así poder adoptar mejor los servicios y evaluar las futuras necesidades<sup>510</sup>.

Bajo estos presupuestos, sucede que uno de los campos donde se observa con mayor claridad la pérdida de autonomía de los entes subnacionales es justamente en los ámbitos relacionados con la protección social. La atribución de mayores o menores competencias a las entidades descentralizadas en materia de servicios sociales resulta ser un elemento característico de la mayoría de los modelos federales y, por lo tanto, es discutible que sea la Federación o el Estado central quien regula el acceso a los mismos.

La Corte Costituzionale Italiana se ha pronunciado en dos ocasiones sobre el alcance del fenómeno migratorio sobre la competencia de las Regiones en materia de servicios sociales. En la primera, la Sentenza n. 269 de 2010, se resuelve el giudizio di legittimità costituzionale presentado por el Gobierno italiano contra la *Legge Toscana 9 de giugno 2009, n.29, norme per l'accoglienza, l'integrazione partecipe e la tutela dei cittadini stranieri della Regione Toscana*. En la segunda, la Sentenza n. 61 de 2011 se resuelve el giudizio di Legittimità costituzionale presentado por el Gobierno italiano contra la *Legge della Regione Campania de*

---

<sup>508</sup> El modelo de participación autónoma en la selección de la inmigración que tiene como máximo referente el mecanismo fijado en los acuerdos administrativos entre el Canadá y la provincia del Quebec. El acuerdo actualmente vigente fue firmado en 1991 incluye tres medidas de actuación. Mediante la primera se reconoce que la inmigración es un instrumento que el Quebec puede utilizar para proteger y promover su identidad cultural y lingüística. La segunda reconoce al Quebec el derecho a ejercer el veto sobre la selección de una parte de los inmigrantes destinados a su territorio. Para esto le habilita a decidir por el mismo los criterios de selección que se apliquen a los inmigrantes que quieren establecerse en su territorio. La tercera regla señala que la categoría de inmigrantes excluye a los refugiados y a las personas que llegan al Quebec en virtud de la reagrupación familiar, esta última regla hace que el Quebec seleccione aproximadamente el 50% de los inmigrantes que se establecen en su territorio, véase BRUN, HENRI., "La immigració al Quebec: els poders federals del Canadà i els poders del Quebec", en *Els models de gestió descentralitzada de la immigració*, IEA, Barcelona, 2000. Sobre el Québec véase., RODRIGUEZ GARCÍA, D., *Retos y tendencias en la gestión de la inmigración y la diversidad en clave transatlántica*, CIDOB, Barcelona, 2010

<sup>509</sup> El segundo modelo de participación gira sobre criterios de decisión conjunta y colaboración. Desde esta perspectiva se garantiza por medio de la creación de algún órgano o comisión conjunta donde participan las entidades descentralizadas junto con la Federación y allí se determina el número anual de inmigrantes que entraran en el territorio, es decir, el denominado contingente de trabajadores.

<sup>510</sup> Decidir o al menos conocer con antelación los aspectos cuantitativos de los flujos es crucial para prever y organizar con la necesaria anticipación la dotación de recursos para la llegada de personas inmigrantes y de sus familias. En gran medida, los resultados de la integración de la inmigración a todos los niveles dependerá de estos recursos o servicios.

8 febbraio 2010, n.6, norme per l'inclusione sociale, economica e culturale delle persone straniere presenti in Campania.

Ambos recursos tienen como punto central que el acceso a determinados derechos de naturaleza social se regula en la legislación regional bajo parámetros de reconocimiento distintos a los fijados en la normativa estatal de inmigración. Cabe recordar que el art. 41 del *Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 284*, reconoce el acceso a los servicios sociales en los siguientes términos: el acceso a las prestaciones asistenciales que tienen naturaleza de derecho subjetivo (*assegno sociale y provvidenze economiche*) se reconoce a los extranjeros titulares de carta di soggiorno (permiso de residencia de larga duración UE); mientras que el resto de prestaciones y servicios sociales se reconoce, en igualdad de condiciones a los ciudadanos italianos, a los extranjeros que poseen al menos un *permesso di soggiorno* de duración no inferior a un año (este permiso se otorga cuando el extranjero lleva residiendo legalmente en Italia por un periodo de dos años)<sup>511</sup>.

La Ley Toscana 29/2009 en su art. 6.25 modifica el régimen de acceso respecto de las prestaciones de urgencia señalado que: *“Fermo restando quanto previsto dall’articolo 5, comma 4, della l.r. 41/2005, tutte le persone dimoranti nel territorio regionale, anche se prive di titolo di soggiorno, possono fruire degli interventi socio assistenziali urgenti ed indifferibili, necessari per garantire il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti ad ogni persona in base alla Costituzione ed alle norme internazionali, secondo le modalità definite dal piano di indirizzo”*. La modificación en este caso se centra esencialmente en el reconocimiento vía legislación regional del acceso a las prestaciones de urgencia con independencia de la situación administrativa del extranjero. Por lo tanto, basta encontrarse en el territorio de la toscana y padecer de una situación de urgencia social para tener acceso a las prestaciones sociales configuradas para estos supuestos<sup>512</sup>.

<sup>511</sup> Interpretación conjunta entre el art. 41 del Decreto legislativo 25 luglio 1998, n.284 y art. 80.19 de la Legge finanziaria n.388 de 2000 (ver punto 2 del apartado II del capítulo segundo).

<sup>512</sup> El Gobierno italiano considera que dichas disposiciones vulneran su competencia en materia de inmigración reconocida en el artículo 117 párrafo segundo letras a), b), h), i) según su argumentación *“Tale norma, infatti, disciplinando specifici interventi in favore degli immigrati privi di regolare permesso di soggiorno, agevolerebbe il soggiorno degli stranieri che dimorano irregolarmente nel territorio nazionale e quindi inciderebbe sulla disciplina dell’ingresso e del soggiorno degli immigrati, di competenza esclusiva del legislatore statale”*. En la Sentencia también se impugnan otras cuestiones como la promoción por parte de la Región junto con los entes locales, las instituciones del Estado, de la Unión Europea y la agencia de las Naciones Unidas competencia en materia de migraciones. Por su parte la Región Toscana entiende que las disposiciones incluidas en la legge n. 29 de 2009 *“si limiterebbero a prevedere prestazioni sociali urgenti ed indifferibili nei confronti di immigrati già presenti sul territorio regionale senza intaccare né le condizioni di*



Las modificaciones realizadas por la legislación de la Campania se centran en el régimen administrativo. Así, en el art. 16 se reconoce el acceso a los servicios sociales a todos los extranjeros con permiso de residencia, concretamente el art. señala “*Ai sensi dell’articolo 41 del decreto legislativo n. 286/1998 le persone straniere regolarmente soggiornanti in Campania sono equiparate ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale che sono erogate, a titolo obbligatorio o a titolo facoltativo, dalla regione, dagli enti locali e dagli enti pubblici da essi costituiti*”. La Ley elimina el doble régimen jurídico que fija la legislación estatal respecto de las prestaciones en función de que constituyen o no un derecho subjetivo. Elimina también el requisito de la vigencia del permiso de residencia (no inferior a un año) para acceder a las prestaciones sociales no constitutivas de derecho subjetivo. De una u otra forma, la normativa regional viene a ampliar o modificar los términos en que la legislación central reconoce el acceso a los servicios sociales y varía el estatuto jurídico exigido para el derecho.

La Corte Costituzionale en el fundamento jurídico cuarto de la Sentenza n. 269 del 2010 resuelve la cuestión relativa al acceso a los servicios socio-sanitarios por parte de la población inmigrante recogida en la Ley Toscana. La Corte comienza recordando su doctrina sobre el reconocimiento de derechos a la población no nacional. Así, señala que “*lo straniero è [...] titolare di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla persona* (Sentenza n. 148 del 2008)”<sup>513</sup>. La regulación desarrollada por el legislador regional en la Legge toscana n.29 del 2009 sobre el acceso a las prestaciones socio-asistenciales en situaciones de urgencia se enmarca dentro del reconocimiento del núcleo de derechos fundamentales que no dependen de la situación administrativa del inmigrante. Es más, se recuerda que el propio legislador estatal reconoce en el art. 35.3 del *Decreto legislativo. n. 286 del 1998, testo unico sull’immigrazione*, el acceso a las prestaciones sanitarias con independencia de la situación administrativa para los supuestos de urgencia<sup>514</sup>. Para la Corte, la norma impugnada se coloca dentro de los principios fundamentales que el legislador estatal

---

*ingresso e soggiorno, né la capacità giuridica dello straniero, mantenendosi nell’ambito della propria competenza in materia di assistenza sociale e di tutela della salute”.*

<sup>513</sup> La Corte, como se analiza con mayor detenimiento en el capítulo IV relativo al principio de igualdad y no discriminación, ha vinculando el concepto de derechos fundamentales a aquellos derechos que debe gozar toda persona porque se encuentran en estrecha vinculación con la dignidad humana

<sup>514</sup> art.35.3 d.leg. n.286 «*ai cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale, non in regola con le norme relative all’ingresso ed al soggiorno, sono assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio e sono estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva*».



ha reconocido en materia de protección sanitaria y *“nell’esercizio della propria competenza legislativa, nel pieno rispetto di quanto stabilito dal legislatore statale in tema di ingresso e soggiorno in Italia dello straniero, anche con riguardo allo straniero dimorante privo di un valido titolo di ingresso”*.

Las dudas sobre la constitucionalidad del contenido del art. 16 en la Ley de la Campania son resueltas en la *sentenza* n.61 de 2011. En este caso, la Corte entra de lleno en el análisis del título competencial previsto en el art. 117 a) y b), el cual reconoce la competencia exclusiva del Estado en materia de inmigración y extranjería<sup>515</sup>. Así, la Corte señala: *“infatti, nuovamente sottolineato, in generale, che deve essere riconosciuta la possibilità di interventi legislativi delle Regioni con riguardo al fenomeno dell’immigrazione (...) fermo restando che tale potestà legislativa non può riguardare aspetti che attengono alle politiche di programmazione dei flussi di ingresso e di soggiorno nel territorio nazionale, ma altri ambiti, come il diritto allo studio o all’assistenza sociale, attribuiti alla competenza concorrente e residuale delle Regioni”*. Para la Corte la intervención pública en materia de extranjería no puede limitarse al control sobre la entrada y residencia de los extranjeros, sino que también implica la regulación en otros ámbitos como son la asistencia social, la educación, la salud o la vivienda; ámbitos que implican múltiples competencias normativas algunas atribuidas al Estado y otras atribuidas a las Regiones.

La sentencia menciona que el propio art. 3.5 del Decreto legislativo n.286 de 1988 reconoce que *“Nell’ambito delle rispettive attribuzioni e dotazioni di bilancio, le regioni, le province, i comuni e gli altri enti locali adottano i provvedimenti concorrenti al perseguimento dell’obiettivo di rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono il pieno riconoscimento dei diritti e degli interessi riconosciuti agli stranieri nel territorio dello Stato, con particolare riguardo a quelle inerenti all’alloggio, alla lingua, all’integrazione sociale, nel rispetto dei diritti fondamentali della persona umana”*. En este marco de actuación, y en ejercicio de una competencia concurrente o residual (exclusiva), las Regiones pueden, con el objetivo de favorecer la tutela de los derechos fundamentales, legítimamente fijar disposiciones sobre el estudio, la formación profesional, la asistencia social, entre otras; sin que se tal regulación

---

<sup>515</sup> Concretamente el artículo 117 de la Constitución Italiana señala *“la potestà legislativa es ejercida por el Estado y por las Regiones respetando la Constitución, así como los vínculos derivados del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales. El Estado tiene competencia legislativa en las siguientes materias: a) política exterior y relaciones internacionales del Estado; relación del Estado con la Unión Europea; derecho de asilo y condiciones jurídicas de los ciudadanos de Estados no pertenecientes a la Unión Europea; b) inmigración”*. (traducción propia)

incida mínimamente sobre la política de reglamentación de la inmigración o bien sobre la posición jurídica de extranjero o sobre su estatus de beneficiario.

Descendiendo en el supuesto concreto, el acceso a los servicios sociales, la Corte recuerda que en pronunciamientos anteriores ha declarado la inconstitucionalidad de las normas que sujetan el acceso a prestaciones sociales (*l'identità di accompagnamento i la pensione di inabilità*) a permisos de residencia donde uno de los requisitos es justamente poseer una renta mínima determinada y, por lo tanto, resultaba irrazonable que para acceder a los mismos se requiriera la *carta di soggiorno*<sup>516</sup>. En el caso de la legislación de la Campania está lejos de ser inconstitucional pues, justamente, desvincula el acceso a los servicios sociales a la *carta di soggiorno* que implica haber residido por un periodo mayor a cinco años y poseer un determinado ingreso.

Si bien en ambos supuestos la Corte considera que la norma no es contraria al Texto constitucional y reconoce la posibilidad a las Regiones de regular el régimen jurídico de acceso a los servicios sociales, el juicio de constitucionalidad que realiza gira en torno a argumentaciones más cercanas al contenido material que en argumentos competenciales. La Corte se centra poco en un análisis sobre la distribución competencial y deja de lado la difícil tarea de aclarar los parámetros en que se relacionan el estatuto jurídico del inmigrante, el acceso a un determinado derecho y la presencia de competencias regionales. El Gobierno en ambos casos centra su impugnación en cuestiones competenciales mas no materiales. Entiende que la normativa toscana y de la Campania invaden su ámbito competencial reconocido en el art. 117 a) y b) CI, concretamente señala que la norma regional *inciderebbe sulla disciplina dell'ingresso e del soggiorno degli immigrati, di competenza esclusiva del legislatore statale*". Por su parte, la Corte analiza la adecuación de la norma bajo la doctrina del reconocimiento de derechos a los extranjeros en función de que sean categorizados como fundamentales o no. Parece que la adecuación de las normas regionales a la Constitución Italiana se deduce no porque la competencia regional sobre asistencia social incorpore la posibilidad de regular el estatuto jurídico que se exige para acceder a los mismos; sino porque dicho reconocimiento es conforme con la doctrina de la Corte sobre el principio de igualdad y no discriminación.

---

<sup>516</sup> Así la *sentenza* n. 306 del 2008 y la *sentenza* n.11 del 2009 analizadas en el punto 1.1 del apartado III del capítulo segundo.

Esta forma de resolver el conflicto se hace más evidente en el caso de la legislación de la Campania. La legislación toscana viene, en cierta medida, a ampliar el régimen de acceso a las prestaciones sociales, concretamente las de urgencia, pero mantiene lo descrito en el art. 41 del *Decreto legislativo 25 luglio 1998, n.284*. En cambio, la legislación de la Campania va mucho más allá y modifica en su conjunto el régimen de acceso a los servicios sociales, cambiándose el estatuto jurídico sobre el cual se reconoce el derecho. La ley elimina la dualidad prevista en la normativa estatal entre las prestaciones constitutivas de derecho subjetivo para los titulares de *carta di soggiorno* y el resto de servicios sociales para los titulares de un permiso de residencia de vigencia superior a un año y, reconoce un régimen único de acceso para todas las prestaciones en función de un solo tipo de residencia: extranjeros “*regolarmente soggiornati in Campania*”.

En cierta forma parece que la Corte es consiente de tal diferencia y en la *sentenza* n.61 de 2011 dedica todo un fundamento jurídico, el 7, a relativizar el contenido de la competencia estatal sobre inmigración reconociendo que existen competencias de las Regiones como la sanidad, la educación o la formación. Sin embargo, al final del fundamento la Corte legitima la regulación regional porque tiene como objetivo profundizar en la protección de los derechos, sin que se incida, mínimamente, sobre “*posizione giuridica dello straniero presente nel territorio nazionale o regionale o sullo status dei beneficiari*”.

El problema está en que el art. 16 de la ley de la Campania si bien no toca el estatuto jurídico, en cuanto a las condiciones o requisitos para acceder a los distintos tipos de residencia, si en cuanto a los derechos que se derivan del mismo. En este caso es la Región quien regula el estatuto jurídico, en términos de extranjería, que debe poseer el extranjero para acceder a las prestaciones provenientes de la asistencia social. La Corte a la hora de examinar concretamente el art. 16 focaliza toda su argumentación en cuestiones sustanciales. Así, la regulación es constitucional porque profundiza en la protección de los derechos de los inmigrantes.

Los límites de la competencia de los entes subestatales son claros, no pueden modificar el régimen administrativo del extranjero, aquello a lo que la *Corte Costituzionale Italiana* parece referirse cuando dice, que la norma regional no puede influir sobre la “*posizione giuridica dello straniero presente nel territorio nazionale o regionale o sullo status dei beneficiari*”. Sin embargo, la incidencia que tiene el fenómeno migratorio sobre las competencias

reconocidas a las unidades subestatales, en este caso los servicios sociales, lleva a analizar hasta que punto es legítimo que el Estado central en uso de su competencia sobre inmigración sea quien regule el acceso a los mismos, convirtiéndose la inmigración en un título transversal capaz de incidir en todos los ámbitos descentralizados. Y, en contrapartida, invita pensar sobre la posibilidad de que sean las entidades titulares de la potestad legislativa quienes regulen el acceso a las prestaciones sociales. La actuación de las entidades subestatales puede estar dirigida bien a ampliar los términos de la legislación central, bien a fijar un régimen de acceso diferenciado. El primero de los supuestos parece ser el marco la legislación toscana donde se amplía el acceso a las prestaciones sociales de urgencia a los inmigrantes en situación irregular y se ubicaría por tanto en un modelo de *cooperative federalism*. Mientras que, la regulación de la Campania, donde el régimen jurídico de acceso se modifica se ubicaría bajo parámetros más cercanos al *devolutionary federalismo*, dando lugar al desarrollo de distintos modelos de disfrute de las prestaciones asistenciales en función del territorio.

En España, junto a los interrogantes que plantea el difícil encaje entre el título competencial previsto en el art. 149.1.2 CE y los servicios sociales, existe también otro análisis paralelo derivado de la propia configuración y dinámica de la asistencia social como competencia autonómica. Más allá de la inmigración, el art. 149.1 CE contiene otros títulos competenciales a través de los cuales el Estado central, impelido en gran medida por su configuración como social, tiende a interferir con mayor o menor intensidad sobre la competencia autonómica. En este sentido, tras la creación del Estado de las autonomías ha sido una constante el intento de precisar, por una parte, las borrosas fronteras entre la protección social asegurativa y la asistencial (art. 149.17 CE) y, por otra, la contención de una competencia tan transversal como es “*las condiciones básicas de los derechos y deberes de los españoles*” (art.149.1.1 CE).

Esta situación plantea que, para el desarrollo de este capítulo, el estudio sobre las implicaciones que tiene cada título competencial sobre el acceso a los servicios sociales deba girar en torno a una dinámica propia. La aproximación de la competencia prevista en el art. 149.1.2 CE tendrá como eje los efectos que para los servicios sociales tiene el mantenimiento de una concepción hermética de la inmigración y la integración. En relación al estudio del art. 149.1.1 CE es innegable que este título posee una gran capacidad de actuar de manera transversal sobre la mayoría de las materias descentralizadas y, por esta razón, el respectivo epígrafe se centrará en el análisis de los límites de la misma. Finalmente, el examen del título

competencial del art. 149.1.17 CE se realizará en clave de la adecuación e interrelación del modelo de protección social al modelo territorial, ambos previstos en la Constitución Española.

La importancia desde el punto de vista migratorio tiene el estudio de los títulos competenciales previstos en los arts. 149.1.1 CE y 149.1.17 CE reside en que por vía de estos títulos el Estado central ha creado prestaciones asistenciales y al tiempo que configura el régimen general de las prestaciones: finalidad, titulares, cuantía, requisitos, etc. regula también el régimen jurídico del cual debe ser titular el inmigrante para acceder a la mismas.

## 2. EL artículo 149.1.2ª CE y las competencias autonómicas

El fenómeno migratorio plantea también en España un nuevo escenario en la tradicional concepción del título competencial referido a la inmigración y extranjería. Durante mucho tiempo se ha asumido que la materia del art. 149.1.2 CE “*inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo*” atribuía a las instituciones del Estado central el tratamiento de todas las cuestiones relativas a la inmigración. La falta de delimitación funcional de la competencia en el Texto constitucional y la tradicional proximidad de la materia a las denominadas cuestiones de soberanía y a las relaciones internacionales fundamentaban suficientemente esta creencia<sup>517</sup>. La concepción de la competencia como exclusiva del Estado y materialmente limitada al control de fronteras y al régimen de residencia comienza a ser superada cuando la población extranjera representa un número importante dentro del conjunto de la población y se caracteriza por *animus* de permanencia. En la actualidad la inmigración tiene un alcance mucho más amplio al estrictamente migratorio, incorporando también materias como la sanidad, los servicios sociales, la participación pública, la integración social, etc., materias que tras la conformación del Estado de las autonomías se encuentran en manos de las Comunidades autónomas.

<sup>517</sup> AJA FERNÁNDEZ, E y ROIG MOLÉS, E., *Immigració i Comunitats Autònomes a la nova llei de drets i llibertats dels estrangers i la seva integració social*, El Clip nº8, Institut d'Estudis Autonòmics, 2000, p. 2. Para el profesor SANTOLAYA “inmigración” y “extranjería” son dos conceptos que han sufrido, en su interpretación y aplicación, tres sesgos que es preciso corregir. El primero de ellos, considerar que las actividades públicas relacionadas con la inmigración y extranjería son, prácticamente de forma exclusiva, las decisiones sobre quién tiene derecho a entrar a nuestro país y quién debe ser expulsado. El segundo; que los actos en estas materias son, de alguna manera, actos de soberanía, y su control judicial, ya que no puede negarse, debe estar subordinado a su plena eficacia. (...) El tercero, la comprensión del art. 149.1.2 CE como una habilitación al Estado para regular, en su totalidad, la situación de los extranjeros en nuestro país, actuando como si ella fuera o bien derechos fundamentales o bien extranjería e inmigración. SANTOLAYA MACHETTI, P., “Extranjería y nuevos Estatutos de autonomía”, en *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm.4, 2007, p.160-161.



Hasta la LO 2/2009 de reforma de la LODYLE, la dinámica predominante en la legislación de extranjería fue la de entender que todos los aspectos relacionados con la inmigración podían ser regulados por el Estado central y, en contrapartida, posibilitar la participación autonómica por vía de instrumentos multilaterales de participación, concretamente del Consejo Superior de Política de Inmigración<sup>518</sup>. Esta posición no impidió que las Comunidades autónomas, desde mediados de la década de los noventa del siglo pasado, configuraran políticas propias a través de la elaboración de planes y programas para dar respuesta a la nueva realidad. De hecho, en el marco de sus competencias, al mismo tiempo que regulaban cuestiones respecto de la población autóctona también lo hacían sobre la población inmigrante<sup>519</sup>. Ahora bien, toda la actividad legislativa, reglamentaria y de planificación de las Comunidades autónomas se realizó sin que ni la Constitución ni los Estatutos de autonomía reflejaran esta nueva realidad. Esta perspectiva cambia sustancialmente con las reformas de los Estatutos de autonomía de algunas Comunidades autónomas y con la LO 2/2009 de reforma de la LODYLE.

El texto que regula con mayor amplitud la competencia sobre inmigración es art. 138 del *Estatuto de Autonomía de Cataluña, Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio*. Así la norma estatutaria establece que forma parte de la competencia sobre inmigración las siguientes submaterias:

*1. Corresponde a la Generalitat en materia de inmigración:*

- 1. La competencia exclusiva en materia de primera acogida de las personas inmigradas, que incluirá las actuaciones socio-sanitarias y de orientación.*
- 2. El desarrollo de la política de integración de las personas inmigradas en el*

---

<sup>518</sup> La omnicomprensión de la materia inmigración puede verse en la disposición final de la Ley Orgánica 4/2000 redacción de la Ley orgánica 8/2000 donde se señala que los preceptos contenidos a lo largo de la ley se dictan en virtud de su carácter orgánico, el artículo 149.1. y 2 CE. Por otra parte, la doctrina ha puesto de relieve que la contención normativa sobre contenido de ciertos artículos, en especial los derechos como vivienda o servicios sociales, denotan una intención de la ley de reconocer un campo posterior de actuación de las Comunidades autónomas. ROIG MOLÉS., E., "Autonomía e inmigración: competencias y participación de las Comunidades autónomas y los entes locales en materia de inmigración", en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, num.14, Murcia, 2002, p. 213.

<sup>519</sup> Para un estudio de las actuaciones de cada una de las Comunidades autónomas en materia de inmigración véase, AJA, E., MONTILLA, J. A y ROIG, E. (Coords.) *Las Comunidades Autónomas y la inmigración .. op.cit.*, segunda parte o VIDAL FUERO "Breve aproximación en las políticas autonómicas en materia de inmigración", en MONTILLA, M., y VIDAL, C., *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades autónomas*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, colección foro, 2007, p. 56 y ss.

*marco de sus competencias.*

3. *El establecimiento y la regulación de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigradas y para su participación social.*
  4. *El establecimiento por ley de un marco de referencia para la acogida e integración de las personas inmigradas.*
  5. *La promoción y la integración de las personas regresadas y la ayuda a las mismas, impulsando las políticas y las medidas pertinentes que faciliten su regreso a Cataluña.*
2. *Corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña. Esta competencia, que se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros, incluye:*
1. *La tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena.*
  2. *La tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a los expedientes a que se refiere la letra a) y la aplicación del régimen de inspección y sanción.*
3. *Corresponde a la Generalitat la participación en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Cataluña y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título V.*

De las cuatro submaterias que reconoce el EAC se puede decir que tanto la primera como la segunda son atribuciones directamente relacionadas con la integración de la inmigración<sup>520</sup>. La competencia prevista en el apartado tercero se enmarca dentro de lo que podría denominarse la gestión administrativa del fenómeno migratorio y se encuentra íntimamente

---

<sup>520</sup> Según el profesor Aja “de la regulación estatutaria pueden apuntarse algunas ideas: la primera es la distinción entre la acogida y la integración no solo porque acogida figura separada de la letra a) sino porque califica de competencia exclusiva, calificación que no aparece en las siguientes donde se habla de desarrollo o en términos genéricos que implican que no son exclusivas; la segunda es la separación entre la política de integración de la Generalidad en el marco de sus competencias (educación, sanidad, etc) y su participación en una acción más amplia que se entiende compartida con el Estado”, AJA FERNÁNDEZ, E., “La integración de la inmigración”, en *Estudios de la Constitución Española. Homenaje a Jordi Solé Tura*, Cortes Generales, vol II, Madrid, 1998, p.968.

ligada con la competencia autonómica en materia de gestión laboral<sup>521</sup>. La participación de la Generalidad en las decisiones del Estado sobre inmigración que afecten a Cataluña, el último de los incisos, más que una competencia en sentido estricto implica un mandato de participación que parte del presupuesto de la necesidad de incorporar mecanismos de decisión conjunta en una materia que implica la actuación de dos administraciones.

Otras seis Comunidades autónomas han procedido a reformar sus Estatutos de autonomía (Andalucía, Aragón, Castilla León, Valenciana, Islas Baleares y Extremadura). Con el objetivo de no reproducir literalmente cada uno de los artículos de cada texto estatutario se procede a señalar los principales aspectos de cada título competencial. Así:

El Estatuto andaluz, *Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía* art. 62, reconoce la competencia en inmigración términos muy similares al catalán pero sin hacer expresa referencia a la primera acogida de personas inmigradas.

El Estatuto aragonés, *Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón* art. 75, incluye la política de inmigración dentro del listado de competencias compartidas refiriéndose al establecimiento de las medidas necesarias para su adecuada integración social, laboral y económica, así como la participación y colaboración con el Estado, mediante los procedimientos que se establezcan, en las políticas de inmigración y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación, en su caso, del contingente de trabajadores extranjeros.

El Estatuto extremeño, *Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura* art. 9, reconoce la competencia exclusiva sobre políticas de integración y participación social, cultural, económica y laboral de los inmigrantes, ahora bien matiza la exclusividad de la competencia al señalar que esta se ejerce en colaboración con el Estado.

---

<sup>521</sup> En relación al desarrollo de esta competencia véase ROJO, E., y CAMAS, F., "La reforma de los estatutos de autonomía y su impacto en la normativa estatal de inmigración", en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm.80, 2009, p.80 y ss. Sin mantener un postura abiertamente contraria a la inclusión de esta competencia en el Estatuto de autonomía, pero sí cuestionando la utilidad y la lógica de la misma véase RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., "La intervención autonómica en las autorizaciones de residencia y trabajo", en *Revista Relaciones Laborales*, núm.20, 2009, p.73.

El Estatuto castellanoleonés, *Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León* art. 70, incorpora la competencia exclusiva de la Comunidad sobre el régimen de acogida e integración económica, social y cultural de los inmigrantes. Asimismo, señala que la Junta de Castilla y León colaborará con el Gobierno de España en todo lo relativo a políticas de inmigración, en el ámbito de sus respectivas competencias.

El Estatuto balear, *Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears* art. 32.18, recoge la competencia ejecutiva en materia de inmigración en los términos reconocidos en la Constitución y en la legislación del Estado.

El Estatuto valenciano, *Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana* art. 59.5, no recoge una competencia propiamente dicho, sino señala que la Generalidad valenciana colaborará con el Gobierno de España en lo referente a políticas de inmigración.

En cuanto al alcance material que los Estatutos de autonomía otorgan a la competencia en inmigración puede diferenciarse dos tendencias: Por una parte, los Estatutos de Aragón, Extremadura, Castilla y León y Baleares incorporan una competencia de carácter compartida sobre las políticas de integración de la inmigración. Por otra parte, la competencia reconocida en el Estatuto catalán y en el andaluz tiene un alcance material más amplio, puesto que junto con la integración se reconoce también la participación de la Comunidad autónoma en la gestión administrativa, concretamente la competencia ejecutiva sobre los permisos de residencia y trabajo cuando la relación laboral se desarrolle en el territorio de la Comunidad autónoma. En cuanto al Estatuto catalán cabe señalar que en materia de integración incorpora como competencia exclusiva la denominada primera acogida de las personas inmigradas.

La colaboración y participación en el ejercicio de las competencias de ambas administraciones se reconoce, a excepción de Baleares, en todos los Estatutos de autonomía. Sin embargo, la concreción de dicha colaboración también se recoge con ciertas matizaciones. Mientras que Extremadura y Valencia se limita a una enunciado general de colaboración, las Comunidades de Castilla León, Cataluña, Andalucía y Aragón además de la referencia general de participación se incorpora una expresa referencia a la participación de las Comunidades autónomas en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para la

respectiva Comunidad autónoma y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros. Por su parte, Cataluña y Andalucía añaden también la coordinación para el desarrollo de la competencia autonómica sobre la tramitación y resolución de los permisos de residencia.

Los cambios que introducen las nuevas redacciones estatutarias son sin duda de gran importancia. Además, de conceptualizar y dar contenido a un título cuyo alcance dista de aquello que el constituyente tenía en mente, vienen a frenar las interpretaciones restrictivas de las competencias autonómicas<sup>522</sup>.

La segunda norma a la que cabe referirse es la LO 2/2009 de reforma de la LODYLE. Esta disposición además de muchos otros aspectos<sup>523</sup> incorpora un nuevo inciso al art. 2, el 2bis, a través del cual se define el contenido de la competencia estatal en materia de inmigración.

El primer inciso del art. 2 bis otorga al Gobierno la competencia sobre la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración. Seguidamente, la norma señala que el ejercicio de dichas competencias se desarrolla “*sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales*”. Si bien esta disposición no delimita claramente los campos que conforman la competencia estatal, la autonómica o incluso la local, lo cierto es que de la misma pueden extraerse la idea que la delimitación material de la competencia estatal, por amplia e imprecisa que sea, tiene un alcance y, por lo tanto, debe limitarse a ello<sup>524</sup>. Asimismo, la reforma de la LODYLE es de todas las reformas aquella que mayor protagonismo ha dado a las Comunidades autónomas. En este sentido se deja en manos de los entes territoriales la emisión de los certificados sobre el esfuerzo de integración (art. 31.7 LODYLE) a efectos de la renovación de los permisos de residencia; así como los certificados de integración a efectos

---

<sup>522</sup> Véase SANTOLAYA MACHETTI, P., “Extranjería y Nuevos Estatutos de Autonomía”... op.cit., y REVENGA SÁNCHEZ, M., en *Informe de Comunidades autónomas*. Barcelona, Instituto de Derecho Público, 2009, p. 113-131.

<sup>523</sup> Sobre el alcance y los efectos de la reforma véase MOYA MALAPEIRA, D., DONAIRE VILLA, F., y BOUZA, D., (Coords.) *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería (LO2/2009)*, Instituto de Derecho Público-Tirant lo Blanch. Valencia, 2001 o MOYA MALAPEIRA, D., y AGUDELO NAVARRO, P., *La Reforma de la Ley orgánica de Extranjería, Foro Inmigración y Ciudadanía*. Madrid, CEPC, 2011.

<sup>524</sup> Esta idea se refuerza con el segundo inciso del artículo 2 bis se prevé un conjunto de principios que deben seguir las distintas administraciones públicas en el ejercicio del desarrolla de sus competencias. Estos principios giran en torno a los siguientes ejes: la garantía de principio de igualdad y no discriminación, colaboración entre administración, integración social, sistema ordenado de flujos migratorios, éstos últimos incluye la ordenación de flujos de acuerdo con las necesidades del mercado, la lucha contra la inmigración ilegal y el tráfico de personas.



del procedimiento de arraigo (art.68.3 LODYLE) y los certificados de adecuación de la vivienda a efectos del procedimiento de reagrupación familiar (art.18.2 LODYLE).

En el ámbito interno de cada Comunidad autónoma hasta el momento de se ha promulgado dos leyes de integración. La *Ley 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña* (en adelante Ley catalana 10/2010 de acogida), a través de la cual se configura el servicio de acogida. En términos generales la acogida consiste en actuaciones formativas materializadas en la realización cursos en materia lingüística, cultural y formación laboral. Por otra parte, la *Ley 15/2008, de 5 de diciembre, de integración de las personas inmigrantes* de la Comunidad valenciana introduce la figura del compromiso de integración, a través del cual el inmigrante se compromete a la realización de un curso<sup>525</sup>.

Este contexto, tanto las reformas estatutarias como LO 2/2009 de reforma de la LODYLE han jugado un papel de impulso hacia la dimensión territorial de la inmigración. La LO 2/2009 también refuerza los instrumentos de participación multilaterales. Así, el Fondo para la acogida como la Conferencia Sectorial en Inmigración se introducen como los órganos a través de los cuales se pretende la conformación de causas de participación en la configuración de las políticas y la elaboración de las normas migratorias. Pues, como bien ha señalado el profesor Aja no es operativo que la legislación, reglamentación y planificación se realice marginando a las Comunidades autónomas y los municipios<sup>526</sup>.

La amplitud que conlleva una aproximación de todos los aspectos referidos tanto a la distribución competencial como a la participación y colaboración en materia de inmigración entre el Estado, las Comunidades autónomas y los municipios exigen acotar el análisis de éste apartado, y en concordancia con el objeto de esta tesis, a la perspectiva competencial del art. 14.1.2 CE en relación con la competencia exclusiva en servicios sociales o asistencia social reconocida en todos los Estatutos de autonomía<sup>527</sup>.

---

<sup>525</sup> Véase AJA FERNÁNDEZ, E., AJA FERNÁNDEZ, E., “La integración social de los inmigrantes”, en MOYA, D; DONAIRE, F., y BOUZA, D (Coords.) *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería* ..op.cit., p.39-39.

<sup>526</sup> AJA FERNÁNDEZ, E., “La política migratoria del Estado en el marco de la actividad ... op.cit, p.172-173. En materia de participación y colaboración véase ROIG MOLÉS, E., “Relaciones intergubernamentales en materia de inmigración: desarrollo de un modelo en construcción”, en AJA, E., MONTILLA, J.M., y RIOG, E., *Las Comunidades autónomas...* op. cit, p.98 y ss; IZQUIERDO, A., y LEÓN, S., “La inmigración hacia dentro: argumentos sobre la necesidad de la coordinación de las políticas de migración en un Estado multinivel”, en *Política y Sociedad*, 2008, vol. 45, núm. 2, p.11-39.

<sup>527</sup> Sobre el papel de los municipios y demás entes locales véase, MOYA MALAPEIRA, D., “La descentralització de les competències d'immigració als Ens Locals a Catalunya”, en GALÁN GALÁN, A.,

### 3. La articulación de la competencia autonómica sobre servicios sociales y la competencia estatal sobre inmigración

La STC 31/2010, de 28 de junio de 2010, representa, hasta el momento, el primer pronunciamiento del Tribunal sobre la dimensión autonómica de la inmigración<sup>528</sup>. Esta sentencia tiene origen en el recurso de inconstitucionalidad presentado por 99 diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra la *Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña*. Los recurrentes alegan la inconstitucionalidad, entre muchos otros, del art. 138 EAC porque entienden que al atribuirse competencias en inmigración a la Generalidad se está vulnerando la competencia estatal prevista en el art. 149.1.2 CE. Para justificar la inadecuación del Estatuto de autonomía de Cataluña al texto constitucional, los recurrentes sostienen que la norma autonómica puede efectivamente incorporar referencias en materia de inmigración en aquellos ámbitos materiales donde tenga atribuida alguna competencia, pero le está vetado reconocer una competencia específica sobre inmigración. En palabras de los recurrentes “*admitiendo que la Generalidad pueda tener muchas competencias que se proyecten sobre los inmigrantes, tales como educación, sanidad o vivienda, y que incluso quepa especificar que esas competencias se ejercerán al servicio de la inmigración de los inmigrantes, (...) ello podría justificar la inclusión de una norma en el Estatuto que así lo dispusiera, pero nunca la asunción de competencias formalmente referidas a la materia de inmigración, que de la exclusiva titularidad del Estado*”.

Por su parte, tanto el abogado del Estado como las instituciones catalanas defienden la adecuación del art. 138 EAC al texto constitucional al entender que la competencia estatal contenida en el art. 149.1.2 CE debe relativizarse en el sentido de permitir y reconocer la actuación de las Comunidades autónomas<sup>529</sup>.

---

(Coord.) *La descentralització de competències als ens locals*. Barcelona, Fundació Pi i Sunyer, 2007; PAJARES, ALONSO, M., “Las políticas locales en el ámbito de la inmigración”, en AJA, E., y ARANGO, J., (Coords.) *Veinte años de inmigración en España. Perspectiva jurídica y sociológica*. Barcelona, Fundació CIDOB, 2006

<sup>528</sup> Un comentario general sobre el pronunciamiento del Tribunal en materia de inmigración véase MONTILLA MARTÓS, J., “Las competencias autonómicas en inmigración tras la STC 31/2010”, en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm 14, 2012, p.152-185.

<sup>529</sup> El abogado del Estado señala expresamente que “*la evolución del fenómeno de la inmigración (...) impide configurar la competencia exclusiva del Estado ex. art. 149.1.2 CE como un título horizontal de alcance ilimitado que habilite cualquier actuación pública estatal referida a los extranjeros (...) bajo esta postura, “la integración de los inmigrantes constituiría (un) pilar básico de cualquier planteamiento que quiera hacerse del fenómeno migratorio, resultando que en dicha integración determinados aspectos claves vendrían configurados*

El Tribunal Constitucional resuelve la impugnación del art. 138 EAC en el fundamento jurídico 83 e inicia con una contundente declaración por la cual enfatiza el carácter exclusivo de la competencia estatal *“la inmigración es una materia que ha sido reservada con carácter exclusivo al Estado ex art. 149.1.2 CE, de modo que el art. 138.1 EAC sería claramente inconstitucional si, como parece deducirse de su enunciado, pretendiese atribuir a la Comunidad Autónoma competencias en dicha materia”*. Esta primera afirmación conduce a una negación integral de cualquier reconocimiento estatutario de competencias en materia de inmigración y fija la interpretación del título competencial en sus posiciones más tradicionales. Entiende el Tribunal que la adecuación del art. 138 EAC a la Constitución depende de que las competencias allí incluidas no se traduzcan: *“en la atribución a la Generalitat de competencia alguna en materia de inmigración”*.

Pese a que esta sentencia se presenta como el momento oportuno para que el Tribunal desarrolle los principios o parámetros sobre la delimitación material de la competencia en función de la autonomía reconocida a las distintas entidades territoriales, lo cierto es que la misma huye del análisis la inmigración como título competencial<sup>530</sup>. Por el contrario, la postura de la sentencia fue la de resolver la impugnación mediante una posición pragmática: *“evaluar el alcance material de las concretas competencias o potestades estatutariamente atribuidas a la Comunidad Autónoma”*. En este sentido, se enlaza cada inciso impugnado con una de las competencias atribuidas por el Estatuto, intentado así reconducir la nueva materia competencial sobre inmigración a competencias ya reconocidas en la primera generación de Estatutos y, por lo tanto, incuestionables. Así, la competencia exclusiva en materia de primera acogida se recoge dentro de la competencia de asistencia social, ya prevista en el art. 9.25 del Estatuto catalán de 1978, y la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo se conecta con la competencia de gestión laboral, ya prevista en art. 11.2 del citado texto.

---

*por las políticas autonómicas de naturaleza social, sin relegar la competencia que ostenta el Estado, lo que pondría de manifiesto que la imbricación entre unas y otras competencias es inescindible”*.

<sup>530</sup> Las cuestiones que plantea el estudio competencial de una materia tan compleja como nueva como es la inmigración y la integración son múltiples, entre ellas podría nombrarse las siguientes: la delimitación de su ámbito material y su relación con la autonomía reconocida a las Comunidades autónomas, el alcance propio y transversal de la competencia, la activación de los mecanismos de colaboración. Asimismo, esta hubiese sido una buena oportunidad para que el Tribunal se pronunciase sobre la posibilidad de que las Comunidades autónomas puedan ampliar el ámbito de protección de algunos derechos reconocido en la legislación de extranjería, véase la el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia 1233/2004, de 4 de noviembre. Ahora bien, teniendo en cuenta la dimensión del recurso y las circunstancias políticas en que se desarrolló se entiende que el Tribunal decida no entrar en estas cuestiones.

El Tribunal maneja una postura ciertamente confusa. Por una parte, mantiene el carácter exclusivo e infranqueable de la competencia del art. 149.1.2 CE en su sentido más amplio. Es decir, a diferencia de otros títulos competenciales donde ha matizado el carácter exclusivo de la competencia, la argumentación de la STC 31/2010 no ha ido por la vía de reconocer la actuación autonómica sobre aquellos aspectos materiales que no forman parte del núcleo duro de la competencia (STC 165/94 o STC 56/90)<sup>531</sup>, sino la de mantener el carácter exclusivo de todo el ámbito material de la competencia. Pero, por otra parte, la sentencia admite que puedan haber competencias de las Comunidades autónomas que, dentro de su ámbito material, incluyan aspectos relacionados con la inmigración. Así como ha descrito el profesor Moya “l'argumentació de la Sentència (...) a la pràctica admet la intervenció autonòmica de manera limitada i condicionant-la a l'existència de competències autonòmiques connexes i sectorials, davant de les quals i sota determinades circumstàncies, el títol estatal pugui cedir la “preferència”<sup>532</sup>.

Desde un punto de vista práctico el Tribunal indirectamente reconoce un papel reducido a las Comunidades autónomas y, aunque la limita, no la niega<sup>533</sup>. Ahora bien, desde un punto de vista teórico y sobretudo delante de la interpretación del art. 149.1.2 CE la argumentación del Tribunal resulta cuestionable en la medida en que mantiene el carácter absoluto e

---

<sup>531</sup> Respecto a la primera de las materias, la relativa a relaciones internacionales, la STC 165/1994, de 25 de junio, por el que se resuelve el recurso positivo de competencias interpuesto por el Estado contra Decreto del Gobierno Vasco 89/1988, de 19 de abril, por la cual se establecía una Oficina del Gobierno Vasco en Bruselas. Esta sentencia el Tribunal incorporó la interpretación que ha permitido la actuación exterior de las Comunidades autónomas diferenciando entre el *ius contraendi* y el *ius legationis*. La STC 56/1990, de 4 de mayo de 1990 para legitimar las actuaciones autonómicas en materia de justicia el Tribunal se distingue entre un sentido estricto del concepto de Administración de Justicia del que hace parte la función jurisdiccional propiamente dicha y un sentido amplio del concepto de Administración de justicia al que corresponde otros aspectos que, más o menos unidos a lo anterior, le sirven de sustento material o personal, donde pueden actuar las Comunidades autónomas. Además, cabe recordar que tanto la postura tanto del Abogado del Estado como de las instituciones catalanas inciden sobre el hecho de que la competencia del artículo 138.1 no afecta el núcleo duro de la inmigración.

<sup>532</sup> MOYA MALAPEIRA, D., Competència en matèria d'immigració, *Revista Catalana de Dret Públic, Especial Sentència sobre l'Estatut*, 2010, p. 360.

<sup>533</sup> Una valoración diferente merece el pronunciamiento del Tribunal en relación al tercer inciso del artículo 138 EAC en el cual se prevé la participación de la Generalidad en las decisiones del Estado sobre inmigración que tengan una transcendencia especial para Cataluña y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros. El Tribunal recurre a la doctrina desarrollada a lo largo de toda la Sentencia, sobre normas que pueden incorporarse al Estatuto pero su valor jurídico es difuso, previsiones estatutarias que no vinculan a los poderes públicos. En palabras del Tribunal “*es la legislación estatal a la que corresponde libremente determinar los concretos términos, formas y condiciones de la participación de la Comunidad a la que se refiere el precepto, debiendo en todo caso quedar a salvo la titularidad de las competencias estatales eventualmente implicadas y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a los organismos e instituciones del Estado*”. La doctrina de las normas constitucionales válidas pero no eficaces tiene eco también la doctrina constitucional italiana. La Corte en varias sentencias ha entendido que no es contrario al texto constitucional que los Estatutos de las regiones recojan derechos y normas programáticas, pero éstas no poseen un contenido normativo, sino de naturaleza cultural y política. Véase *sentenza* n.372 del 2004; *senteza* n.378 del 2004 y *sentenza* n.379 del 2004.



infranqueable del título competencial sobre extranjería e inmigración. Esta posición implica reconocer la transversalidad del título competencial y que el Estado, indirectamente, pueda regular todos los ámbitos relacionados con la inmigración. Con todo, dicha transversalidad no impide, según el propio Tribunal, que las Comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias puedan introducir normas relacionados con la inmigración. En definitiva, la sentencia mantiene una interpretación estricta de la literalidad del art. 149.1.2 CE, según la cual el título competencial sobre extranjería e inmigración es exclusivo y sólo caben puntualmente regulaciones en ciertos sectores materiales donde se puede reconducir a una competencia autonómica concreta.

La discusión sobre el alcance de este título competencial tiene origen en los cuestionamientos que desde finales de la década de los noventa viene planteado por la doctrina. En este sentido se ha propuesto la reformulación de la competencia sobre extranjería e inmigración diferenciando dos sentidos de la misma<sup>534</sup>. La primera, denominada el núcleo duro de la inmigración, por la cual el Estado central regula el control de fronteras y configura el régimen jurídico administrativo del inmigrante, en especial las cuestiones relativas a la entrada y salida del territorio, las autorizaciones administrativas y el régimen sancionador. Este núcleo duro se identificaría con el contenido tradicional del derecho de extranjería y, por lo tanto, se encontrarían actuaciones como la firma de convenios y Tratados internacionales en la materia, las relaciones con la Unión Europea en materia Schengen, el sistema Frontex y control de flujos migratorios<sup>535</sup>, la regulación y emisión de visados (régimen de entrada), la regulación y

---

<sup>534</sup> La reformulación de esta competencia ha sido expuesta especialmente en AJA FERNÁNDEZ, E., "Las funciones de las Comunidades Autónomas en el ámbito de la inmigración", en *Informe Comunidades Autónomas 1999*. Barcelona, Instituto de Derecho Público, 2000; ROIG MOLÉS, E., "Autonomía e inmigración: competencias y participación de las CCAA y los entes locales en materia de inmigración", en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm.14, 2002; MONTILA MARTÓS, J.A., "Las funciones y competencias de las comunidades autónomas en inmigración", en AJA, E., MONTILLA, J.M. y ROIG, E., *Las Comunidades autónomas y la Inmigración* .. op. cit.,; FERNÁNDEZ ALLES, J.J., "Las competencias sobre inmigración en la jurisprudencia constitucional: del mito de la exclusividad de las relaciones intergubernamentales", en *Problemas constitucionales de la inmigración* ...op.cit., p.463 y ss. Este último autor traslada el esquema utilizado por el Tribunal Constitucional tanto en materia de relaciones internacionales, STC 165/1994, de 25 de junio, (art. 149.1.3 CE) como en justicia, STC 56/1990, de 4 de mayo de 1990, (art. 149.1.5 CE).

<sup>535</sup> Hasta el momento la actuación de la Unión Europea se ha movido en campos muy cercanos al control de fronteras y de flujos migratorios. En este sentido la problemática nacida de la ausencia de participación de las Comunidades autónomas en la parte ascendente de la elaboración y discusión del derecho comunitario hasta el momento, en materia de inmigración, no se plantea. No obstante, teniendo en cuenta la cada vez más amplia actuación europea, es posible que en un futuro no lejano las directivas que se emitan desde Bruselas desde el punto de vista competencial conectan más con competencias autonómicas que estatales. Este es el caso de proyecto de directiva de permiso único que fue rechazada por el parlamento europeo el 15 de diciembre de 2010 y que no se limitaba exclusivamente a la regulación de flujos migratorios sino que también introducía entre otros aspectos regula cuestiones relativas al acceso a prestaciones sociales.



concesión de la nacionalidad y el asilo, y la regulación del régimen sancionador directamente relacionado con las infracciones a la ley de extranjería. Ahora bien, que sea el Estado central quien ostente competencias en estas materias no implica una exclusión de la participación de las Comunidades autónomas en la configuración normativa o en la descentralización de gestiones administrativas. Un claro ejemplo de ello es el reconocimiento de la actuación autonómica en la gestión de los permisos de trabajo incorporado en las últimas reformas estatutarias.

Para la doctrina el art. 149.1.2 CE posee también una segunda vertiente, no ya entendida como extranjería, dirigida a regular el régimen de derechos y libertades de los inmigrantes y su integración social. En este segundo ámbito la competencia se concibe como un espacio donde las atribuciones de las Comunidades autónomas tienen una especial relevancia y donde la actuación del Estado central se debe reconducir al sistema de distribución competencial previsto en el bloque de la constitucionalidad, art. 149.1 CE y en los Estatutos de autonomía. Así, el Estado puede intervenir en la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros no en virtud del art. 149.1.2 CE como hasta ahora lo había hecho, sino en virtud de un título específico y concreto. Por ejemplo, en materia de educación podrá dictar las bases del derecho a la educación porque el art. 149.1.30 CE lo habilita y no porque posea el título sobre “*inmigración y extranjería*”<sup>536</sup>. Bajo esta interpretación más abierta y favorable a la autonomía el estatuto jurídico del inmigrante se dirige hacia una interpretación conjunta entre el Estado y las Comunidades autónomas de acuerdo con el sistema general de distribución competencial<sup>537</sup>.

#### **4. Alternativas al art. 149.1.2º CE en materia de servicios sociales**

Si la regulación del régimen jurídico del inmigrante se reconduce al sistema de distribución previsto en el bloque de la constitucionalidad, la primera duda a la hora de analizar la delimitación competencial en materia de servicios sociales e inmigración es, justamente, la ausencia de título que habilite al Estado central a fijar cualquier tipo de regulación. Para legitimar la actuación del Estado sobre aquellos derechos de naturaleza prestacional que no

<sup>536</sup> Véase LARIOS PATERNA, M.J., “Las Comunidades autónomas. Cataluña”, en AJA, E., MONTILLA, J.M., y ROIG, E., (Coord.) *Las Comunidades autónomas y la Inmigración ...* op. cit., 302-303.

<sup>537</sup> MONTILLA, M.J., “La distribución de competencias en inmigración”, en MONTILLA, M., y VIDAL, C., *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades autónomas*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, colección foro, 2007op.cit., p. 26 y ss.

tienen un referente competencial la doctrina ha acudido a justificar la actuación por vía de otro título competencial como es el previsto en el art. 149.1.1 CE<sup>538</sup>. También se ha propuesto acudir a la finalidad de la integración<sup>539</sup> o a la garantía de acceso a un conjunto de prestaciones sociales con independencia de su situación administrativa<sup>540</sup>.

#### 4.1 El alcance del artículo 149.1.1ª CE sobre los servicios sociales

La primera postura centrada en el art. 149.1.1CE tuvo un primer reflejo en la disposición final cuarta de Ley orgánica 8/2000 de reforma de la Ley orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros. En dicha disposición se señala que “*los derechos sociales no reservados a Ley orgánica se dictan en virtud de la competencia reconocida por los artículos 149.1.1CE y 149.1.2 CE*”.

Si bien es cierto que preferir “*las condiciones básicas de los derechos y deberes*” en lugar de “*extranjería e inmigración*” limita, desde el punto de vista de la función, la regulación que pueda fijar el Estado en materia de servicios sociales, en la medida en que el Estado central deberá limitarse a establecer “condiciones básicas” del mismo. No es menos cierto que éste es un título caracterizado por su marcada naturaleza transversal y por el potencial peligro que representa para la autonomía de las Comunidades. Así, como se expondrá con mayor amplitud en el apartado II de este capítulo, el art. 149.1.1 CE juega como una cláusula de cierre competencial que actúa sólo cuando se exista una situación que altere la capacidad de actuación de las Comunidades autónomas<sup>541</sup>. Bajo el entendido que este título competencial

<sup>538</sup> Según el profesor Montilla Martós “en otras materias competenciales como la vivienda o asistencia social, la presencia de un título competencial es mas discutible, si rechazamos el alcance horizontal y genérico del art. 149.1.2CE. Sin embargo, entiendo que al convertirse en auténticos derechos prestaciones los beneficios otorgados tradicionalmente de manera discrecional, esto es, al reconocer las CCAA en ejercicio de sus competencias diversas prestaciones sociales como auténticos derechos subjetivos invocables por el ciudadano ante la administración en virtud de la presencia objetiva de una necesidad, resulta de aplicación el artículo 149.1.1 CE y, de esta forma, el Estado podrá establecer las condiciones básicas para garantizar una igualdad mínima”. Al entender de éste autor, el reconocimiento y regulación de los derechos sociales que realice el legislador estatal suponen un estatus mínimos que todas las Comunidades autónomas deben reconocer a los inmigrantes a partir de los cuales puede proveerse el complemento normativo autonómico pues el legislador autonómico tiene la facultad de adicionar pautas normativas propias a la legislación básica del Estado, bajo la condición de no contravenir el mínimo, véase, MONTILLA, J.A., “La distribución de competencias en inmigración ... op.cit., p. y “Las funciones y competencias de las comunidades autónomas” ... op.cit.,

<sup>539</sup> ROIG MOLES, E., “Autonomía e inmigración: competencias y participación de las CCAA ... op.cit., p.203-205.

<sup>540</sup> AZNAR LÓPEZ, M., “Los derechos sociales de los extranjeros en España”, en *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*. Madrid, Consejo del Poder Judicial, 2001, p. 157; RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “El derecho del trabajo y los inmigrantes ...op.cit., p.25.

<sup>541</sup> La Ley Orgánica 4/2000 en su versión dada por la Ley Orgánica 8/2000 también establecía en su disposición final primera que los preceptos contenidos en la ley de carácter orgánico se dictaban en virtud de dicho carácter.

resulta uno de los más complejos, su análisis se remite al apartado dos de éste capítulo.

## 4.2 El alcance de la integración de la inmigración sobre los servicios sociales

Una segunda posibilidad es entender que la integración de la inmigración puede actuar como finalidad legítima que habilita la actuación del Estado en aquellos ámbitos donde no tiene atribuidas competencias. La falta de referencias sobre la misma en el texto constitucional no puede llevar a ignorar la relevancia que hoy en día tiene y la necesidad que los poderes públicos actúen tanto por vía legislativa como gubernamental en favor de la convivencia social<sup>542</sup>. No obstante, entender que la finalidad legítima de integrar habilita al Estado para entrar en ámbitos reconocidos a las Comunidades autónomas plantea ciertos inconvenientes.

Las concepciones y teorizaciones de la integración de la inmigración son múltiples. Sin embargo, en términos generales puede entenderse como un principio específico capaz de orientar la elaboración y aplicación de las normas en distintos ámbitos<sup>543</sup>. A través de estos principios se pretende una convivencia normal, y en todo caso sin conflictos, entre los grupos de inmigrantes, que son portadores de identidades y culturas diversas y los grupos de la sociedad receptora, que tienen contacto con ellos<sup>544</sup>. Sin entrar a fondo sobre el estudio de la integración como título competencial pues, ello desbordaría claramente el alcance de este apartado, a continuación se realizarán algunas apreciaciones sobre su relación con los servicios sociales.

---

La incapacidad del carácter orgánico para actuar como título competencial ha sido, en numerosas ocasiones, negado por el Tribunal Constitucional.

<sup>542</sup> El profesor Roig acude a la finalidad de la integración del inmigrante para entender que el Estado actúe en ámbitos que no corresponden a su competencia. En el mismo sentido descrito en este apartado, el autor delimita el título competencial del artículo 149.1.2 CE a la entrada, trabajo y régimen de infracciones y sanciones, en otras palabras, bajo el título sobre inmigración y extranjería se dictan todos los preceptos de la LODYLE con excepción a los referidos a la mayor parte de los derechos y libertades de los extranjeros. Respecto a la regulación prevista en el Título I capítulo I de la LODYLE, la competencia estatal se deriva de los títulos sectoriales de que dispone (bases en educación) y excepcionalmente de la competencia sobre extranjería, en cuanto a aspectos necesarios para la integración del extranjero (vivienda y asistencia social). A su entender, la transformación del derecho de extranjería derivada de la inclusión de la integración social como finalidad fundamental de este sector normativo puede ampliar este núcleo reconociendo al Estado la capacidad de determinar un contenido mínimo que garantice esas posibilidades de integración, lo que permitiría adoptar decisiones en materias atribuidas a la exclusiva competencia autonómica (como la asistencia social o la vivienda); pero tales decisiones se fundamentan sólo en la medida en que persigan la integración del inmigrante. ROIG MOLÉS, E., "Autonomía e inmigración: competencias y participación de las CCAA ... op.cit., p.203-205.

<sup>543</sup> Para el profesor Aja el concepto de integración social operativa en el marco del Estado de Derecho democrático y social se caracteriza por los siguientes elementos AJA FERNÁNDEZ, E., "Ejes temáticos de la integración social de la inmigración, en *Estudios de la Constitución Española. Homenaje a Jordi Solé Tura, Cortes Generales*, vol II, Madrid, 2008, p. 968

<sup>544</sup> AJA FERNÁNDEZ, E., "La integración social de los inmigrantes ...op.cit., 32

Efectivamente todos los países receptores de inmigración han configurado, con mayor o menor éxito, políticas que favorecen el proceso de incorporación y adaptación del inmigrante en la sociedad y viceversa. Los modelos pueden diferir unos de otros, pero un elemento común es la participación mayor, en algunos casos, o menor, en otros<sup>545</sup>.

En el caso de Italia han sido las Regiones los entes encargados de desarrollar las políticas de convivencia y dentro de las múltiples actuaciones destaca la aprobación de leyes en materia de integración. Este es el caso de la Región de la Emilia Romana, *Legge regionale 24 marzo 2004, n. 5. Norme per l'integrazione sociale dei cittadini stranieri immigrati*<sup>546</sup>; de la Región Friuli Venezia Giulia, *Legge regionale, de 4 de marzo de 2005, n. 5. Norme per l'accoglienza e l'integrazione sociale delle cittadine e dei cittadini stranieri immigrati*; de la Región de la Toscana, *Legge regionale, de 9 de giugno 2009, n. 29. Norme per l'accoglienza, l'integrazione partecipe e la tutela dei cittadini stranieri della Regione Toscana*; de la Región de la Campania, *Legge della Regione Campania, de 8 febbraio 2010, n. 6. Norme per l'inclusione sociale, economica e culturale delle persone straniere presenti in Campania*; de la Región de la Liguria, *Legge regionale de 20 febbraio 2007, n. 7. Norme per l'accoglienza e l'integrazione sociale delle cittadine e dei cittadini stranieri immigrati*.

---

<sup>545</sup> En otros modelos han sido los municipios las entidades territoriales que han tomado especial relevancia. Así, en Suecia, los programas de integración de la Oficina Nacional de Integración se gestionan a través de los ayuntamientos y con la participación del Servicio de empleo. En Finlandia la Ley para la integración de los inmigrantes y la Acogida de los Solicitantes de asilo de 1999, delega las funciones más importantes sobre los Centros Regionales de Desarrollo Económico y Empleo. En Holanda es la Oficina de Asuntos Ciudadanos del Municipio la que a partir de las necesidades de integración deriva al inmigrante a un programa de inserción individualizado, todo ello según la Ley de inserción de Inmigrantes y Recién llegados de 1998, Véase PAJARES ALONSO, M., "Inmigración y políticas de integración", en *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, núm. 14, 2006. En Alemania la introducción de parámetros relacionados con la integración vienen impulsados desde la federación. La Ley de inmigración de 2004 incluye por primera vez un capítulo dedicado a las políticas de integración, reconociendo de esta forma que es un país de inmigración. El modelo alemán sigue en gran medida la estela del modelo basado en la realización y aprobación por parte del inmigrante de cursos cuyo contenido se centra especialmente en el conocimiento de la lengua, las costumbres del país y el sistema político. La Ley de inmigración de 2004 señala que tienen una obligación de atender a este curso aquellos inmigrantes que no posean un nivel adecuado de conocimiento del alemán o aquellos que por otras razones necesitan la integración (sec.44 a Aufenthaltsgesetz). Los cursos de integración son esencialmente para aprender la lengua, la historia alemana y el sistema cultural y político del país (sec. 42 Aufenthaltsgesetz). La duración de los mismos es de 900 horas de lengua y 45 de orientación. El modelo de integración alemán viene diseñado y dirigido a nivel de la federación, la Ley decide sobre las necesidades de integración, quienes son los destinatarios de los cursos, el contenido de los mismos, el número de horas que debe dedicarse a cada contenido y las sanciones que conlleva no realizar o no presentar el curso. Véase, SCHMIDT DORIS, "The New German Immigration Law", in APAP J., *Justice and Home Affairs in the EU*, Massachussts Edward, Elgar Publishing, 2004, p. 225. HAILBRONNE, K., Germany's immigration law and policy in 2007 – the long way from suffered to chosen immigration-, in *Current immigration in the European States*, Seminario organizado por el Instituto de Derecho Público, Barcelona, 21 y 22 de junio de 2007. Texto disponible en <http://idpbarcelona.ub.edu>

<sup>546</sup> Esta Ley fué objeto de impugnación por vía de la *questioni di legittimità costituzionale* por motivos competenciales. La *Corte Costituzionale* en la sentenza n. 300 del 7 luglio 2005 declaró inadmisibile.



Todas las leyes plantean como objetivo las siguientes políticas: la integración de la inmigración; la supresión de obstáculos a la plena inserción social, cultural y política; el reconocimiento recíproco y la valoración de las identidades culturales, religiosas y lingüísticas; la garantía de la igualdad de oportunidades sobre el acceso a los servicios y la lucha contra conductas racistas y xenófobas, entre otros. La regulación contenida en las normas regionales fijan entre otras cuestiones: las funciones y competencias que corresponde a los entes locales, a las provincias y a la respectiva Región; introducen mecanismos de planificación y coordinación para el desarrollo de las políticas de integración; y crean órganos tanto de participación, *consulta regionale per l'integrazione socili dei cittadini stranieri immigranti*, como entidades regionales que tienen como principal función el estudio del fenómeno y el planteamiento de propuestas al respecto, *Observatorio Regionale sull'immigrazione*. Las normas regionales también crean y regulan nuevos servicios con una incidencia directa en la integración, es el caso de los servicios de mediación intercultural, acciones formativas y el acceso al trabajo.

La principal diferencia entre una y otra son los destinatarios de las acciones y de la regulación contenida en las leyes. Respecto de la Emilia Romagna y de la Toscana son los ciudadanos de Estados no pertenecientes a la Unión Europea residentes de forma regular en la Región, así como los apátridas y asilados. Sin embargo, muchas de sus actuaciones concretas se centran también en la población en situación irregular. En un sentido más inclusivo los destinatarios de la legislación de la Campania son los ciudadanos de Estados no pertenecientes a la Unión Europea presentes en el territorio de la Región, así como los apátridas y solicitantes de asilo y refugio.

Uno de los puntos más llamativos de las leyes es la regulación del acceso a determinados servicios que son competencia de las Regiones. En este sentido se regula el acceso a la vivienda, a la educación de los menores, la sanidad y a los servicios sociales. Sobre algunos derechos las leyes modifican la regulación prevista en la legislación de extranjería. Éste es el caso del derecho a la vivienda regulado en el art. de 10 de la *Legge regionale della Emilia Romagna n.5/2004*<sup>547</sup>, donde se reconoce el acceso a los extranjeros residentes en la Región.

---

<sup>547</sup> Art.10 “*I cittadini stranieri immigrati regolarmente soggiornanti nella regione hanno diritto ad accedere in condizioni di parità agli alloggi di edilizia residenziale pubblica, nonché di usufruire dei benefici per l'acquisto,*



Esta disposición difiere de lo previsto en el Decreto legislativo n.284/1998, donde se establece que el acceso a la vivienda se garantiza solo a los ciudadanos que posean un permiso de residencia UE o titulares de un permiso de trabajo bienal<sup>548</sup>. Sucede exactamente lo mismo con la *Legge della Regione Campania n. 6/2010* donde, como se señaló anteriormente, reconoce el acceso a los servicios sociales en términos distintos a la legislación estatal o la *Legge della Regione Toscana n.29/2009*, que amplía el acceso a las prestaciones sociales de urgencia a toda la población inmigrante con independencia de su situación administrativa.

El modelo italiano plantea un escenario donde son las Regiones quienes toman el protagonismo en la integración de la inmigración. Este dinamismo viene en gran medida fomentado por la ausencia de políticas en materia de integración a nivel estatal, por la propia necesidad de las Regiones de actuar en una materia de tal importancia y por la amplitud del propio Decreto legislativo n. 286 donde en varias ocasiones hace un llamando a las Regiones en materia de integración<sup>549</sup>. En contrapartida se abre el debate sobre la disparidad interterritorial de los derechos y el desarrollo de una política de integración más o menos restrictiva en función de los cambios políticos y de gobierno.

En España, la LO 2/2009 de reforma de la LODYLE introduce un segundo inciso al art. 2, el 2 ter, donde se definen los aspectos generales del modelo de integración en España. En

---

*il recupero o la nuova costruzione della prima casa di abitazione, secondo quanto previsto dalla legge regionale 8 agosto 2001, n. 24".*

<sup>548</sup> La Corte Constitucional en la *sentenza* n.300 del 7 julio de 2005 declaró que la Región no estaba excediéndose en la regulación, ni vulneraba el título competencial sobre extranjería del Estado, dado que, a su entender, la norma "*se limita a disciplinar, en el territorio regional un derecho ya reconocido en vía de principio del decreto legislativo n.285 de 1998*". La diversidad de regulaciones ha dado lugar a un verdadero régimen diferenciado en función del territorio. En aquellas regiones donde no se ha regulado de forma diversa el acceso a la vivienda sólo se reconoce a los extranjeros con residencia UE, así el *Tribunale amministrativo regionale Lazio*, sent. n. 9479/2006, o también *Tar Lombardia*, Sent n. 767/2005 resuelven la legitimidad del acto con el que la municipalidad rechaza la vivienda "pública" social a una familia extranjero porque ningún miembro de la familia tenía permiso de residencia laboral de dos años, como establece la legislación estatal. Véase VRENN M, "La distribución competencial entre Estado y Regiones en Italia en materia migratoria: Estado de la cuestión y aspectos problemáticos", en BLÁZQUEZ RODRIGUEZ, I., (coord.) *Regiones, Unión Europea e Integración de inmigrantes*. Barcelona, Atelier, 2008, p.121 y 122.

<sup>549</sup> Así, el art. 3.5 señala que "*Nell'ambito delle rispettive attribuzioni e dotazioni di bilancio, le regioni, le province, i comuni e gli altri enti locali adottano i provvedimenti concorrenti al perseguimento dell'obiettivo di rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono il pieno riconoscimento dei diritti e degli interessi riconosciuti agli stranieri nel territorio dello Stato, con particolare riguardo a quelli inerenti all'alloggio, alla lingua, all'integrazione sociale, nel rispetto dei diritti fondamentali della persona umana*". El art. 40 encomienda a las Regiones y a las municipalidades la gestión de los centros de acogida y el acceso a todas las formas de vivienda social. El art. 38 dedicado a la instrucción y educación intercultural dicta que la vigencia del derecho a la instrucción es garantizada por el Estados, las Regiones y los Entes Locales también a través de la implementación de cursos e iniciativas expresamente creadas para el aprendizaje de la lengua italiana.

términos generales la ley centra las vías principales de integración en la escolarización, la lengua y el acceso al empleo<sup>550</sup>. Siguiendo la dinámica de las reformas europeas se introduce la valoración del esfuerzo de integración del inmigrante mediante la realización de acciones formativas como un estímulo para el inmigrante. Los efectos de la realización de las acciones de formación o cursos de integración están directamente relacionados con la renovación de los permisos de residencia, en este sentido el art. 31.7 de la reforma establece que *“A los efectos de dicha renovación, se valorará especialmente el esfuerzo de integración del extranjero que aconseje su renovación, acreditado mediante un informe positivo de la Comunidad Autónoma que certifique la asistencia a las acciones formativas”*.

En materia de integración de la inmigración, la LO 2/2009 en cierta medida juega bajo un esquema de bases, donde fija los aspectos generales de las acciones formativas pero serán las Comunidades autónomas las encargadas emitir el Informe y de configurar tanto el número de horas como las prioridades de los contenidos, en especial, aspectos relacionados con la lengua y la formación. Esta postura es seguida por el Real Decreto 577/2011 reglamento de la LODYLE, el cual viene a reproducir lo señalado en la LODYLE dejando un amplio margen de actuación autonómica. Tal y como ha puesto de presente la doctrina, es posible que la presencia de dos leyes autonómicas en materia de integración, la ley catalana y la ley valenciana, jugaran como elemento de contención del legislador orgánico a la hora de configurar los informes<sup>551</sup>.

Siguiendo esta postura, el Estado central mantiene el diseño de las grandes líneas y la coordinación con las Comunidades autónomas, puede en virtud de la competencia reconocida en el art. 149.1.2 CE tanto elaborar y definir los principios referidos a la integración social de los inmigrantes como fijar las directrices en materia de coordinación de las diversas

---

<sup>550</sup> Para el art. 2 ter de la LODYLE la integración gira en torno a dos principios centrales: el respeto a la identidad cultural en el marco de la Constitución y las leyes y el carácter transversal de las políticas. Para el desarrollo de lo que podría denominarse el núcleo duro del modelo de integración la norma hace un especial énfasis a las acciones formativas, a través de las cuales se pretende que el inmigrante conozca los aspectos básicos de la democracia. En el mismo marco de éstos principios se introducen/ un aspecto que se ajustan más en al campo aplicativo de las políticas como es la atención a los menores inmigrantes no acompañados. Y finalmente en precepto, describe los instrumentos por medio de los cuales la administración llevará a cabo el desarrollo la política de integración, concretamente la norma se centra en el Plan estratégico de inmigración y en el Fondo para la Acogida.

<sup>551</sup> OLESTI, A., y MOYA, D., “La integración social de los inmigrantes en la LODYLE y su Reglamento”, en BOZA, D.; DONAIRE, F.; MOYA, D (Coords.) *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p.80.

actuaciones<sup>552</sup>. No obstante, en el momento de poner en marcha o aplicar estos principios la competencia toma un claro alcance transversal, difícilmente podrá incorporarse un elemento con el que se pretende la integración de la inmigración sin tocar alguna competencia autonómica<sup>553</sup>.

Si se entiende que la competencia sobre integración de inmigración se rige bajo el esquema de bases desarrollo, entonces la afectación que la misma tiene sobre las competencias sectoriales de las Comunidades autónomas viene a condicionar el ejercicio de las mismas con el fin último de la convivencia entre los diferentes colectivos, pero no puede entenderse que juega en el sentido de ampliar ámbitos materiales del Estado y, por lo tanto, por vía de la integración se pueda configurar el régimen de acceso a los servicios sociales.

Efectivamente la transformación del derecho de extranjería derivada de la inclusión de la integración social como finalidad fundamental de este sector normativo puede ampliar el núcleo del art. 149.1.2 CE reconociendo al Estado la capacidad de determinar un contenido mínimo que garantice esas posibilidades de integración. Ahora bien, lo que se argumenta es que dicho contenido mínimo no puede ser el establecimiento del régimen de acceso a todo el sistema de servicios sociales, porque ello desborda claramente el contenido de la competencia. Se puede afirmar, con razón, que la garantía de la igualdad en el acceso a los servicios sociales indudablemente favorece el proceso de integración social, pero también es cierto que un sistema administrativo eficiente sobre la tramitación de los permisos de residencia también facilita el proceso de integración de la inmigración, no obstante ello no quiere decir que sea la integración propiamente dicha. Por otra parte, la doctrina del Tribunal Constitucional ha sido muy clara a la hora de señalar que las finalidades genéricas no son normas atributivas de competencias al Estado<sup>554</sup>.

---

<sup>552</sup> Los principios incorporados en la Ley orgánica 2/2009 deben necesariamente traducirse en reglas más concretas y aplicables para los diferentes operadores jurídicos, en este sentido, tanto las normas reglamentarias como los planes de integración, elaborados con la participación de las Comunidades autónomas. La concertación de las políticas de integración con las Comunidades autónomas es un elemento prácticamente imprescindible puesto que la puesta en marcha de la gran mayoría de las actuaciones en integración dependerán de las Comunidades autónomas.

<sup>553</sup> Bajo este esquema también hay que tener presente a los municipios y a la Unión Europea. los municipios juegan un papel cardinal en el proceso de integración pues son ellos quienes gestionan de primera mano el fenómeno y la integración. Por parte de la Unión Europea ha desarrollado varias políticas que van desde la publicación de buenas prácticas, la elaboración de manuales de integración dirigidos a las distintas administraciones, Reportes anuales sobre inmigración e integración.

<sup>554</sup> El Tribunal Constitucional desde sus inicios ha sido claro al señalar que el orden competencial o régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas queda establecido como regla por el juego combinado de la Constitución y los Estatutos de autonomía (STC 76/1986, FJ4a). Ha negado por ejemplo

La regulación de los servicios sociales entraría a formar parte de lo que la doctrina ha denominado concepto amplio de integración. El profesor Aja sostiene que existe la integración de la inmigración contiene un sentido amplio y un sentido restringido. Del primero forman parte *“las normas que regulan el control de flujos y el estatuto del extranjero (entradas, permisos de residencia y trabajo, reagrupación familiar) y los derechos y deberes (educación, sanidad, etc) que les corresponden pueden influir en la integración del inmigrante tanto como las normas específicas dictadas por la diversidad y dirigidas sobretudo al aprendizaje de la lengua”*<sup>555</sup>. En este sentido, la garantía de un acceso a los servicios sociales en condiciones de igualdad respecto de los inmigrantes en situación regular y la garantía de un acceso mínimo vinculado a la situación de necesidad a todas las personas, tiene efectos directos sobre la integración y la mejora de la convivencia, pero no es un aspecto que forma parte del núcleo duro de la integración y por lo tanto el Estado central no tiene competencias para regular el régimen de acceso a los mismos.

#### **4.3 Implicaciones de la garantía de la igualdad territorial sobre los servicios sociales**

Una tercera posibilidad defendida por la doctrina para justificar la regulación prevista en el art. 14.2 y 14.3 de la LODYLE se basa en la pretensión, legítima, de garantizar un nivel mínimo de prestaciones para toda la población inmigrante con independencia del lugar en el que habitan. Así, se entiende que la normativa estatal busca profundizar en el reconocimiento de los derechos de los inmigrantes y garantizarles un mínimo de bienestar con independencia de su situación administrativa. No obstante esta argumentación plantea varias dudas<sup>556</sup>.

En primer lugar cabe recordar que la garantía de la igualdad de los ciudadanos, en este caso de los inmigrantes, debe ser reinterpretada bajo la óptica de la descentralización territorial. La

---

que el mandato constitucional de normalización del uso de las lenguas oficiales autonómicas otorgue a las Comunidades autónomas una competencia específica (STC 69/1988, FJ2) o que la cláusula del interés general pueda entenderse como un título atributivo de competencias al Estado (STC 76/1986, FJ4; STC 152/1988, FJ2; STC 75/1989 FJ2; STC 13/1992 FJ2; entre otras) véase, FERNÁNDEZ FARRERAS, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*. Madrid, Iustel, 2005, p.74-102.

<sup>555</sup> El sentido restringido de la inmigración es justamente el que se incorpora en el art. 2 ter de la LODYLE relativo a la convivencia entre inmigrantes y sociedad receptora, la situación de diversidad de entre diferentes identidades y culturas, y la no discriminación y la lucha contra el racismo. AJA FERNÁNDEZ, E., “La integración social de los inmigrantes ...op.cit., p.32-34.

<sup>556</sup> AZNAR LÓPEZ, M., “Los derechos sociales de los extranjeros en España”, en *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*. Madrid, Consejo del Poder Judicial, 2001, p. 157; RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “El derecho del trabajo y los inmigrantes ...op.cit., p.25.

garantía del acceso a los servicios sociales básicos prevista en el art. 14.2 LODYLE refleja una política social y migratoria del Estado pero ello no quiere decir que con posterioridad la normativa estatal sea objeto de modificaciones. En el fondo la posibilidad de establecer o no un contenido mínimo de servicios sociales para la población inmigrante y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en el acceso a los mismos es una discusión que debe observarse bajo los parámetros analizados en el capítulo II de esta tesis y con los límites del 53.2 CE. En este sentido, la desconstitucionalización que caracteriza a los derechos sociales, las amplias opciones que tiene el legislador para desarrollarlos y la dificultad que existe en controlar la “desatención grosera”, no puede ser atenuada bajo la perspectiva competencial invasiva del Estado central.

En segundo lugar, es oportuno recordar que la regulación del acceso a los servicios sociales por parte de las Comunidades autónomas es muy difusa. De hecho, tal y como se ha descrito en el punto 3 del apartado I del capítulo tercero, la regulación del art. 14.2 y 14.3 LODYLE no constituye un parámetro para las Comunidades autónomas en la medida en que las prestaciones forman parte de los servicios sociales no se reconocen al conjunto de la población inmigrante en función de su categoría básica. Las Comunidades autónomas a la hora de regular el acceso a cada una de las prestaciones tienen en cuenta otros elementos como es la situación de vulnerabilidad de la persona y juegan factores como la orientación política o una postura más abierta o cerrada hacia la inmigración. Si lo que se busca es garantizar un régimen similar o básico para toda la población inmigrante como parece ser el objetivo del art. 14.2 y art. 14.3 LODYLE resulta más adecuado tanto desde el punto de vista del respeto a la autonomía como de la eficacia de la norma acudir a mecanismos de decisión conjunta.

#### **4.4 La colaboración y la coordinación como ámbito de actuación estatal en materia de servicios sociales e inmigración**

Que el Estado central no pueda regular el acceso a los servicios sociales por vía del art. 149.1.2 CE, ya sea inmigración o integración, o por vía de finalidades genéricas vinculadas a la igualdad no implica negarle cualquier posibilidad de actuación al respecto. El Estado posee otros instrumentos mediante los cuales puede actuar en este campo garantizando la autonomía reconocida a las Comunidades autónomas. Un claro ejemplo de ello son las actuaciones realizadas por vía del Fondo para la acogida, el cual tiene como finalidad la configuración de



políticas de integración social de forma coordinada entre el Estado central y las Comunidades autónomas.

El máximo exponente de elaboración de políticas conjuntas había sido hasta el momento la suscripción de convenios en materia de integración de la inmigración. Estos convenios comienzan a ser visibles a finales de la década de los noventa y tienen como base competencial el art. 149.1.1 CE. Por medio de esta vía el Estado transfiere fondos económicos a las Comunidades autónomas para que éstas desarrollen las políticas y los objetivos descritos en los convenios<sup>557</sup>. Teniendo en cuenta que los convenios firmados durante más de una década se caracterizaron por su naturaleza sectorial y su carácter temporal, resultaba difícil para la Comunidades dimensionar los servicios sociales a la nueva realidad tanto de necesidades de gasto como de políticas de integración. El Fondo para la Acogida viene a redimensionar la forma de colaboración entre el Estado y las Comunidades incorpora una perspectiva transversal donde se abordan todos los sectores que se ven implicados con la nueva situación (sanidad, educación, participación, etc) y la LO 2/2009 de reforma de la LODYLE le atribuye un carácter permanente (art. 2 ter.4).

Este mecanismo se desarrolla por medio de la celebración de convenios, hasta el momento anuales, entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Consejería de la Comunidad Autónoma que desarrolla las acciones relacionadas con la integración de los inmigrantes. En términos generales son convenios que transfieren una determinada cantidad presupuestaria y señalan los ejes o principales líneas de actuación con la finalidad de coordinar las actuaciones de las Administraciones Públicas con competencia o que tengan incidencia en la política de integración de los inmigrantes.

Las líneas o ejes de actuación señaladas en los convenios son la acogida, la educación, el empleo, la vivienda, los servicios sociales, la salud, la infancia y juventud, la igualdad de trato, la mujer, la participación, la sensibilización y el codesarrollo. Se prioriza la educación con una asignación del 50% del total<sup>558</sup>. Por otra parte, se establece la derivación de un 40% del total del fondo a las Entidades Locales con mayor presión migratoria. La distribución, gestión y desarrollo del fondo se concreta también de común acuerdo entre todas las

<sup>557</sup> ROIG MOLÉS, E., "Relaciones intergubernamentales en materia de inmigración ... op. cit, p. 90-92.

<sup>558</sup> En relación con la educación se aplica también un criterio de ponderación para su distribución entre las Comunidades. Alumnado extranjero escolarizado 60% y alumnado procedente de países no castellanohablantes 40%.

Comunidades y el Estado en el seno de la Conferencia Sectorial en Inmigración. A tal efecto, el Consejo elabora un “Marco de Cooperación para la Gestión del Fondo de apoyo a la acogida y la integración social de inmigrantes”. La distribución del fondo a las Entidades Locales se realiza dentro de cada Comunidad por medio de la convocatoria de subvenciones<sup>559</sup>.

En relación a los servicios sociales el fondo ha tenido como eje la intervención en las siguientes materias de: a) refuerzo de los servicios de atención primaria; b) desarrollo de programas de convivencia intercultural en especial la mediación social y vecinal; c) atención a menores extranjeros no acompañados; y c) formación de profesionales en la atención a los distintos orígenes y culturas. Lo primero que llama la atención cuando se analiza la delimitación de los ejes de actuación previstos en el marco de cooperación en esta materia es su continua reiteración en los 5 años de ejercicio del Fondo. El único cambio apreciable es el eje de menores no acompañados. En los primeros dos años las actuaciones se centraron esencialmente en la acogida tanto de las personas inmigrantes procedentes de Canarias, Ceuta y Melilla, mientras que en tres últimos años esta actuación se sustituye por el fomento de programas de atención a menores no acompañados<sup>560</sup>. Al margen de este aspecto, lo cierto es que los cambios año tras año son meramente estilográficos sin que pueda observarse una modificación sobre aspectos sustanciales.

---

<sup>559</sup> Los principios generales señalados en el Marco de Cooperación para la gestión del fondo son: a) Igualdad y no discriminación, que busca la equiparación de derechos y obligaciones de la población inmigrante y autóctona, dentro del marco de la Constitución b) Ciudadanía, que implica el reconocimiento del derecho a la plena participación cívica, social, económica y cultural de las personas inmigrantes c) Interculturalidad, como mecanismo de interacción entre personas con distintos orígenes y culturas, valorando y respetando la diversidad cultural y garantizando la cohesión social. Las líneas de intervención se concretan en el refuerzo de los servicios públicos, la complementación de las actuaciones en aquellos ejes en que se detecten mayores necesidades de intervención y de asignación de recursos, la formación de profesionales en interculturalidad, la transferencia de conocimientos y buenas prácticas con objeto de compartir aprendizajes e impulso del tercer sector y sus capacidad de gestión. Asimismo, se señalan los principios para la gestión del fondo y el mecanismo de seguimiento y evaluación. La distribución económica del fondo se realiza conforme al criterio de solidaridad interterritorial que implica por una parte, una aportación estable correspondiente al 10% para todas las Comunidades autónomas y, por otra, la configuración de una partida del 20% denominada de situaciones especiales para las Comunidades con mayor presión migratoria, asignada de manera ponderada a Andalucía, Canarias, Cataluña, Madrid, Murcia, Comunidad Valenciana y las Ciudades de Ceuta y Melilla. Los otros criterios a tener en cuenta son los inmigrantes empadronados 35%, trabajadores afiliados al Régimen Especial Agrario 10% y afiliados en alta a la Seguridad Social 25%.

<sup>560</sup> El cambio responde especialmente a la disminución de la presión migratoria que en los últimos años han vivido tanto Canarias, como Ceuta y Melilla. La activación de vías de cooperación entre el Estado español con los países de origen y la puesta en marcha de la cooperación europea (Frontex) han sido los elementos que llevaron a esta disminución

En términos generales el fondo representó un gran paso hacia la política de decisión conjunta en materia de inmigración e integración, y una respuesta clara frente a las necesidades que genera el aumento de población inmigrante en el territorio. En este sentido, uno de los aspectos mas destacados del mismo ha sido el refuerzo que desde el punto de vista presupuestario ha supuesto los municipios. Por otra parte, el hecho que la determinación de los ejes y la distribución entre territorios se realice en el seno de un órgano de participación entre el Estado y las Comunidades autónomas se ha traducido en la continuidad y estabilidad primero al Consejo Superior de Política de Inmigración y, posteriormente de la Conferencia Sectorial en Inmigración.

No obstante, las cuestiones que plantea tras seis años el desarrollo del Fondo son varias. Hasta el momento su actuación ha sido esencialmente la transferencia de recursos a las Comunidades en el marco de unos principios preestablecidos en Conferencia Sectorial, pero no ha sido un escenario de impulso sobre la discusión en otros temas fundamentales más allá de la distribución anual de los recursos. Los objetivos marcados en el año 2005 pueden dar una idea de cuales fueron en su momento las principales necesidades en relación a los servicios sociales. En este sentido, destaca el refuerzo a la atención primaria, servicios a los que acceden el conjunto de la población y que están pensados para dar respuesta a aquellas situaciones de mayor urgencia, y la atención a los menores que llegaban a las costas Canarias, a Ceuta y Melilla. Sin embargo, el traspaso de los objetivos concretos año tras año, así como la ausencia de procesos de evaluación y seguimiento en la gestión del fondo, parece llevar a dos de los siguientes escenarios<sup>561</sup>.

Si efectivamente se discuten las prioridades en la respectiva conferencia sectorial, entonces la presión sobre los servicios básicos y la atención sobre menores no acompañados parecen ser problemas de mayor profundidad que se encuentran enquistados, problemas que el Fondo ha venido a dar una primera respuesta aunque no suficiente y, por tanto, es necesario fortalecer. Por otra parte, si la reiteración de los ejes concretos de cada año tiene en su origen la ausencia de evaluación y discusión y la dinámica es el cumplimiento de un trámite más administrativo que colaborativo, entonces la potencialidad que puede llegar a tener el Fondo sobre los principales problemas en materia de servicios sociales resulta realmente desaprovechada.

---

<sup>561</sup> La Comunidad autónoma de Cataluña realizó un informe de gestión del Fondo del año 2005. Y, la Comunidad de Andalucía ha sido hasta el momento la más activa en la publicación de las distintas actividades y actuaciones que se realizan mediante el Fondo con la publicación periódica de un boletín oficial (AFAIREA).

Finalmente, cabe señalar que la efectividad de ésta vía de colaboración depende en gran medida de su estabilidad financiera, cuestión que se pone en duda en los momentos de crisis económica y de reajuste de los gastos del Estado. Asimismo, es importante que en la ejecución de las políticas del Fondo se establezcan mecanismos de coordinación entre Comunidades y a nivel territorial con los municipios de forma que éste no termine aplicándose sin tener en cuenta el conjunto.

## **5. La competencia en materia de primera acogida y los servicios sociales**

### **5.1 La tendencia a entender la acogida como servicios sociales**

Un segundo punto de análisis que se infiere de la STC 31/2010 es la identificación que realiza el Tribunal entre primera acogida y servicios sociales. El Tribunal incorpora la competencia prevista en el art. 138.1a) EAC relativa a la *“primera acogida de las personas inmigradas, que incluirá las actuaciones socio-sanitarias y de orientación”* a la competencia de servicios sociales. Entiende que éste precepto no es contrario al Texto constitucional porque *“en el contexto de la integración social y económica de la población inmigrante se insertan el conjunto de competencias o potestades, de evidente carácter asistencial y social que el art. 138.1 EAC atribuye a la Generalitat, las cuales en ningún caso pueden entenderse que releguen la competencia exclusiva en materia de primera acogida de las personas inmigradas (...) debe considerarse circunscrita (...) a las primeras actuaciones socio-sanitarias y de orientación”*.

Siguiendo esta interpretación, la primera acogida es entendida como un servicio que se inserta en los, ya existentes, servicios de información y orientación que se prestan desde los servicios sociales de atención primaria. Retomando lo descrito en el apartado 2.1.1 del Capítulo II, éstos se entienden como un conjunto de actuaciones llevadas a cabo por los centros de atención social con finalidad informar a los usuarios de las prestaciones existentes y evaluar la situación social y derivarla hacia los servicios especializados. El impacto de la inmigración generó que desde los servicios de información y orientación se realizaran actuaciones especializadas en favor de la población inmigrante, en especial, información en diversas lenguas, servicios dirigidos al conocimiento del entorno, del sistema sanitario, del educativo y la información sobre redes de ONG's que prestan servicios y ayuda a esta población.

Ubicar la acogida como materia parte de la asistencia social tiene sentido para los primeros años de inmigración en España. La propia estructura y función de los servicios sociales les configuran como una de las primeras administraciones a la que acuden los inmigrantes en el momento de llegada. Las solicitudes se centraban en información sobre el funcionamiento general de los servicios y administraciones (servicios sanitarios, educativos, vivienda, empadronamiento, entre otros), o bien en la solicitud de ayudas para sus primeros momentos de instalación. Factores como la proximidad y el trato cercano facilitaron que se acudiera a los trabajadores sociales como un primer contacto con la administración.

Esta atención primaria prestada por los servicios sociales trajo una especialización por parte de los centros de servicios sociales sobre las necesidades específicas que planteaba la inmigración y, posteriormente, creó una dinámica donde se vinculan las políticas de primera acogida y se centran en actuaciones relacionadas con la integración. En sentido contrario a lo que sucede a nivel estatal donde la inmigración ha servido de título competencial para dictar normas en materia de servicios sociales, en el ámbito autonómico ha sido la competencia en materia de servicios sociales la que ha legitimado, al menos en su inicio, el desarrollo políticas en materia de integración.

A partir de la primera década del presente siglo las Comunidades autónomas se encaminan hacia la elaboración de sus primeros planes autonómicos de integración. Los planes se elaboran e impulsan en su mayoría desde los departamentos de acción social, bienestar social o servicios sociales, según sea la denominación autonómica. Las actuaciones previstas en dichos planes tienen un alcance transversal e incorporan otros sectores como la acogida, la educación, el espacio urbano o la vivienda pero, en varios de ellos, la diferencia entre primeras actuaciones realizadas desde los servicios sociales y actuaciones de integración no están de todo diferenciadas. Un claro ejemplo de esta tendencia es la definición de “acogida y acompañamiento” incluida en el Plan Director de Inmigración y Convivencia 2008-2011 de la Comunidad Valenciana *“El Plan Director (...) se plantea la acogida de las personas inmigrantes, abordando el alojamiento temporal y la cobertura de una serie de necesidades más inmediatas como por ejemplo el acceso a los servicios sociales, el conocimiento de las lenguas y la historia de la sociedad de acogida”*<sup>562</sup>.

---

<sup>562</sup> Una orientación distinta es la incorporada en el Fondo para la acogida. El Fondo comienza por diferenciar entre acogida y servicios sociales, respecto de la acogida se diferencia entre dos tipos: el primero, programas de acogida que incluyan proyectos de introducción a la sociedad de acogida, acciones de derivación a servicios



Esta posición se refleja también en algunas interpretaciones jurisdiccionales. Junto con la ya descrita STC 31/2010, la Sentencia 711/03, de 30 de septiembre de 2003 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco<sup>563</sup>, entendió que la creación del Foro para la Integración y Participación Social de las ciudadanas y los ciudadanos inmigrantes en el País Vasco no implica una vulneración del Título competencial estatal<sup>564</sup> porque *“el objetivo que se asigna al Foro de contribuir a desarrollar una política activa integral de inmigración basada en la integración social de las y los ciudadanos inmigrantes tiene encaje cabal en el ámbito competencial atribuido a la Comunidad Autónoma Vasca, especialmente en materia de asistencia social, aunque también en otras como educación, sanidad, vivienda, ejecución de la legislación laboral”*. Es llamativo que en el mismo sentido que la STC 31/2010 se vincule actuaciones relacionadas con la integración con la competencia en materia de asistencia social.

Si se entiende que la primera acogida se desarrolla dentro de este ámbito de actuación, no cabe duda de que efectivamente esta submateria forma parte de la competencia exclusiva y autonómica en materia de servicios sociales. Sin embargo, varios elementos llevan pensar que aquello que el estatuyente buscaba con la incorporación de esta materia tenía un alcance superior a la atención social.

En primer lugar, destaca que la “primera acogida” se ubicara en el título competencial referido a la inmigración (art. 138 EAC) y no a los servicios sociales (art. 166 EAC), ubicación que evidencia una clara intención del estatuyente de configurar la primera acogida como algo distinto de los servicios de atención primaria. Este argumento se refuerza si se tiene en cuenta que uno de los principales objetivos de la reforma estatutaria era dotar de contenido a cada una de las competencias autonómicas, acudiendo a un cuidado desglose de

---

públicos, enseñanza de la(s) lengua(s) de la sociedad de acogida e itinerarios de inserción. La segunda, es una acogida de personas inmigrantes en situación de vulnerabilidad, que incluye alojamiento y manutención, desde el punto de vista de éste trabajo la segunda acogida del Fondo pertenece efectivamente a los servicios sociales, véase, Marco de Cooperación para la gestión del Fondo de Apoyo a La Acogida y la Integración de inmigrantes y al Refuerzo Educativo 2010. También son más claros a la hora de diferenciar entre acogida y servicios sociales, el Plan de Integración de la Comunidad de Madrid 2009-2012 y el Pla de ciutadania i Immigració de la Generalitat de Catalunya 2009-2002. El II Plan Vasco de inmigración 2007-2009.

<sup>563</sup> En este caso el Gobierno central impugnó el Decreto del Gobierno Vasco 200/02, de 30 de agosto, por el que se crea el Foro para la Integración y Participación Social de las ciudadanas y los ciudadanos inmigrantes en el País Vasco, por entender que infringía las competencias atribuidas al Estado en materia de extranjería e inmigración en el art. 149.1.2 CE.

<sup>564</sup> El Gobierno autonómico alegó la indamisibilidad por defecto de jurisdicción por tratarse en realidad de un conflicto positivo de competencias atribuido al conocimiento del Tribunal Constitucional, pero la Sentencia en sus primeros fundamentos jurídicos desestima la alegación.

cada una de las materias que conforman cada título<sup>565</sup>. Por esta razón, si por primera acogida el estatuyente tenía en mente los servicios de información y valoración que se prestan desde la atención básica y que como consecuencia de la llegada de nueva población se han adaptado a las necesidades y especialidades que plantea este colectivo, entonces dado el mimético cuidado a la hora de ubicar cada submateria en el título, ésta se hubiera incorporado a la competencia prevista en el art. 166 EAC.

En segundo lugar, el desarrollo que el legislador autonómico le ha dado a la competencia prevista en del art. 138.1 a) EAC, la *Ley catalana 10/2010 de acogida*, desborda claramente el ámbito material de los servicios sociales y configura los servicios de primera acogida como un conjunto de prestaciones que tienen como finalidad última la integración de los inmigrantes. En este sentido la exposición de motivos señala que “*No debe entenderse la acogida como el proceso de integración completo. (...) es la primera etapa de un proceso que dura varios años y que en muchos casos va más allá de la obtención de la nacionalidad o de la segunda o tercera generación. (...) Los servicios de acogida deben coexistir con el resto de posibilidades, como por ejemplo servicios sociales, vivienda de inclusión, inserción sociolaboral, educación, asistencia sanitaria, etcétera*”

Esta afirmación se refuerza cuando se analiza la configuración y el alcance que se la ley da a la primera acogida. A lo largo del artículo la primera acogida se convierte en acogida y se configura como la realización de cursos en materia de lengua, conocimiento de la sociedad catalana y conocimientos laborales. En este sentido, la Ley catalana 10/2010 de acogida se equipara a lo que en el derecho comparado se ha denominado como cursos de integración<sup>566</sup>. En Alemania, Francia y Países Bajos los Estados se han configurado los programas de integración en base a cursos de lengua y educación cívica así como un seguimiento individual por parte de lo que se denomina un *case manager* (mediador)<sup>567</sup>.

---

<sup>565</sup> VIVER i Pi-SUNYER, C., “En defensa de los Estatutos de Autonomía como normas jurídicas delimitadoras de competencias. Contribución a una polémica jurídico-constitucional”, en RUIZ-RICO RUIZ, G., (Coord.) *La reforma de los Estatutos de Autonomía: actas del IV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2006, pág. 45-80.

<sup>566</sup> PAJARES ALONSO, M., “Inmigración y políticas de integración”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho* ...op.cit.,

<sup>567</sup> Sobre el contenido, problemas en la aplicación y efectividad de los cursos de integración véase., MICHALOWSKI, I., “Modelos de acogida en Alemania, Francia y los Países Bajos: diseño y efectividad de los programas de acogida e integración”, en *Políticas y modelos de acogida. Una mirada transatlántica: Canadá, Alemania, Francia y los Países Bajos*. Barcelona, Documentos CIDOB Migraciones, núm.12, 2007, p. 70 y ss. GUIRAUDON, V., *Contratos de integración para inmigrantes: tendencias comunes y diferencias en la*

En tercer lugar, no tiene sentido entender que la primera acogida que desarrolla la Comunidad autónoma debe limitarse exclusivamente a la prestación de servicios asistenciales. Razonar que el carácter exclusivo del art. 149.1.2 CE limita la primera acogida a los servicios sociales e impide que ésta incorpore actuaciones relacionadas con la integración es una postura no sólo lesiva con la autonomía reconocida a las autonomías, sino además es una posición alejada de la realidad social de las Comunidades autónomas y los municipios. En la práctica son las entidades territoriales descentralizadas las administraciones que más actuaciones realizan con el fin de lograr la integración, dado que son ellas quienes que mejor conocen tanto la población como los problemas que plantea la integración y, por lo tanto, en la práctica quienes proponen soluciones. En cualquier estructura descentralizada, el establecimiento y la evaluación de la distribución de poderes y competencias, resulta imprescindible para la gestión eficiente. En un contexto autonómico es consustancial a la elaboración y gestión de las políticas públicas la descentralización, la cual en materia de inmigración e integración debe partir de parámetros generales comunes y coordinados.

Por lo tanto, la acogida es más integración que servicios sociales y si bien ambos ámbitos no pueden ser concebidos como compartimientos estancos, en la medida en que son sectores que tienen un objetivo genérico compartido, es importante señalar que cumplen una función distinta.

Desde un concepto amplio de integración de la inmigración, indudablemente la asistencia social cumple un papel clave pero, debe resaltarse que ni la integración es exclusivamente asistencia social, ni la integración debe limitarse única y exclusivamente a los sujetos que acceden a los servicios sociales. Actualmente, las redes de inmigrantes y amigos son quienes en la mayoría de casos informan al recién llegado del funcionamiento general de los servicios y administraciones, además la llegada de inmigración se ha reducido notablemente y la atención desde los servicios sociales se focaliza en atención social propiamente dicha. En este sentido, las necesidades no son ya un primer contacto con el entorno sino la integración. Bajo esta nueva realidad social es la integración de la inmigración la que toma protagonismo.

Ambos campos comparten el objetivo genérico de conseguir la integración del individuo

dentro de la sociedad. Sin embargo, la asistencia social es la respuesta ante la situación de necesidad generada por circunstancias como la carencia de recursos económicos o el acontecimiento de una contingencia que impiden a una persona valerse por sí misma y, por lo tanto, las actuaciones irán encaminadas a lograr que la persona tenga cubiertas sus necesidades básicas y garantizarle así unas condiciones de vida dignas, así como impulsar, en los casos en que así se requiera, la inserción laboral. Ahora bien, sin dejar de ser éstas relevantes para el proceso de integración social de los inmigrantes<sup>568</sup>, el objetivo de la integración de la inmigración se centra en lograr un marco común de convivencia donde de puedan compartir pautas culturales y/o de comportamientos. Y, dentro de las múltiples medidas y actuaciones que se puedan llevar a cabo para lograr este marco común de convivencia, los Estados y las entidades territoriales han configurado los denominados cursos de integración o acogida. Además, si se concibe la integración como un proceso bidireccional<sup>569</sup> entonces, las actuaciones en favor de la integración no deben ir exclusivamente dirigidas a los inmigrantes como sujetos “integrables”, sino que deberá tenerse en cuenta a toda la población.

Finalmente, cabe señalar que desde la perspectiva de la integración de la inmigración las cuestiones que desde los servicios sociales pueden favorecer a dicho proceso, no es exclusivamente el acceso a estas prestaciones, sino también el tratamiento de otros aspectos como son: las respuestas frente a la huida de las clases medias de los servicios sociales; la creación de redes alternativas subvencionadas por el sector público para evitar justamente la percepción, errónea, de un copamiento de las prestaciones por parte de los inmigrantes; el análisis sobre el condicionamiento de las prestaciones sociales a elementos como la asistencia a cursos de inmigración o la escolarización de hijos; o el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación en el sentido que la propia legislación de extranjería le otorga,

---

<sup>568</sup> Esta posición no ignora la relación que presente entre el éxito de las actuaciones desde los servicios sociales y la integración. Sin ser generalizable la carencia de recursos un factor importante, aunque no el único, que obstaculiza el proceso de integración y genera en las clases más humildes una lucha por los recursos escasos. Por el contrario la estabilidad económica del inmigrante favorece su proceso de integración y aleja tópicos como el que los inmigrantes son los grandes beneficiarios del Estado del bienestar.

<sup>569</sup> La integración como un proceso bidireccional es el punto de partida de la COM (2000), 757, de 22 de noviembre de 2000, en esta comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de inmigración se define la integración como “un proceso bidireccional basado en derechos mutuos y obligaciones correspondientes a los ciudadanos de terceros países en situación legal y de la sociedad de acogida, que permite la plena participación de los inmigrantes”. Este concepto ha sido reiterado en COM (2001) 387 final, de 11 de julio, Comunicación de la Comisión al Consejo y Parlamento Europeo relativa a un método abierto de coordinación de la política comunitaria en materia de inmigración y COM (2003) 336 final, de 3 de junio, Comunicación de la Comisión al Consejo, al parlamento Europeo y al Comité económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre inmigración, integración y empleo.

entre otros.

## 5.2 La acogida como una competencia compartida

Si se entiende que la competencia sobre primera acogida del art. 138.1a EAC tiene como referencia la integración de la inmigración y no los servicios sociales, entonces el problema que plantea el texto estatutario no es, desde el punto de vista de este trabajo, una vulneración al art. 149.1.2 CE sino la configuración de la submateria bajo la categoría de exclusiva.

La propuesta de Reforma aprobada por el Pleno del Parlamento de Cataluña el 30 de septiembre de 2005 señalaba (art. 138.1): *“Corresponde a la Generalidad la competencia exclusiva en materia de régimen de acogida e integración de las personas inmigradas, que incluye en todo caso: a) El establecimiento y la regulación de garantías con relación a los derechos y los deberes de las personas inmigradas”*. Entender que la Comunidad autónoma pose competencia exclusiva en materia de acogida e integración y, por lo tanto, excluir cualquier actuación del Estado central sobre la misma desborda claramente el alcance de la competencia autonómica. Bajo este contexto, parece ser que el legislador central optó por no inquietar el término exclusivo y, en contrapartida, vincular la acogida a los servicios sociales, así la acogida del texto estatutario del 30 de septiembre pasa a ser primera acogida y se introduce la coletilla *“que incluirá las actuaciones socio-sanitarias”* para ajustarla así al marco constitucional. Y, en cierta medida esta última modificación al art. 138.1a del EAC es el elemento que permite al Tribunal Constitucional en la STC 31/2010 deducir la constitucionalidad del mismo e incluirlo en la competencia de servicios sociales.

Este resultado lleva a una confusión de la definición de la competencia donde se desvirtúa tanto su función, no es una competencia exclusiva sino compartida, como la materia no son servicios sociales sino integración de la inmigración. El Tribunal Constitucional además de no aclarar los conceptos profundiza en la confusión al mantener la exclusividad de la competencial de art. 149.1.2 CE y delimitar el contenido del art. 138.1 a del EAC a los servicios sociales. De esta forma, uno de los problemas que plantea el ordenamiento jurídico autonómico es la falta de clarificación entre ayudas sociales a inmigrantes en situación de vulnerabilidad o la primera información o contacto con el mismo y la acogida como un instrumento más de las múltiples medidas que pueden desarrollarse dentro de las políticas de integración. Respecto de las primeras, tal como señala la STC 31/2010 en su FJ.83 son



servicios sociales y la competencia corresponde a la Comunidad autónoma de manera exclusiva. Respecto de la segunda, en sentido contrario a lo que plantea la STC 31/2010, es un ámbito sobre el cual pueden actuar las Comunidades autónomas bajo un esquema de bases-desarrollo, como se ha planteado en este trabajo. La integración es un fin tanto para el Estado central como para las Comunidades autónomas que debe desarrollarse en el marco del Estado autonómico, lo cual quiere decir que ni compete de forma exclusiva al Estado como sostiene el Tribunal Constitucional, ni compete de forma exclusiva a la Comunidad autónoma como parece ser la intención del Estatuto de autonomía y, en especial, de la ley de acogida.

El empeño tanto del Tribunal Constitucional como del Estatuto de autonomía de entender la competencia en materia de acogida y integración de la inmigración bajo la categoría de competencias exclusivas y atribuirle respectivamente a un solo ente territorial, sea el Estado central sea la Comunidad autónoma, reproduce una concepción errónea del marco en que actualmente se configuran las políticas de integración, donde la concepción multinivel está claramente presente. Es así como tanto la Unión Europea, los Estados, las Comunidades autónomas y los entes locales, actúan diariamente tanto desde la elaboración y configuración de políticas de integración como desde la perspectiva jurídica en el establecimiento de un marco normativo para facilitar dicho proceso. Junto con la perspectiva territorial como ya se ha señalado anteriormente la integración es una materia esencialmente transversal y donde las medidas adoptadas por cada ente resultarán ineficaces si se conciben como competencia exclusivas.

### **5.3 El esfuerzo de integración de la LODYLE y las leyes autonómicas sobre integración.**

De todas materias que contiene el título competencial de inmigración posiblemente, la integración es la materia en la que la descentralización ha tenido mayor reflejo. En este sentido, las reformas estatutarias juegan un papel de impulso hacia una visión competencial compartida en materia de integración, posteriormente Cataluña y Valencia aprueban respectivamente sus leyes de integración y, finalmente la LO 2/2009 profundiza en esta dirección.

Como se ha descrito, el gran protagonista en materia de integración de la inmigración son los

cursos de integración, llámense “compromiso de integración” (art.6 de la ley valenciana)<sup>570</sup>, “acciones formativas e informativas” (art.14 de la Ley de acogida) ó “acciones formativas” (art.31.7 LODYLE). Lo cierto es que los legisladores estatales y autonómicos han tomado la senda de introducir, en el ordenamiento jurídico, un instrumento a través del cual se busca comprobar el “esfuerzo de integración del extranjero”, dejando dicha función en manos de las Comunidades.

Bajo este contexto es previsible que en los próximos años cada una de las Comunidades autónomas apruebe una ley de integración o al menos los criterios básicos para la emisión de los informes de integración donde se incorporen aspectos como: el ente responsable de la gestión, los criterios sobre los cuales se valora el esfuerzo de integración, el contenido y duración de las acciones formativas, entre otros aspectos.

En este escenario de futuro con un protagonismo importante de los distintos entes territoriales resulta imprescindible impulsar instrumentos de colaboración y la coordinación entre las diferentes administraciones que se ven involucradas en el procedimiento. Hasta el momento, tan sólo la Comunidad autónoma de Cataluña ha emitido norma sobre el desarrollo de la competencia en informes de integración y, por esta razón, lo señalado a continuación se centrarán en esta Comunidad autónoma sin perjuicio de que lo dicho sea aplicable también a futuras normas autonómicas.

### **5.3.1 La coordinación dentro del territorio autonómico.**

Además de las acciones formativas descritas, la LO 2/2009 deja también en mano de las Comunidades autónomas la emisión de los informes a efectos del procedimiento de arraigo<sup>571</sup>. Al respecto cabe mencionar que de los certificados de arraigo, que Real decreto 2393/2004 de reglamento de la LODYLE (norma derogada por el Real Decreto 577/2011) atribuía a los municipios la competencia de emitir el certificado de integración a efectos del procedimiento de arraigo social. Posteriormente, la reforma de la Ley Orgánica 2/2009 de la LODYLE, nuevamente en su propósito de participación autonómica, deja en manos de las Comunidades

---

<sup>570</sup> En relación con la Ley valenciana cabe señalar que es una norma que se mueve más en el campo de las grandes declaraciones que en la regulación práctica de los denominados compromisos de integración. AJA FERNÁNDEZ, E., “La integración social de los inmigrantes ... op.cit., p.37.

<sup>571</sup> La figura del arraigo se entiende como un procedimiento mediante el cual el inmigrante en situación irregular puede acceder al permiso de residencia y trabajo si cumple los requisitos fijados tanto en la Ley como en el reglamento de extranjería, véase art. 124 del Reglamento 577/2011 de la LODYLE.

autónomas y, en su caso de los municipios, la competencia sobre emisión de informes de arraigo (art. 68.3)<sup>572</sup>. El Real Decreto 577/2011, reglamento de la LODYLE (párrafo quinto, art. 124.2c) señala: “*el informe de arraigo referido anteriormente podrá ser emitido por la Corporación local en la que el extranjero tenga su domicilio habitual, cuando así haya sido establecido por la Comunidad Autónoma competente*”.

Según *Instrucció 1/2012 de la Direcció General per a la Immigració del Departament de Benestar Social i Família per la qual s'estableixen els criteris generals per a l'elaboració dels informes d'estrangeria competència de la Generalitat de Catalunya*. Según la Instrucción la Generalidad de Cataluña es el ente competente para emitir tanto los informes en materia de acciones formativas como los informes a efectos del procedimiento de arraigo. No obstante, el Ayuntamiento donde la persona se encuentre empadronada deberá emitir un informe previo denominado “document proposta”. La Instrucción también incorpora unos criterios generales relativos a los criterios para valorar, en ambos casos (integración y arraigo), el esfuerzo de integración por parte del inmigrante, así se valorará que la persona conoce suficiente la sociedad catalana y tiene competencias lingüísticas básicas tanto en castellano como en catalán, y si ha participado en los servicios de acogida o en la red asociativa del territorio. En el caso de contrastar que los conocimientos son insuficientes, los servicios municipales les orientarán hacia los recursos de acogida disponibles.

Según la Instrucción el interesado deberá dirigirse al Ayuntamiento donde se encuentra empadronado y solicitar la emisión del Informe ya sea de arraigo o de integración, posteriormente el Ayuntamiento valorará el nivel de integración entendido como el conocimiento de las lenguas oficiales y la realización de cursos de acogida o de formación socio-laboral y emitirá un informe previo, el cual deberá enviarse a la Dirección General de Inmigración de la Generalidad de Cataluña. La Dirección General es el ente encargado de emitir el informe final, favorable o desfavorable, y notificarlo tanto al interesado como a la Oficina de Extranjeros y al Ayuntamiento. La única diferencia de los elementos a valorar entre los criterios de integración del procedimiento de arraigo y de integración a efectos de la renovación de los permisos de residencia es el nivel de lengua catalana requerido. Según la

---

<sup>572</sup> El artículo 68.3 LODYLE establece que: con carácter previo a la concesión de autorizaciones por arraigo, las Comunidades Autónomas o, en su caso, los Ayuntamientos, emitirán un informe sobre la integración social del extranjero cuyo domicilio habitual se encuentre en su territorio. Reglamentariamente se determinarán los contenidos de dicho informe. En todo caso, el informe tendrá en cuenta el periodo de permanencia, la posibilidad de contar con vivienda y medios de vida, los vínculos con familiares residentes en España, y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales.

Instrucción en casos de arraigo se realizará una entrevista con el interesado de la cual debe poder comunicarse mínimamente en ambas lenguas. En el caso del certificado relativo al esfuerzo de integración la persona debe poder comunicarse en ambas lenguas oficiales y, podrá acreditarse la formación lingüística por medio de los cursos realizados o con las certificaciones oficiales que acrediten como mínimo el nivel A2

Bajo la actual regulación, en el ordenamiento catalán se configura un doble procedimiento para la comprobación de la integración del inmigrante: por una parte, la realización de los cursos de acogida o de acciones formativas que según la Ley catalana deberán prestar los municipios de más de 20.000 habitantes. Por otra parte, tanto para el procedimiento de arraigo como para el de renovación de los permisos de residencia se deberá solicitar otro informe ante el Ayuntamiento, el cual tras valorar elementos como la realización de los cursos de la Ley de acogida u de otros del tercer sector, una entrevista con el solicitante para evaluar sus habilidades lingüísticas o el nivel A2 de catalán deberá emitir un documento propuesta el cual se remitirá a la Dirección General de Inmigración de la Generalidad de Cataluña y ésta última instancia deberá emitir el Informe final positivo o negativo a efectos de cada procedimiento.

Conforme a los principios de simplificación administrativa y eficiencia debería entenderse que la realización de los cursos de integración, en este caso los previstos en la Ley de acogida, y la certificación que de los mismos emita las entidades locales son las actividades de formación que a efectos de la LODYLE se exige tanto para el procedimiento de arraigo como para el de renovación del permiso de residencia. En este sentido, se configuran dos procedimientos que tienen la misma finalidad: contribuir y comprobar en el nivel de integración del inmigrante que en caso del informe de arraigo serán para el inmigrante en situación irregular y en caso del informe sobre las acciones formativas será para el procedimiento de renovación de permiso de residencia.

En este sentido, la actuación de la Comunidad autónoma tendría que desarrollarse en el marco de coordinación general, donde sea la Comunidad quien reglamente los criterios generales sobre los informes que deben realizar los municipios, en especial, los criterios que diferencian el nivel de integración que se requiere para el arraigo y el que se requiere para las renovaciones, así como el soporte tanto técnico como financiero hacia los municipios. Esto es así, porque sin duda quien mejor puede valorar la integración del inmigrante es la

administración más cercana al municipio, no se entiende bajo que parámetros objetivos puede la Comunidad autónoma desvincularse del informe previo emitido por el Ayuntamiento. Si, en todo caso quien ha realizado la entrevista y los cursos de conocimiento del entorno, lengua y habilidades socio-laborales son justamente los municipios. En el caso de la Generalidad de la Cataluña la opción no fue ni dar desarrollo reglamentario a la Ley de acogida adecuándolo a la LODYLE, ni derogar la Ley de acogida y elaborar una nueva en el marco de la LODYLE, sino crear su propio procedimiento por vía de Instrucción al margen de la ley de acogida. Además, cabe señalar que en relación a las renovaciones teniendo en cuenta que deben realizarse cada año o cada dos años, entonces la duplicidad implica una carga administrativa importante para los municipios

### 5.3.2 La Lengua

El aprendizaje de la lengua resulta ser un elemento básico e indiscutiblemente necesario para llevar a cabo el proceso de integración, es difícil pensar que la acomodación del inmigrante en la sociedad de acogida y viceversa sea posible sin los elementos básicos de la comunicación. En vista a esta realidad las acciones de integración que se llevan a cabo en todos los países receptores de inmigración incluyen con mayor o menor extensión el conocimiento de la lengua. Al margen de las cuestiones que el aprendizaje de la lengua plantea para el proceso de integración, desde el punto de vista competencial si la integración de la inmigración y las acciones de acogida se conciben como una competencia compartida entre el Estado y las Comunidades autónomas, la participación de éstas últimas en desarrollo en los aspectos relacionados con el aprendizaje de las lenguas es innegable.

La LO 2/2009 de reforma de la LODYLE se limita a señalar que *las administraciones fomentarán el aprendizaje de las lenguas oficiales de la comunidad autónoma*. La opción es el fomento de ambas lenguas, sin embargo se pasa por alto los términos en que se viene planteando la discusión: ¿puede la Comunidad autónoma optar por fomentar en primer lugar una de las lenguas oficiales?. Justamente este es el contexto en que se sitúa el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del pueblo contra la Ley catalana de acogida<sup>573</sup>. Ahora bien, teniendo en cuenta los límites en que el Tribunal Constitucional ha

---

<sup>573</sup> Recurso de inconstitucionalidad núm. 6352-2010, en relación al artículo 9. apartados 2.4 i 5 de la Ley de Catalunya 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de les persones immigradas y retornadas a Catalunya.



situado la pluralidad lingüística, en especial la STC 31/2010<sup>574</sup>, los márgenes para la Comunidad autónoma parecen ser escasos; pese a que, en este caso dada la conformación migratoria, una parte importante es de origen latinoamericano, el aprendizaje del castellano no parece suscitar en sí una necesidad. En este sentido deberían configurarse normas abiertas con criterios flexibles que permitan a la Comunidad autónoma fijar los criterios en función de su propia diversidad interna<sup>575</sup>. Cabe señalar que la discusión que plantea la Ley de acogida no parece trasladarse al procedimiento de la emisión de informes por parte del Generalidad de Cataluña. Así, la Instrucción 1/2012 opta por el fomento de ambas lenguas.

### 5.3.3 La coordinación entre Comunidades autónomas

Ante la habilitación que realiza la LODYLE a las Comunidades autónomas para la emisión de los informes de integración la perspectiva de diversas normas autonómicas parece ser una realidad cercana. Por lo tanto, resulta más que necesario fijar por vía de la colaboración criterios comunes sobre los mismos, así como diseñar instrumentos de reconocimiento mutuo. Hasta el momento, más allá de la sensibilidad autonómica presente en el Reglamento de extranjería y en las propias disposiciones de la reforma de la LODYLE no se han previsto vías para evitar futuras duplicidades administrativas. Ante las pocas expectativas de celebración de una Conferencia de Presidentes, el marco del Fondo para la Acogida podría plantearse como el lugar e instrumento idóneo para que las autonomías tratasen este tema.

Ante la ausencia de coordinación multilateral ha sido nuevamente el Estado central quien a través de instrucciones intenta colmar los vacíos que la coordinación no llena. La *Instrucción DGI/SGR/8/2011 en materia de informes s sobre esfuerzo de integración* fija unos criterios generales del contenido de los informes que deben emitir las Comunidades (título de la acción formativa, número de horas totales, nivel de asistencia y la valoración sobre el esfuerzo de integración). La previsión de una amplia diversidad de criterios en la emisión de estos certificados basada en la discrecionalidad de las administraciones autonómicas o locales no es un escenario de futuro del todo lejano en materia de inmigración. En este sentido, si se valoran otras actuaciones en materia de inmigración como son el procedimiento de

<sup>574</sup> PONS PARERA, E., "La llengua en la Sentència del 28 de juny de 2010", en *Revista catalana de Dret Públic: Especial Sentència 31/2010* ... op. cit., p.149-153.

<sup>575</sup> Sobre las implicaciones de la inmigración en la diversidad lingüística véase PONS PARERA, E., "Llengua i immigració a l'estat autonòmic i a Catalunya: una aproximació jurídica", en *Revista d'estudis Autonòmics i Federals*, núm. 11, 2010, p.210.

empadronamiento o el procedimiento de emisión de la tarjeta de discapacidad para menores en situación irregular se concluye que la aplicación de parámetros distintos sobre criterios discrecionales es una práctica frecuente. Asimismo, teniendo en cuenta el alto nivel de movilidad territorial entre la población inmigrante es necesario el desarrollo de mecanismos de colaboración sobre reconocimiento mutuo de certificados de integración emitidos por diversas administraciones ya sean autonómicas o locales.

La homogenización de estos criterios por parte del Estado central sin duda conllevaría la vulneración de principios básicos como la autonomía, de ahí que la instrucción se limite a aspectos muy generales, sin embargo la ausencia de vías de decisión conjunta entre Comunidades Autónomas puede llevar a un modelo de diversos estándares de integración y de mayor o menor facilidad de obtención del certificado. Esta posibilidad se hace más evidente cuando la LO 2/2009 de reforma a la LODYLE abre la puerta a que las entidades privadas pueden emitir también informes sobre el esfuerzo de integración y cuando se prevé que sean los municipios quienes emitan también dicho certificado. Y, cuando, como es el caso de Cataluña, se integra también un informe previo de los Ayuntamientos, sin que la Instrucción 1/2012 de la Generalidad prevea normas más allá de criterios formales de emisión de los certificados.

En ese sentido, la ausencia de mecanismos de colaboración y coordinación comportaría un detrimento en los principios de eficacia y eficiencia administrativa y una sobrecarga de gestiones para los municipios que tendrían que establecer un nuevo procedimiento con unas características muy similares para los tres certificados (arraigo, acogida e integración). Además, cabe mencionar que la administración local ya se caracteriza por gestionar un amplio número de trámites relacionadas con la inmigración (certificados del padrón, de convivencia, certificaciones e inspecciones de vivienda, garantía de contratos de alquiler).

Por estas razones, es necesario el establecimiento de convenios y mecanismos de colaboración con el objetivo que la emisión de los certificados de integración y la gestión de la inmigración, no tengan como efecto negativo profundizar en la percepción, muchas veces real, por parte de los municipios de sobrecarga como consecuencia del fenómeno migratorio. Y, por otra parte, avocar al inmigrante a un peregrinaje de certificados y cursos diversos. Al respecto cabe mencionar el Dictamen del Comité de las Regiones 2009/C76/07 sobre "Una política común de emigración para Europa", en el cual el Comité: "observa que una política

común de inmigración, al simplificar los procedimientos administrativos de acogida de inmigrantes, podría dar lugar a una reducción significativa de las cargas administrativas, tanto para los Estados miembros como para los entes regionales y locales”<sup>576</sup>.

## **II. FUNCIÓN DEL ARTÍCULO 149.1.1ª CE Y SU INCIDENCIA SOBRE EL SISTEMA AUTONÓMICO DE SERVICIOS SOCIALES**

### **1. Incidencia del art. 149.1.1ª CE sobre el derecho de la población inmigrante a los servicios sociales**

Desde la perspectiva competencial una segunda opción para regular el acceso a los servicios sociales es acudir al título previsto en el art. 149.1.1 CE y afirmar que, mediante este artículo, el Estado central puede regular el acceso a las prestaciones asistenciales de la población inmigrante. Esta posibilidad no es del todo extraña en el ordenamiento español pues, en virtud de la competencia otorgada al Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, se dicta la Ley 39/2006, de la dependencia.

Según el art. 5 de la Ley

*Son titulares de los derechos establecidos en la presente Ley los españoles que cumplan los siguientes requisitos:*

- 1 Encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos.*
- 2 Para los menores de 3 años se estará a lo dispuesto en la disposición adicional décimotercera.*
- 3 Residir en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Para los menores de cinco años el periodo de residencia se exigirá a quien ejerza su guarda y custodia.*

El inciso segundo del artículo añade

---

<sup>576</sup> Dictamen del Comité de las Regiones 2009/C 76/07 “Una Política Común de Emigración para Europa” (DOUE, C 76/34, de 31/03/2009).

*2. Las personas que, reuniendo los requisitos anteriores, carezcan de la nacionalidad española se regirán por lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en los tratados internacionales y en los convenios que se establezcan con el país de origen. Para los menores que carezcan de la nacionalidad española se estará a lo dispuesto en las Leyes del Menor vigentes, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, así como en los tratados internacionales*<sup>577</sup>.

Mediante este precepto el Estado fija el régimen de acceso a las prestaciones de la dependencia por parte de la población inmigrante. Según el art. 5 para acceder a las prestaciones establecidas en la Ley se requiere, además de encontrarse en una situación de dependencia, haber residido en territorio español durante 5 años, dos de los cuales inmediatamente anteriores a la solicitud de la prestación.

La regulación prevista en el art. 5 de la Ley de Dependencia plantea, al menos desde el punto de vista de este trabajo, dos cuestiones: el primer aspecto se refiere al estudio del principio de igualdad y no discriminación y, concretamente, la posibilidad de exigir un determinado número de años de residencia para acceder a una prestación social. El segundo centrado en la adecuación de dicho precepto al régimen competencial, es decir, la posibilidad que mediante el art. 149.1.1 CE pueda el Estado central configurar el acceso a las prestaciones sociales. Este apartado tiene como objeto es análisis de la segunda de las cuestiones planteadas, respecto a la primera se remite a lo descrito en el punto 1.2 del apartado del III del capítulo segundo y en punto 2.4 del apartado III del capítulo tercero esta tesis.

Como es ampliamente conocido el art. 149.1.1 CE otorga al Estado central una competencia exclusiva sobre “*La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*”. La doctrina tiende a situar, bien a la Ley Fundamental de Bonn, bien a la Constitución Española de 1931 como los textos de referencia que inspiran la incorporación a la Constitución Española de 1978 de dicho título competencial. Para Baño León, la existencia de presupuestos históricos políticos reflejados en el factor nacionalista, factor descentralizador y de desequilibrio territorial invocan la necesidad de introducir el concepto de uniformidad de las condiciones de vida, previsto en el art. 72.2 de la Ley Fundamental de Bonn, como

---

<sup>577</sup> Sobre el acceso a las prestaciones configuradas en la Ley de la dependencia por parte de menores extranjeros discapacitados cabe recordar que la Ley orgánica 2/2009 reconoce el acceso a los mismos con independencia de su situación administrativa, véase el apartado 1.2 del capítulo II.

elemento que equilibre y garantice la unidad en el territorio<sup>578</sup>. A su entender, dicha uniformidad puede identificarse con “la necesidad del mínimo común denominador que un Estado políticamente descentralizado requiere, constituye una limitación al poder de las Comunidades autónomas. Al mismo tiempo, el reconocimiento del principio de uniformidad de las condiciones de vida explica la necesidad de disminuir o, al menos no aumentar las diferencias entre las diferentes regiones, de manera que en todas ellas pueda existir un marco equiparable de servicios y prestaciones públicas, dentro del cual coexistan la diversidad legislativa y administrativa propias de un Estado descentralizado”<sup>579</sup>. Bajo éste presupuesto, el art. 149.1.1 CE es una de las reglas que introduce la Constitución para garantizar la uniformidad<sup>580</sup>.

En sentido contrario, Pemán Gavín enlaza la regla competencial del primer apartado del art. 149.1 CE con el art. 14 de la Constitución Española de 1931. El art. 14 de la Constitución republicana fijaba como competencia exclusiva del Estado la “*regulación de los derechos y deberes constitucionales*” No obstante, el autor matiza esta identificación al advertir que existen elementos que distancian ambos títulos competenciales, por un lado la citada regla competencial tenía en 1931 un mayor alcance. Ésta se situaba en la órbita estatal lo relativo a los derechos y deberes en bloque incluyendo la legislación como la ejecución directa.

<sup>578</sup> El autor sostiene que la uniformidad de las condiciones de vida juega un papel diferente en cada ordenamiento. En la República Federal alemana es reflejo de una tendencia unitaria y una regla constitucional de aplicación al régimen de distribución de competencias pero no un principio constitucional. En España la uniformidad de las condiciones de vida es un principio constitucional que se impone a la diversidad. En un Estado compuesto con fuertes tendencias centrífugas el principio de uniformidad tiene como función garantizar un mínimo común que la diversidad de los entes no puede traspasar BAÑO LEÓN, J.M., *Las Autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*. Madrid, Civitas, 1991, p. 42 y ss. Discrepa de ésta posición y niega la existencia en el ordenamiento jurídico de una cláusula de uniformidad de las condiciones de vida PEMÁN GAVÍN, J., “Acerca de la uniformidad de vida como principio constitucional en el Estado de las autonomías” en *Revista de Administración Pública*, núm.119, 1989.

<sup>579</sup> BAÑO LEÓN, J.M., *Las autonomías territoriales* .. op.cit., p. 165.

<sup>580</sup> El autor deduce del texto constitucional el principio de uniformidad de las condiciones del vida del artículo 149.1.1 CE, además de las referencias a la igualdad formal del art. 14 CE, según su postura, mediante este precepto tanto las normas del Estado como de las Comunidades autónomas están obligadas a garantizar la igualdad, pero sin afectar la capacidad de dichos ordenamientos de ser distintos entre sí o respecto al ordenamiento jurídico estatal. La segunda regla que introduce la Constitución para garantizar la igualdad es la prohibición de discriminación por razón de vecindad prevista en el art. 139.1, las normas autonómicas pueden ser distintas entre sí o establecer regulaciones diferentes a las del Estado, con el límite de tomar en consideración como criterio de distinción la condición territorial o de vecindad de los destinatarios de la norma. La tercera regla se encuentra en el art. 138.2 CE que prohíbe que las diferencias entre Comunidades autónomas pueda significar privilegios económicos o sociales. BAÑO LEÓN, J.M., *Las autonomías territoriales* .. op.cit., p. 190 y ss.



Además, el entonces el catálogo de derechos y deberes constitucionales tenía una menor extensión que el actual<sup>581</sup>.

## **2. La naturaleza y alcance del artículo 149.1.1ª CE . El artículo 149.1.1ª CE como la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales.**

La cláusula contenida en el primer apartado del art. 149.1 CE, a diferencia de lo que pudiese haber esperado el constituyente<sup>582</sup>, ha dado lugar a un amplio debate doctrinal y una abundante jurisprudencia por parte del Tribunal Constitucional. La discusión sobre el alcance y la naturaleza del precepto se presentan bajo un abanico de posiciones donde pueden encontrarse tanto posturas que inclinan la balanza hacia posiciones más unitarias<sup>583</sup>, como autores que mantienen interpretaciones que permiten un mayor juego a la autonomía territorial<sup>584</sup>. Ahora bien, pese a las divergencias respecto de la naturaleza y alcance del título competencial, existe un acuerdo sobre que la salvaguarda de la autonomía territorial reconocida implica necesariamente interpretar restrictivamente el primero de los títulos reconocidos a favor del Estado<sup>585</sup>. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha conceptualizado la competencia como un título competencial autónomo con contenido propio y no residual, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier

---

<sup>581</sup> PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad de los ciudadanos ...* op.cit., p. 229-230. Comparte esta posición TUDELA si bien resalta la inexistencia de una cláusula similar en del derecho comparado y los escasos antecedentes en el derecho español, en particular, la ausencia de la misma en la Constitución de la I República. TUDELA ARANDA, J., *Derechos Constitucionales y autonomía política*, Civitas, Madrid, 1994, p. 42.

<sup>582</sup> El professor Tudela destaca lo poco controvertido que fué la redacción por parte de la Comisión constitucional del art. 149.1.1 CE, TUDELA ARANDA, J., *Derechos Constitucionales ...* op.cit., p.125.

<sup>583</sup> Véase BAÑO LEÓN, J.M., *Las autonomías territoriales ..* op.cit., GARCÍA DE ENTERRÍA, "La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico" en *Estudios sobre autonomías territoriales*. Madrid, Civitas, 1995, p.139 y ss. SÁNCHEZ RAYO, *Estado Social y Descentralización política*. Madrid, Civitas, 2003, en especial al sección IV del capítulo IV.

<sup>584</sup> Véase i SERRAMALERA, M., *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico: Derechos y deberes constitucionales en el Estado Autonómico*: Madrid, Civitas, 1991; AJA E., El artículo 149.1.1 de la Constitución como cláusula de cierre del principio de igualdad social", en VVAA *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*. Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 1991, p. 25 y ss

<sup>585</sup> Para Baño León la interpretación restrictiva proviene de la poca discusión en el debate constituyente y, por lo tanto, la idea de que éste precepto no implicaría una alteración excesiva del Estado de las autonomías, BAÑO LEÓN, J.M., *Las autonomías territoriales ..* op.cit.,. Para Tudela Aranda la autonomía reconocida a los entes territoriales impide una interpretación amplia. TUDELA ARANDA, J., *Derechos Constitucionales ..* op.cit.,. Para Aja Fernández la característica transversal del título puede alterar el régimen de distribución competencial. AJA E., El artículo 149.1.1 de la Constitución ...op. cit., p.29. El Tribunal en la STC 61/1997, de 20 de marzo, señaló: "Así, en lo que hace a su ámbito material o alcance horizontal, es de advertir que (...) dada la fuerza expansiva de los derechos y la función fundadora de todo el ordenamiento jurídico que éstos tienen atribuida (art. 10.1 C.E.), quedaría desbordado el ámbito y sentido del art. 149.1.1. C.E., que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional".

materia o sector del ordenamiento (STC 61/1997 FJ7b). La igualdad que se protege no implica una rigurosa y monolítica uniformidad de la que resulte que en cualquier parte del territorio nacional se tienen los mismos derechos (STC 37/1981 FJ2). Por el contrario el art. 149.1.1 CE significa la garantía en la igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales.

El estudio de un título competencial tan complejo como el que aquí se trata, sin duda, da lugar a una monografía propia. Por esta razón el presente apartado se limitará a analizar las cuestiones que directamente se relacionan con el objeto de la tesis. Es decir, del amplio desarrollo doctrinal y jurisprudencial se acudirá sólo a los aspectos útiles para el estudio de una cuestión tan concreta como es el acceso a las prestaciones asistenciales<sup>586</sup>. Siguiendo esta propuesta, en primer lugar se analizará la naturaleza del título competencial previsto en el art. 149.1.1 CE para posteriormente pasar a determinar su alcance respecto a la igualdad material y en particular la posibilidad de que mediante éste título competencial el Estado pueda regular el régimen de acceso a los servicios sociales de la población no nacional<sup>587</sup>

Mientras que la categoría de título competencial del art. 149.1.1 CE es un elemento sobre el que existe un acuerdo casi unánime de la doctrina<sup>588</sup>, el alcance del mismo es uno de los aspectos mas discutidos y polémicos. Para Tudela el art. 149.1.1 CE tiene naturaleza normativa y faculta al Estado para establecer un régimen jurídico en todo el territorio, pero su alcance debería limitarse a los otros 31 títulos. Para este autor el término “condiciones

---

<sup>586</sup> Para un estudio del artículo 149.1.1 CE se remite a dos trabajos que analizan con profundidad este título competencial, TUDELA ARANDA, J., *Derechos Constitucionales .. op.cit.* y CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. En relación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional véase BARNES J., *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1 CE*. Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 2004, o “Legislación básica y artículo 149.1.1ª C.E.”, en *Informe Comunidades Autónomas 2002*. Barcelona, Instituto de Derecho Público, 2003.

<sup>587</sup> En relación a al acceso a las prestaciones sociales por parte de ciudadanos nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, véase AGUADO i CUDOLÀ, V., (Coord.) *Servicios sociales, dependencia ... op.cit.*,

<sup>588</sup> Según Baño León entender el art. 149.1.1CE como título competencial no hace más que profundizar en el círculo viciosos que se produce en los Estados descentralizados entre la igualdad y la autonomía. A su entender no es un título competencial sino una cláusula genérica o un criterio interpretativo del resto de títulos competenciales tanto autonómicos como estatales. BAÑO LEÓN, J.M., *Las autonomías territoriales .. op.cit.*, p.265 y ss. No obstante, entendiendo el art. 149.1.1 CE como criterio interpretativo es por lo menos cuestionable el alcance que autor le otorga a dicho precepto, a su entender en virtud de éste precepto, cuando la igualdad así lo requiera se puede ampliar el ámbito material de las leyes orgánicas que regulan los derechos fundamentales. Asimismo bajo éste precepto interpretativo, en garantía de la uniformidad, el Estado puede ejercer un control sobre la ejecución de las competencias del Estado en las Comunidades autónomas. BAÑO LEÓN, J.M., *Las autonomías territoriales .. op.cit.*, p. 265 y ss. Ésta última postura referida al control sobre la ejecución de la legislación estatal es compartida por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*. Madrid, Civitas, 1993, p.106. También niega la naturaleza de título competencial, pero con un alcance tangencialmente distinto BARCELÓ i SERRAMALERA, M., *Derechos y deberes constitucionales ... op.cit.*

básicas” debe interpretarse en el mismo sentido de legislación básica, la cual, de manera excepcional puede llegar a establecer normas de rango reglamentario. A su entender la clave de arco de la interpretación del art. 149.1.1 CE no es el principio de igualdad sino el de unidad y, es al rededor de este concepto que debe interpretarse dicho título competencial<sup>589</sup>.

Para el Aja Fernández el precepto ubicado en el frontispicio de las competencias del Estado es una regla competencial que actúa de forma residual y excepcional como cláusula de cierre del principio de igualdad social<sup>590</sup>. El carácter de regla de cierre es compartido por Pemán Gavín, para quien la finalidad del artículo es garantizar un status unitario no con referencia a un sector material concreto sino en términos más generales, a su entender es una de las reglas de cierre del sistema de distribución competencial que permite intervenir siempre que esté en juego la igualdad de las “condiciones básicas” a las que alude el precepto. Para el Cabellos, el art. 149.1.1 CE es un título competencial por el cual el Estado persigue no la igualdad material sino una igualdad en la regulación elemental de cada derecho y deber. Comparte la posición de Tudela según la cual las condiciones básicas deben entenderse como legislación básica, pero en el sentido de bases-desarrollo propuesto por el profesor Aja<sup>591</sup> y, por lo tanto, niega la posibilidad de incluir potestades ejecutivas<sup>592</sup>.

El Tribunal Constitucional ha dado varias interpretaciones a la función del art. 149.1.1 CE dentro del sistema de distribución competencial. El Tribunal entiende este título competencial como un principio que orienta la interpretación de la igualdad y ha remarcado su carácter de título competencial. Aunque también, acude a él como cláusula de interpretación del reparto competencial y como límite negativo de las competencias autonómicas.

Desde los primeros pronunciamientos el Tribunal define las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos y deberes como la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales (STC 37/1987, FJ.2). Indirectamente esta interpretación impide concebir el

<sup>589</sup> La igualdad viene garantizada en el resto de títulos competenciales que se confieren al Estado. TUDELA ARANDA, J., *Derechos Constitucionales .. op.cit.*, p.269 y ss.

<sup>590</sup> AJA FERNÁNDEZ, E., El artículo 149.1.1 de la Constitución como cláusula de cierre del principio de igualdad social”, en VVAA *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*. Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 1991, p. 25-46.

<sup>591</sup> AJA, E., “El concepto de competencias concurrentes. La legislación básica del Estado y de desarrollo de las Comunidades autónomas”, en PEREZ CALVO, A., *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*. Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública, 1990, p. 19 y ss.

<sup>592</sup> Justifica esta posición porque a su entender el artículo 149.1 no es sistemático en cuanto a la terminología, además entender “condiciones básicas” como “bases” tiene la ventaja de disponer toda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto. CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., *Distribución competencial...* op.cit., p.99 y ss.

alcance del artículo como título competencial que habilita a una regulación total del régimen de derechos y deberes sino que el mismo queda circunscrito a las denominadas “*posiciones jurídicas fundamentales*”. Esta concepción “no uniformizadora” se reafirma cuando se aclara que la igualdad que persigue el art. 149.1.1 CE no es la identidad de las situaciones jurídicas de todos los ciudadanos en cualquier zona del territorio, sino la que queda garantizada por el establecimiento de unas condiciones básicas (STC 156/95, FJ5). El problema de la doctrina del Tribunal fue la constante indefinición, que mantuvo durante los 15 primeros años, del término “*posiciones jurídicas fundamentales*”. Así, en unas ocasiones se refiere a éste como ciertas facultades inherentes al derecho o *ad intra*; y, en otras, a condiciones *ad extra*, aunque inescindibles en cuanto presupuesto mismo del ejercicio del derecho<sup>593</sup>. No será hasta la STC 61/1997 cuando el Tribunal incorpore una comprensión sistemática del alcance de este título competencial y construya una aproximación teórica del término “*condiciones jurídicas fundamentales*”<sup>594</sup>.

La sentencia 61/1997 se dicta con ocasión del recurso interpuesto por 7 Comunidades autónomas contra el texto refundido de la Ley del suelo de 1992, *Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana*. El Tribunal comienza por recordar aquello que ya había señalado en pronunciamientos anteriores, las condiciones básicas no podrán ser interpretadas por el legislador estatal de tal forma que, en la práctica, determinen el vaciamiento de cualesquiera de las competencias autonómicas sectoriales sobre materias en las que algún derecho constitucional se encuentre en su mismo epicentro<sup>595</sup>. Asimismo, recoge su tradicional doctrina sobre el significado de las condiciones básicas como posiciones jurídicas fundamentales

La importancia de la sentencia no está en las reiteraciones de lo que hasta el momento se había dicho, sino en las concreciones que posteriormente se realizan sobre las “*condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*”. En este sentido, señala que el alcance

---

<sup>593</sup> BARNES J., *Problemas y perspectivas* ...op.cit., p. 57 y ss. En este periodo el Tribunal también se refirió al art. 149.1.1CE como un límite al ejercicio de competencias de las Comunidades autónomas (STC 87/85; STC 48/88; STC 196/96) y no distingue entre el concepto de bases y el de condiciones básicas.

<sup>594</sup> La doctrina suele coincidir en señalar que hasta antes de la STC 67/1997 la fijación de los criterios de interpretación del art. 149.1.1CE no seguía un proceso lineal y carecía de una análisis en abstracto independiente de su aplicación al caso concreto.

<sup>595</sup> FJ. 7 y 12 a

material del término condiciones básicas se acota en el contenido mismo del derecho y no se extiende a las condiciones externas o radio de acción externo del derecho. El Tribunal se pronuncia en los siguientes términos:

1. Las condiciones básicas se refieren a las facultades más elementales del derecho constitucional: el art. 149.1.1 CE autoriza el dictado de normas que afecten al contenido primario del derecho a las “posiciones jurídicas fundamentales” en la medida en que sea estrictamente imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad primaria<sup>596</sup>.
2. Las condiciones básicas también pueden comprender “ciertas premisas o presupuestos previos” en rigor externos al derecho mismo, siempre y cuando guarden “una relación necesaria e inmediata” con esas condiciones<sup>597</sup>.
3. El Tribunal completa su interpretación del artículo en cuestión señalando aquello que no son condiciones básicas. Así, se afirma que por vía de éste título competencial el Estado no podrá regular el sector material sobre el que recae el derecho o deber en cuestión.

El Tribunal elabora por primera vez una doctrina que goza de mayor tangibilidad y se distancia de los pronunciamientos poco sistemáticos que hasta el momento había realizado<sup>598</sup>. A partir de esta sentencia, la igualdad que garantiza el título competencial no puede ni debe ser entendida como una uniformidad que impida la diversidad que necesariamente debe existir en un Estado autonómico. Asimismo, la sentencia hace un importante esfuerzo en delimitar el alcance material del título. Según el Tribunal, éste debe limitarse al contenido primario del derecho impidiéndose que por esta vía se regulen sectores materiales completos. La técnica, mediante la cual el Tribunal intenta realizar la difícil tarea de concretar el título competencial,

---

<sup>596</sup> FJ. 8 párrafo 1.

<sup>597</sup> FJ.8 párrafo 2.

<sup>598</sup> Un posicionamiento crítico sobre la aplicación concreta de la sentencia lo elabora el profesor Cabellos. Para él, el Tribunal intenta sobre la distinción entre derecho y sector material construir la solución al litigio planteado pero, sin que el resultado final se acomode completamente a la intención inicial. A su entender del conjunto de los pronunciamientos del Tribunal se deriva una cierta sensación de heterogeneidad, de ausencia de un hilo conductor interno, de manera que si unas veces era clara la relación directa con el derecho de propiedad, otras dicha relación era, si existente, lejana. A lo largo de la sentencia se produce de un modo constante el paso del derecho al sector material “adyacente” a él (precisamente aquello que se había dejado claro que no tenía nada que ver con el precepto). CABELLOS ESPIERREZ, M.A., *Distribución competencial*, ... op.cit., p. 171 y ss



se cierra con la inclusión de un condicionamiento para el ejercicio estatal del título: las “posiciones jurídicas fundamentales” garantizadas por vía del art. 149.1.1 CE deben ser estrictamente imprescindibles o necesarias para garantizar una igualdad primaria.

En su intento de delimitar una competencia tan compleja como la descrita en este epígrafe, el Tribunal elabora una interpretación donde parece dejar claro el alcance de la misma y su relación el principio de autonomía. No obstante, los parámetros en los que se interpreta y se aplica por los operadores jurídicos el art. 149.1.1 CE siguen ubicándolo en zonas grises que abren la duda respecto de su adecuación al sistema de distribución competencia. Así, la interpretación que se derivada de la STC 164/2001 es calificada por la doctrina como una “perdida de los contornos del título competencial y un eventual uso abusivo como competencia de igualación”<sup>599</sup> o la polémica generada en torno a la Ley 39/2006 de la Dependencia, donde se pretende crear todo un sistema de protección asistencial en favor de las personas discapacitadas y dependientes a través de la competencia sobre las “*condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*”.

### **3. El alcance del art. 149.1.1ª CE en relación a los principios rectores y, en especial, la regulación sobre el acceso a los servicios sociales**

La vinculación del art. 149.1.1 CE con los principios rectores es, posiblemente, uno de los supuestos donde se hace más patente el conflicto entre igualdad y autonomía. En este sentido, debe negarse que el Estado social precise un modelo donde sólo el poder central puede y debe asegurar el bienestar de la población. Así, cabe recordar las palabras de Cruz Villalón para quien el art. 149.1.1 CE no es una cláusula general que haga del Estado social una tarea específica del Estado en sentido estricto.

Tras un análisis de la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional puede concluirse que, de las múltiples ocasiones en las que el intérprete de la Constitución hubiera podido conectar el art. 149.1.1CE y los principios rectores, son pocas las ocasiones en que

---

<sup>599</sup> BARNES J., *Problemas y perspectivas ... op.cit.*, p. 73 y ss.

efectivamente lo ha hecho. El Tribunal ha preferido, en la mayoría de las ocasiones, acudir a un título competencial más específico<sup>600</sup>.

El vínculo entre la igualdad material y el art. 149.1.1 CE comienza a aparecer en la jurisprudencia con el voto particular del Magistrado Rubio Llorente en la STC 152/1988, de 20 de julio<sup>601</sup>. En este pronunciamiento, donde el Gobierno vasco cuestionaba la competencia del Estado para elaborar planes en materia de vivienda, el Tribunal señala que la actuación del Estado encuentra en el art. 149.1.13 CE el anclaje competencial. Por su parte, el voto particular razona en los siguientes términos:

*“Ni por su desarrollo de detalle puede considerarse el plan de protección de viviendas un mero establecimiento de bases o un conjunto de medidas de coordinación, ni su sentido primordial es (...) el de incidir sobre un sector de la actividad económica, sino el de procurar dar realidad al derecho a una vivienda digna y adecuada que el art. 47 de la Constitución reconoce (...). Visto desde esta perspectiva, el mencionado plan puede ser entendido como una actuación producida, no al amparo del párrafo 13, sino más bien del párrafo primero del apartado 1.º del art. 149, como un esfuerzo por asegurar un mínimo igual en el ejercicio (en rigor en el disfrute), de un derecho constitucional.*

*Resultan desde luego, evidentes, las dificultades dogmáticas que implica la consideración como «derechos constitucionales» de (...) los principios de política social y económica que enumera el Capítulo Tercero del Título I de la Constitución, pero tales dificultades no (...) parecen insalvables si el concepto de derechos constitucionales se entiende como concepto genérico y mucho menos graves, desde luego, que las que origina el empleo de otro título genérico (el del 149.1.13.º), inadecuado (...) porque dada su naturaleza lleva a la ablación total de las competencias autonómicas”.*

<sup>600</sup> En la STC 124/89 sobre la Seguridad social el abogado del Estado invocó el art. 149.1.1 CE pero el Tribunal lo subsumió en el art. 149.1.17. En la STC 32/83, de 28 de abril, sobre el registro sanitario de alimentos el artículo 149.1.1CE jugó como un título interpretativo del art. 149.1.16 CE. En materia de consumidores y usuarios en la STC 69/1987, de 14 de abril, sobre el etiquetaje de productos comercializados en Cataluña, el Tribunal señala que la regla competencial del art.149.1.1CE debe ceder a una regla más especial como es el artículo 149.1.16 CE; en la STC 62/91, de 22 de marzo, sobre el Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario, se acude al artículo 149.1.1CE para recordar su doctrina como límite negativo a las actuaciones de las Comunidades autónomas, pero al momento de fundamentar el anclaje competencial se acude a los párrafos 6 y 8 del art. 149.1 CE. En la STC 152/88, de 20 de julio, sobre ayudas a vivienda se acudió al título competencial del art. 149.1.13. En materia de medio ambiente STC 149/91, STC 102/95, STC 90/2000.

<sup>601</sup> Esta sentencia resuelve varios conflictos positivos de competencia, interpuestos por el Gobierno vasco contra el Real Decreto 3.280/1983, de 14 de diciembre y varias órdenes de desarrollo del mismo. La normativa estatal configura un Plan de protección de vivienda que incorpora diversos instrumentos para financiación de actuaciones protegibles -préstamos cualificados, subsidiación de tipos de interés, subvenciones-, con cargo a recursos presupuestarios estatales, regulándose determinadas condiciones para el otorgamiento y acceso a las ayudas establecidas y su tramitación. El Gobierno vasco entiende que las normas estatales vulneran la competencia exclusiva de la Comunidad en materia de vivienda.

La segunda conceptualización del uso del art. 149.1.1CE en relación con los principios rectores se encuentra en el voto particular del Magistrado Rodríguez-Piñeiro a la STC 15/89, de 26 de enero:

*(...) A mi juicio, de los arts. 51 y 149.1.1 de la Constitución deriva una competencia del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en cuanto a su derecho a la defensa como consumidores y usuarios, (...) la consecuencia lógica de ello es reconocer la competencia del Estado para fijar condiciones básicas no sólo, como se dice en la Sentencia, cuando está en juego la salud, sino también cuando ha de establecerse el nivel básico de los derechos de los consumidores y usuarios, incluido su derecho a la información, cuando se trata de fomentar y oír a las organizaciones en las cuestiones que puedan afectar a los consumidores y usuarios o cuando se trata de regular la educación de los consumidores y usuarios.*

Sin embargo, no será hasta la STC 13/1992, de 6 de febrero, cuando el Tribunal asuma por primera vez la posibilidad que el Estado regule por vía del primer apartado del art. 149.1 CE principios contenidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución. La sentencia se dicta como consecuencia de varios recursos de inconstitucionalidad interpuestos por la Generalidad de Cataluña contra determinados preceptos de la Ley de presupuestos para 1988 y 1989. Las alegaciones de la Comunidad autónoma tienen como núcleo central la impugnación de un conjunto de subvenciones de naturaleza finalista que recaen sobre materias que han sido recogidas por el Estatuto de Autonomía de Cataluña. A través del recurso se cuestiona las implicaciones que tiene el poder de gasto sobre las competencias autonómicas y, en relación a lo aquí tratado, se objeta una previsión presupuestaria que fijaba tanto las cuantías como el régimen de acceso de las pensiones asistenciales previstas en la Ley 45/1960, de 21 de julio, y del Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio<sup>602</sup>.

En esta importante sentencia el Tribunal desarrolla la tesis según la cual el Estado central no puede ejercer una nueva competencia a través del poder de gasto y, por lo tanto, las subvenciones deben necesariamente territorializarse<sup>603</sup>. La actuación en materia social o

<sup>602</sup> Concretamente los artículos arts. 55 establecía que durante 1988, las pensiones asistenciales que, en virtud de la Ley 45/1960, de 21 de julio, y del Real Decreto 2.620/1981, de 24 de julio, puedan reconocerse con cargo a créditos de acción social, a quienes reúnan los requisitos legales establecidos, se fijarán en la cuantía de 17.200 pesetas (19.400) pesetas íntegras mensuales, abonándose dos pagas extraordinarias del mismo importe que se devengarán en los meses de junio y diciembre. Podrán ser beneficiarios en las ayudas por ancianidad, quienes hayan cumplido 68 años de edad, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos establecidos.

<sup>603</sup> véase FJ 4 a 10. En un sentido tangencialmente opuesto para el federalismo norteamericano y en especial para la Corte Suprema la regulación federal de las políticas de bienestar no supone un ejercicio de una competencia sustantiva, sino que viene vinculado al ejercicio del poder de gasto. Las subvenciones federales que se otorgan son concebidas como contratos entre el Gobierno nacional y los Estados, siendo el consentimiento de

económica ejercida por la vía subvencional se ajusta al sistema de distribución competencial siempre que los recursos financieros puedan canalizarse por alguna de las competencias reservadas en el art. 149.1 CE<sup>604</sup>.

*“ (...)Que, el ejercicio de competencias estatales, anejo al gasto o a la subvención, sólo se justifica en los casos en que, por razón de la materia sobre la que opera dicho gasto o subvención, la Constitución o, en su caso, los Estatutos de Autonomía hayan reservado al Estado la titularidad de tales competencias sobre la materia subvencionada» (...) la legitimidad constitucional del régimen normativo y de gestión de las subvenciones fijado por el Estado depende de las competencias genéricas o específicas que el Estado posea en la materia de que se trate, competencias que, necesariamente, serán concurrentes con la que ostente la Comunidad Autónoma a la que se transfiera la subvención. Pues «si se admitiera una competencia general e indeterminada de fomento de las actividades productivas por parte del Estado se produciría, junto a la indicada alteración del sistema competencial, una distorsión permanente del sistema ordinario de financiación autonómica» (F.J 4.2 y 3)”*

Posteriormente, la sentencia justifica la constitucionalidad de la regulación de las cuantías y régimen de acceso de las pensiones de la Ley 45/1960 al entender que dichas pensiones tienen como finalidad “asegurar un mínimo vital para todos los ciudadanos” y, por consiguiente, cabe acudir al art. 149.1.1 CE. En palabras del Tribunal:

*“ (...) Máxime cuando se trata, como es aquí el caso, de medidas prestacionales tendentes a asegurar un «mínimo vital» para los ciudadanos que garantice la uniformidad de las condiciones de vida, lo que se inserta lógicamente en las condiciones básicas de la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, que el art. 149.1.1 atribuye al Estado como competencia exclusiva” (FJ.14)*

Seguidamente, acude al principio de solidaridad y limitación presupuestaria para afirmar que sea el Estado quien regule las condiciones de acceso a las prestaciones asistenciales, en especial la edad y la cuantía, así:

---

éstos últimos el elemento legitimador del *spending power*. Al respecto véase, SÁENZ ROYO, E., *Estado social y descentralización política...* op.cit., capítulo I.

<sup>604</sup> Fernández Farreras, critica la posición del Tribunal, pues entiende que si esos recursos pasan, a integrarse de forma directa e incondicionalmente en los presupuestos autonómicos, la subvención dejará de ser tal, puesto que toda subvención necesariamente ha de ser gasto afectado al fin que justifica su previsión y otorgamiento FERNÁNDEZ FARRERAS, G., “La contribución del Tribunal Constitucional ... op.cit., p.97-98. Para un estudio sobre el poder de gasto del Estado ver, MEDINA GUERRERO, M., “Supremacía financiera, distorsión del orden competencial y cooperación en el Estado autonómico. Algunas consideraciones sobre la STC13/1992”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992.

*“los principios básicos que garanticen la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales de los españoles, en el presente caso, asegurando, con carácter general, una pensión asistencial mínima e idéntica para todos, lo que se justifica, además, por las propias limitaciones económicas que harían inviable, desde la consideración misma del principio de solidaridad, una configuración diversificada de las condiciones de edad de los beneficiarios y de la cuantía de tales pensiones asistenciales en el territorio nacional.*

La sentencia en sus primeros fundamentos se dedica a fijar toda una doctrina de suma importancia en relación con los límites del poder subvencional del Estado, en la cual se niega la posibilidad que el *spending power* actúe como título competencial autónomo. El Tribunal enfatiza que el poder de gasto no puede intervenir por fuera de los preceptos contenidos en el art. 149.1 CE y en los Estatutos de autonomía sino que, por el contrario, se encuentra condicionado a ellos. No obstante, la excepción que posteriormente realiza en relación con las pensiones acaba produciendo aquello que el Tribunal tanto se esmera en delimitar en la primera parte de la Sentencia: un poder ilimitado de incidir en las competencias autonómicas por vía de las subvenciones.

A la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las previsiones en materia asistencial, la argumentación del Tribunal parte del valor jurídico de los preceptos constitucionales referidos al Estado social. En este sentido, encuentra en los mandatos del art. 9.2 CE y 1.1 CE una función para el Estado de promoción de la igualdad sustancial que le legitima para configurar subvenciones vía art. 149.1.1 CE. Por consiguiente, el aseguramiento de un mínimo vital, a modo de “*quatum*” mínimo prestacional, y su conexión con la uniformidad de condiciones de vida permite, a ojos del Tribunal Constitucional, que el Estado pueda a través de la ley presupuestaria regular tanto la cuantía como los titulares de las pensiones asistenciales.

Pese a la precisión que en los primeros fundamentos jurídicos realiza el Tribunal sobre la imposibilidad que el Estado fundamente su poder de gasto en consideraciones finalísticas, en palabras del Tribunal: “*la persecución del interés general que representa el Estado «se ha de materializar a través de», no a pesar de*” los sistemas de reparto de competencias articulado en la Constitución», excluyéndose así que el ámbito de competencias pueda ser extendido por meras consideraciones finalísticas” (FJ.4.2). Posteriormente, encuentra en un título, tan amplio y genérico, como el art. 149.1.1 CE la habilitación para dar cumplimiento a las finalidades en materia social. Asimismo, sorprende que pese a encontrar en los principios de igualdad material, concretamente el art. 50 CE, la justificación para actuar por vía del art.



149.1.1 CE no señale ningún límite o frontera a la actuación estatal, más aún teniendo en cuenta que la asistencia social es una competencia exclusiva de las Comunidades autónomas.

En consecuencia se comparte la posición del profesor Cabellos sobre la argumentación del Tribunal para quien “el art. 149.1.1 CE no puede servir como base para el condicionamiento de las subvenciones, ello implicaría abrir por completo la posibilidad de que las mas variadas subvenciones se fundamenten en una norma que, interpretada de ese modo, no hallaría apenas límites cuando en realidad sería mucho más coherente con la autonomía financiera autonómica que las subvenciones condicionadas estuvieran en todo momento apoyadas en un título competencial específicamente referido a la materia a la que aludan o bien, abandonar la vía de la subvención para acudir a la de los ingresos no condicionados”<sup>605</sup>. La actuación estatal en este campo no puede fundamentarse sólo en el papel que por mandato constitucional le corresponde sobre la satisfacción de necesidades sociales, sino que requiere un apoyo específico que le permita actuar en un campo como es la asistencia social, donde en principio no puede intervenir.

Al margen de lo descrito en relación con el poder de gasto en materia asistencial, lo cierto es que acudir al art. 149.1.1CE para justificar la actuación del Estado en relación a los principios rectores no ha sido una constante del Tribunal Constitucional. En sentido contrario, la competencia sobre “*las condiciones básicas que garanticen la igualdad*” ha actuado más como título coadyuante de preceptos más específicos que como título autónomo. La relación entre la competencia y los principios rectores se ha teorizado mejor por vía de los votos particulares que en los propios fundamentos jurídicos de las sentencias. Por consiguiente, resulta de mayor utilidad analizar la cuestión que aquí competente, la posibilidad de regular el acceso a los servicios sociales, desde la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en relación al alcance general del art. 149.1.1 CE elaborada en la STC 61/1997<sup>606</sup>.

<sup>605</sup> CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., *Distribución competencial ...* op.cit., p 60. Se muestran favorables a la argumentación del Tribunal MAESTRO BUELGA G., y GARCÍA HERRERA, M.J., *Marginación, Estado Social ...* op.cit., p. 78 y ss, GARCÉS SANAGUSTÍN sostiene la posible intervención del Estado por vía del artículo 149.1.1 CE para establecer un cierto grado de homogeneidad en las rentas mínimas de inserción. La intervención estatal recaería sobre el quantum mínimo para evitar el desequilibrio autonómico y la fijación de un marco jurídico que regule las diferentes posiciones jurídicas del beneficiario (derechos, deberes y cargas) GARCÉS SANAGUSTÍN, A., “Acción Social”, en EMBID IRUJO, A., (Dir.), *Derecho Público aragonés: estudios sobre el derecho de la comunidad autónoma de Aragón*. Zaragoza, Justicia de Aragón, 2005.

<sup>606</sup> Sobre esta afirmación debe realizarse una salvedad importante relativa al poder de gasto del Estado, donde la STC 13/1992 establece unos fundamentos interpretativos claros.

La mayoría de la doctrina acepta la vinculación entre el art. 149.1.1 CE y la igualdad real<sup>607</sup>. Si bien algunos lo han hecho dudando del mismo y con cierto recelo, para otros la consecución de la igualdad real es el elemento calve a la hora de entender y aplicar el art. 149.1.1 CE

Para Tudela, el Estado sólo podrá retener aquellos aspectos de la legislación básica que desarrollen auténticos derechos excluyendo los aludidos en algún otro título competencial del art. 149.1.1 CE<sup>608</sup>. Por su parte, Cabellos cuestiona la vinculación directa entre el artículo 149.1.1 CE y el art. 9.2 CE, en su opinión antes de acudir al título competencial aquí analizado es preferible la adopción de mecanismos de colaboración<sup>609</sup>. No obstante el recelo que argumenta el profesor no impide la actuación legislativa vía art. 149.1.1 CE. A su entender, parece claro que si el constituyente hubiese querido restringir su alcance a algunas áreas de derechos o, incluso sólo a los fundamentales, lo hubiera dicho expresamente. Bajo esta argumentación, el art. 149.1.1 CE no se ciñe a una determinada clase de derechos; se refiere a todos los derechos y deberes constitucionales sea cual sea su tipología, caracterización o protección. Es más, los derechos sociales precisan de la actuación del legislador para devenir completamente operativos y poder ser invocados por los particulares porque el art. 53.3 CE así lo exige. Ahora bien, este precepto actuará siempre que el Estado no posea otro título competencial más específico y en todo caso mediante ley<sup>610</sup>.

En la segunda posición se encuentran los profesores Maestro Buelga y Aja. Sin embargo, el alcance que le otorga cada autor al título competencial es diametralmente distinto. Maestro Buelga, tras analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en especial la STC 13/92, sostiene que es precisamente la igualdad sustancial y el principio de uniformidad de las condiciones de vida lo que hace posible dirigir el art. 149.1.1 CE hacia los principios contenidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución. A su entender, el complejo de

---

<sup>607</sup> Para LASAGABASTER el art.149.1.1 CE difícilmente puede encontrar aplicación en relación con las políticas sociales porque éstas no están recogidas con el rango de derechos subjetivos en la Constitución, LASAGABASTER, I., "La ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia: una reflexión desde la perspectiva competencial", en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm.4, 2007, p.143.

<sup>608</sup> TUDELA, pendiente

<sup>609</sup> En el análisis de la conexión entre el art. 149.1. CE y los principios rectores, para este autor, la cuestión no radica en determinar si los principios rectores hay o no derechos subjetivos de idéntica naturaleza a los que podamos encontrar, por ejemplo, en la sección primera del Capítulo III, sino si hay derechos que resulten aptos para ser conectados en el art. 149.1.1 CE, y si de su interacción con éste van a seguir las mismas consecuencias que se derivan cuando este precepto opera con un derecho de características diversas o un deber constitucional CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., *Distribución competencial ... op.cit.*, p.50 y ss.

<sup>610</sup> *Ibíd.*, p.224-231.

disposiciones referidas a los principios rectores de la política social y económica, en cuanto a preceptos que definen un ámbito de derechos constitucionales o, si se prefiere, de posiciones jurídicas fundamentales de los españoles, se configura como parámetro de referencia en el sistema competencial de la Constitución. De esta forma, se extiende al Capítulo III del Título I, como fruto de la evolución jurisprudencial, la afirmación ya realizada por el Tribunal Constitucional del carácter unitario de los derechos (STC 25/1981)<sup>611</sup>.

Por su parte, Aja Fernández tras diferenciar el concepto de igualdad contenido en el art. 149.1.1 CE con las otras manifestaciones de la misma introducidas en el texto constitucional, concretamente en los arts. 14 CE, 139.2 CE y 138.1 CE<sup>612</sup>, señala que, a la práctica, el principal sentido de este precepto es otorgar al Estado un título competencial para la realización del principio social, contenido en el art. 9.2 CE, justamente porque estos principios en si mismos no son títulos competenciales. En su opinión, la igualdad contenida en los arts. 14, 138.2 y 139.1 y 2 CE difícilmente pueden hacer frente a la desigualdad social cuando por evolución económica o social, o por razones coyunturales – por ejemplo, una crisis económica- se considere necesario fijar unos determinados niveles de igualdad en todo el territorio<sup>613</sup>. Para este autor, el art. 149.1.1 CE es el título competencial que cumple la función de garantía de la igualdad social.

Desde este trabajo se entiende que la competencia sobre la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales no puede actuar como coadyuante de otros títulos competenciales otorgados al Estado, de forma que sirva para ampliar el ámbito material y funcional de las competencias estatales. Esta posición desvirtuaría el sistema de distribución de competencial. Las competencias estatales son ya lo suficientemente amplias para que, por vía de aquellas, desarrolle el objetivo de la igualdad material en campos como

<sup>611</sup> MAESTRO BUELGA G., y GARCÍA HERRERA, M.J., *Marginación, Estado Social* .. op.cit., p.74 y ss.

<sup>612</sup> El art. 14 CE prohíbe no el trato desigual sino discriminatorio, es decir, carente de justificación razonable. El ejercicio de las competencias de las CCAA, y la consiguiente existencia de ordenamientos jurídicos diferentes son ya causa suficiente de justificación y, por tanto, este precepto no debe incidir nunca en las diferencias derivadas de los distintos ordenamientos de las Comunidades autónomas. En relación con art. 139 CE, el autor argumenta que éste no significa, en absoluto, uniformidad de posiciones jurídicas de todos los ciudadanos, sino prohibición de que una Comunidad autónoma discrimine en su territorio entre los que poseen la condición política propia y los que poseen la de otra Comunidad autónoma. Y, finalmente, sobre el art. 138.2 CE, entiende que éste precepto constituye el reflejo del principio de igualdad del art. 14 CE, porque no actúa en el interior de cada Comunidad autónoma sino sobre el conjunto. AJA FERNÁNDEZ, E., "El artículo 149.1.1 de la Constitución .. op.cit. p.32-34.

<sup>613</sup> *Ibíd.*, p.41.

la sanidad, la educación o la seguridad social. Menos aún, puede entenderse que sea un título que interprete el sentido de la igualdad al que debe ajustarse las competencias del Estado pues esta es la función que la Constitución Española otorga a los arts. 14 CE y 9.3 CE.

Siguiendo esta argumentación no puede entenderse conforme a la distribución competencial que la competencia del Estado central sobre inmigración y extranjería pueda actuar como elemento que refuerce o amplíe una eventual regulación sobre el régimen de acceso a la población inmigrante a las prestaciones sociales. Cada título competencial posee su propio ámbito de actuación sin que pueda sostenerse una especie de intervención conjunta pues ello terminaría ampliando el ámbito material de los mismos.

El sentido del art. 149.1.1 CE es otorgar una competencia al Estado central para desarrollar la igualdad material en aquellos campos materiales donde listado del art. 149.1 CE no atribuye una competencia expresa al Estado. El lector advertirá rápidamente que esta postura implica otorgar al Estado una especie de facultad general para desarrollar el Estado social allí donde no tiene competencia específica, caso de la asistencia social o vivienda, sin tener en cuenta que los mandatos sociales también van dirigidos a las Comunidades autónomas y que éstas han recogido en sus Estatutos de autonomía importantes competencias en materia social. Por consiguiente, y para evitar los efectos negativos y desvirtuadores que para el Estado de las autonomías pueda conllevar esta posición, es necesario ahondar en su concreción.

Las modulaciones que se proponen respecto a la interpretación de este precepto y de su relación con la igualdad material se concretan en la delimitación del alcance del título respecto al cuando y al alcance material. Es decir, en aras a la protección de la autonomía es necesario delimitar tanto el uso del artículo en relación al momento en que el Estado puede efectivamente acudir a éste, como el alcance material del mismo. Debe resaltarse que las concreciones referidas al cuando y al cuanto más que matizaciones constituyen presupuestos habilitantes para la actuación del art. 149.1.1CE.

Siguiendo la opinión del profesor Aja Fernández, la principal condición para que el Estado pueda intervenir mediante este título es que carezca de otro sobre la misma materia que le permita garantizar la igualdad de los derechos y deberes. El art. 149.1.1 CE desempeña por

tanto una función de cláusula de cierre<sup>614</sup>. Asimismo, no puede entenderse como un título que le permite al Estado actuar siempre que así lo considere necesario, sino sólo en aquellos momentos en que exista una razón social o económica que justifique la actuación del Estado o cuando existen problemas sociales que las Comunidades autónomas no puedan asumir por sí mismas o que aún asumiéndolas es necesario un tratamiento conjunto en todo el territorio nacional. En este sentido el ejercicio de la competencia debe ser residual y excepcional.

El segundo requerimiento a tener en cuenta sobre la utilización del art. 149.1.1 CE es el alcance material, es decir la amplitud que tiene el Estado para regular las condiciones básicas de las prestaciones sociales. En este sentido, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, descrita en la STC 61/1997, la función normativa estatal debe limitarse a las posiciones jurídicas fundamentales entendidas como “las condiciones básicas referidas a las facultades más elementales del derecho” o “el contenido primario del derecho”. En cambio, la prolongación del título sobre el sector material en que se proyecta el derecho excede del espacio material reconocido y conlleva a una vulneración de la distribución de competencias.

Teniendo como punto de partida la diferencia entre derecho y sector de lo que se trata ahora es de determinar que parte entre todo lo regulable de una prestación o conjunto de prestaciones y servicios corresponde al contenido primario de las mismas.

Aplicando el pronunciamiento de la STC 61/1997, al campo de la asistencia social o servicios sociales el Estado puede, siempre que se den las condiciones de excepcionalidad y residualidad, crear prestaciones asistenciales así como regular el régimen de acceso y el contenido mínimo de las mismas. La naturaleza y estructura de los derechos sociales o de prestación tiene como consecuencia que, para garantizar la igualdad en todo el territorio, sea necesario regular tanto el acceso como el contenido de la prestación<sup>615</sup>. La configuración de

<sup>614</sup> AJA FERNÁNDEZ, E., El artículo 149.1.1 de la Constitución .. op.cit. p. 41

<sup>615</sup> Cabellos considera que el papel que el art. 149.1.1 CE concede al Estado admite modulaciones según el tipo de derechos sobre el que se proyecte, modulaciones producidas precisamente por las características del derecho de que se trate. Sobre los derechos de carácter prestacional, lo importante aquí no es tanto el concepto de derecho como la prestación a que éste conduce, y la posibilidad de acceder a ella (...). En los derechos prestacionales la igualdad se asegura cuando se garantiza en todo el Estado no ya un contenido totalmente idéntico del derecho y de la prestación a que el ejercicio de aquel conduce a obtener sino el contenido mínimo y sobre todo un acceso a la prestación en igualdad de condiciones en todas las Comunidades autónomas. El autor concluye en este artículo que la dificultad del tema (...) deriva en la necesidad de combinar tres elementos: de un lado, el complejo carácter de los principios rectores; de otro, la voluntad de constituyente de que, en materia de derechos y deberes constitucionales (...). Por último, la necesidad de que esto último se haga sin menoscabo de las competencias autonómicas, cuando exista. De esta combinación, y si se quiere evitar el sacrificio de uno de los



las condiciones necesarias para acceder a una prestación el Estado podrá determinar, en el caso de la población inmigrante, los requisitos respecto de su situación administrativa. Es decir, dentro del ámbito competencial reconocido en el art. 149.1.1 CE el Estado podrá decidir si solicita la residencia, la residencia de larga duración, la estancia, el empadronamiento, así como la referencia al número de años de residencia o estancia necesarios para acceder a una determinada prestación. Ahora bien, es importante señalar que el ejercicio de la potestad estatal se encuentra limitado.

Así, debe existir o bien una razón social o económica, o bien problemas sociales que las Comunidades autónomas no puedan asumir por sí solas o que asumiéndolas no tenga sentido en la medida en que es necesario un tratamiento conjunto en todo el territorio. Además, la regulación no impide que las Comunidades autónomas puedan ampliar tanto los sujetos como las cuantías o servicios de la prestación. Esta capacidad normativa se fundamenta por una parte en su competencia sobre servicios sociales y en que dicha ampliación no implica una vulneración a la igualdad real, ya que ésta se encuentra ya garantizada mediante la regulación estatal.<sup>616</sup> El alcance que desde este trabajo se defiende se apoya en que la función del art. 149.1.1 CE es recuperar o garantizar las condiciones básicas de la igualdad material, no establecer un régimen jurídico general que abarque todo el ámbito material del objeto de la regulación.

---

elementos en favor de otro, se siguen varias conclusiones: el Estado puede garantizar un acceso igual y un contenido prestacional mínimo pero, paradójicamente, no puede asegurar lo esencial: la existencia de la propia prestación, pues ello corresponde a cada Comunidad Autónoma en cuanto que es la esencia de su competencia asumida. CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., "Garantía de unas condiciones básicas uniformes en el ejercicio de los derechos prestacionales y, en particular en el ámbito de la asistencia social", en TORNOS MAS, J (Coord.) *Los servicios sociales de atención a la tercera edad, el caso de Cataluña*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002. p.221-222 y p.236.

<sup>616</sup> Una posición más incisiva con la actuación del Estado se puede encontrar en SANCHEZ RAYO. Para la autora, el régimen podría incluir la determinación de sus titulares, la enumeración de sus caracteres fundamentales o de las facultades en que el derecho se traduce al ser ejercido, sus garantías, sus límites o los deberes que van aparejados a su disfrute. En los derechos cuyo contenido se define por su carácter prestacional, este régimen jurídico se traduce en establecer los elementos fundamentales de la prestación, desde la determinación de los titulares (requisitos de edad..) hasta las condiciones o deberes para su disfrute, pasando por las facultades en que se traduce su ejercicio, entre las que se encuentran la cuantía mínima a la que tendrá acceso. El carácter expansivo que sostiene la autora se materializa cuando señala que, el matiz que introduce la definición de esta competencia en relación no a una materia como podría ser la referida a los derechos y deberes constitucionales, sino a un objetivo, es que la regulación básica podría extenderse a determinados aspectos que, sin ser estrictamente contenido "subjetivo" de ningún derecho o deber, sí pueden considerarse esenciales para el ejercicio de los mismos en condiciones de igualdad. En este caso podría tratarse de regulación de aspectos organizativos o regulación de la "materia" sobre la que se proyecta el derecho. SANCHEZ RAYO, E., *Estado ...* op.cit., p.282.

Finalmente, cabe señalar que entender el ejercicio del art. 149.1.1 CE limitado tanto en el cuando como en el cuanto es, desde el punto de vista de esta investigación, la forma más adecuada de equilibrar dos principios tan importantes como el autonómico y el social. El Estado puede, efectivamente, regular el régimen de acceso de la población inmigrante a las prestaciones o servicios sociales que cree mediante el título competencial aquí descrito siempre que dicha normativa se dicte para hacer efectivo el mandato del art. 9.3 CE, en momentos socialmente excepcionales, y se limite a los aspectos básicos del acceso y de la cuantía de la prestación. También es oportuno recordar que, en este caso, el art. 149.1.2 CE no puede entrar en juego en el sentido de ampliar el ámbito material de regulación este quedará limitado al régimen de acceso y el contenido mínimo de las prestaciones o servicios.

Siendo consientes de el nivel de abstracción que plantea la posición aquí descrita, el último epígrafe de este apartado se dedicará a analizar un caso concreto como es la Ley 39/2006 de la dependencia, donde además de configurar todo un sistema de prestaciones sociales se fija el régimen jurídico de acceso para la población inmigrante.

#### **4. Análisis de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.**

La opción de que sea el Estado quien regule el acceso de la población inmigrante a prestaciones asistenciales no resulta una posibilidad del todo extraña. El art. 3 de La *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia* señala que para acceder a las prestaciones allí descritas es necesario haber residido en territorio español durante 5 años, dos de los cuales deberán ser inmediatamente anteriores a la solicitud.

Desde el punto de vista material la asistencia a las personas mayores y las personas discapacitadas corresponde al título competencial sobre asistencia social o servicios sociales que han asumido todas las Comunidades autónomas por vía de sus Estatutos de autonomía<sup>617</sup>.

---

<sup>617</sup> Esta afirmación debe matizarse desde dos puntos de vista uno material y otro competencial. Desde el punto de vista material, es cierto que no puede darse un contenido exacto de una categoría tan amplia como la asistencia social, así BELTRAN AGUIRRE J., *Régimen jurídico de la acción social pública*. Oñate, Instituto Vasco de Administración Pública, 1992. No bastante, resulta al menos indicativo que todas las leyes de servicios sociales hayan incorporado el cuidado de la dependencia. Desde el punto de vista competencial, hay títulos que intervienen directa o indirectamente en la protección de la dependencia en sentido amplio como serían el art. 149.1.16 CE sobre bases y coordinación general de la sanidad; el art. 149.1.17 CE sobre la legislación básica y

En desarrollo de dicha competencia las leyes autonómicas de servicios sociales han incluido tanto a las personas mayores como a las personas discapacitadas dentro de colectivos objeto de protección y receptores de servicios especializados. Sin embargo, el desarrollado normativo se caracteriza por su fragmentación e insuficiencia en comparación a las necesidades crecientes de la población. En términos generales, la normativa autonómica configura un modelo asistencial selectivo, según el cual, además de acreditar la situación de necesidad es imprescindible justificar que se carecen de los recursos económicos para afrontar dicha situación. Junto con este aspecto, es también una constante que la configuración de aspectos fundamentales del sistema se remita a normas de rango reglamentario, remisiones que debilitan la efectividad del sistema de protección. En definitiva, tal y como se señala en el Libro Blanco de la Dependencia las leyes autonómicas reconocen prestaciones pero no las garantizan<sup>618</sup>.

El insuficiente desarrollo normativo conlleva una escasa cobertura de las necesidades de la población mayor y de las personas dependientes. El Libro Blanco de la Dependencia destaca la insuficiencia de recursos tanto alternativos como intermedios, así como de recursos residenciales de corta duración y escasez de medios materiales y humanos. Esto lleva a una carga del ámbito familiar, donde también se presenta una carencia de recursos de apoyo hacia los mismos. En términos generales, el Informe concluye que los índices de cobertura no siempre alcanzan los niveles necesarios para lograr servicios de calidad. También se señala

---

régimen económico de la Seguridad Social; art. 149.1.17 sobre legislación laboral y competencias de las Comunidades autónomas poseen competencias exclusivas en vivienda y urbanismo, turismo y ocio. También intervienen otras competencias relacionadas con el régimen de asociaciones y fundaciones. Barcelón Cobedo y Quintero Lima, sostienen que las situaciones de dependencia no se conciben como una materia únicamente de Seguridad Social o de asistencia social; sino como una situación fáctica de necesidad susceptible de ser protegida por ambos tipos de técnicas y, en consecuencia, inserta dentro del más amplio concepto de Protección Social. BARCELÓN COBEDO, S., y QUINTERO LIMA, M., "Delimitación competencial de la protección social de las situaciones de dependencia", en *Revista Relaciones Laborales*, núm.17, 2004.

<sup>618</sup> Si bien en los últimos años algunas Comunidades han realizado grandes esfuerzos para fortalecer el sistema de protección por medio de la promulgación de leyes sectoriales, no obstante dichas actuaciones están lejos de crear un sistema de protección universal. Así, Andalucía ha aprobado dos normas, la primera, la Ley 1/1999, de 3 de marzo, de atención a personas con discapacidad, que se ocupa de las "personas con discapacidad tan grave que precisen de la ayuda de otra persona para las actividades de la vida diaria. La segunda, la Ley 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores amplía el ámbito de protección a todas las personas mayores pero no se garantiza ninguna prestación. En esta misma dirección se encuentra la Ley 5/2003, de 3 de abril, de atención y protección a las personas mayores de Castilla y León y la Ley cántabra 6/2001, de 20 de noviembre, de atención y protección a las personas en situación de dependencia. Véase. CASADO PÉREZ, D., "La dependencia funcional y sus abordajes", en CASADO PÉREZ, D., (Coord.) *Respuestas de la Dependencia*. Madrid, Editorial CES, 2004.

que el sistema presenta problemas de desarrollo desigual en diversos puntos del territorio nacional y deficiencias de los profesionales<sup>619</sup>.

Teniendo en cuenta que en el 2020 la población mayor de 60 años alcanzará los 10.9 millones y la población mayo de 80 años serán aproximadamente 2.4 millones<sup>620</sup>, es difícil argumentar que el actual sistema resulte suficiente para cubrir las necesidades presentes y futuras. La falta de atención a las situaciones de dependencia se puede explicar, en parte, por las limitaciones financieras de las Comunidades autónomas y, en parte, por la elección de opciones políticas que no han dado prioridad a la atención de la dependencia.

La posibilidad que el Estado central actúe en materia de dependencia plantea desde el punto de vista competencial numerosas dudas. El Libro Blanco de la Dependencia hace una mención a esta cuestión e indica que el desarrollo de un sistema de servicios sociales a favor de la dependencia podría sustentarse en la competencia genérica que la Constitución Española otorga al Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de todos los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE) o en la competencia relativa a la legislación básica y al régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17 CE), ya que dicho precepto podría tener suficiente potencialidad para posibilitar el establecimiento de derechos mínimos o básicos a nivel estatal para el acceso a determinadas prestaciones para la protección de la dependencia.

Desde un punto de vista estrictamente material la configuración de prestaciones y servicios sociales para las personas mayores y discapacitadas es protección social y, por esta razón, pareciera que, del amplio listado de competencias otorgadas al Estado, la prevista en el art. 149.1.17 CE sería la más adecuada para alojar el sistema de atención a la dependencia. De

---

<sup>619</sup> Libro Blanco. Atención a las personas en situación de dependencia. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2004, capítulo IV. Recursos para la atención de las personas mayores de 65 años en situación de dependencia, p. 280.

<sup>620</sup> El envejecimiento de la población española, según el INE, avanza a ritmo acelerado, pronosticándose que en el próximo milenio España será uno de los países más viejos del mundo. Se calcula que en el 2010 más del 20 por ciento de la población tendrá 65 años o más. Dentro de este grupo, el colectivo de mayores de 80 años representará el 31% del total de mayores de 65 años y el 6.8 del total de la población. En términos generales el porcentaje de personas mayores entre 1991 y 2006 pasaría de cinco millones a diez, y los mayores de 80 años de uno a tres millones. Libro Blanco. Atención a las personas en situación de dependencia, capítulo I. Bases demográficas: estimación, características y perfiles de las personas en situación de dependencia, p.27-28.

hecho, ésta ha sido la opción de países como Alemania, Austria, o Luxemburgo<sup>621</sup>. La opción defendida por una parte de la doctrina española entiende que es posible alojar el cuarto pilar del Estado del Bienestar dentro del espacio reservado a los servicios sociales que mantuvo la Ley de Seguridad Social y sobre el cual se han configurado varias prestaciones<sup>622</sup>. No obstante, acudir al título sobre las bases de la Seguridad Social para justificar competencialmente la actuación del Estado tiene varios inconvenientes.

Borja Suarez apunta a dos argumentos que, en el momento de elaboración de la Ley de dependencia, se encuentran muy presentes en la mente del Gobierno. A su entender, acudir al 149.1.17 CE tiene el inconveniente de la amplitud del concepto de bases que ha utilizado el Estado para el desarrollo del Sistema de Seguridad Social y que el Tribunal Constitucional lo ha entendido conforme al sistema de distribución competencial. En este sentido, el Gobierno entiende que sólo evitando la ubicación dentro de la Seguridad Social sería posible otorgar a las Comunidades autónomas un papel tan importante en la articulación del sistema (art. 8 del Proyecto), especialmente en relación con un aspecto clave: la distribución de la carga financiera entre las Comunidades y el Estado. Además, existe en el Gobierno una cierta preocupación por la viabilidad económica del principal componente del gasto de la Seguridad Social: el sistema de pensiones. Así, con esta separación de la contingencia de dependencia se trataría de proteger los recursos de dicho sistema destinados al pago de las pensiones; en otras palabras, ante el incierto futuro que para muchos tiene la actual configuración de las pensiones públicas, y dada la ingente cantidad de recursos económicos que ha de llevar consigo la institucionalización de la acción protectora de la dependencia<sup>623</sup>.

---

<sup>621</sup> En los últimos diez años se ha producido una relativa convergencia en materia de protección social a la dependencia o cuidados de larga duración. En los países nórdicos han ampliado en los últimos 30 años su red protectora de la dependencia funcional como extensión de las redes universales de servicios sociales y sanitarios. El llamado modelo continental o de Seguridad Social se ha incorporado plenamente a la acción protectora en la materia en la década de los noventa el pasado siglo. Tales son los casos de Austria (1993), Alemania (1995) Luxemburgo (1998), Flandes (2001), Francia (2004), que coinciden entre sí en cuanto a la implantación de la lógica de la universalización de la acción protectora, superando el asistencialismo, así como en lo referente a la importancia de los servicios sociales en esta materia aunque difieren en aspectos como la financiación, RODRIGUEZ CABRERO, G., "La protección de la dependencia en España. Un modelo sui generis de desarrollo de los derechos sociales", en *Revista Política y Sociedad*, núm. 2, vol 44, 2007, p. 71

<sup>622</sup> SUAREZ CORUJO, B., "Dependencia y Estado autonómico: el encaje competencial del Proyecto de Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia", en *Revista Relaciones Laborales*, núm. 14, 2006

<sup>623</sup> Con independencia del título competencial con el que el Estado decida actuar, el alcance material que le de a las "condiciones básicas" o a las "bases" dependen en gran medida de lo incisivo que quiera ser el Estado en la regulación. Las razones de viabilidad económica no resultan del todo claras, tras los pactos de Toledo justamente en previsión de la viabilidad económica, se aprobó la división de la caja de la Seguridad Social. En este sentido, el sistema de pensiones se financian con las aportaciones contributivas de los trabajadores, y las prestaciones no contributivas se financiarán bajo un sistema de caja distinto.



El Estado ha utilizado el espacio no contributivo de la Seguridad Social para configurar prestaciones sociales de naturaleza concreta hacia colectivos determinados, pero no todo un sistema de prestación asistencial como el que pretende crearse con la Ley de la dependencia. Tal y como se describe en la exposición de motivos la voluntad de la ley es crear el cuarto pilar del Estado de Bienestar. En este sentido, se busca separar la dependencia de lo que hasta el momento venían siendo las prestaciones no contributivas y prestaciones por discapacidad, para crear todo un sistema de acceso universal. Evidentemente, el alcance que busca la ley desborda el ámbito material de los servicios sociales de la Seguridad Social, los cuales están pensados como un sector residual que completa aquellos espacios que deja la Seguridad Social; y no pueden entenderse, más aún tras los trasposos de competencias en materia de servicios sociales, que los servicios sociales de la Seguridad Social son un espacio potencial para que el Estado central desarrolle modelos de bienestar allí donde no tiene títulos competenciales<sup>624</sup> (sobre el alcance de la competencia del art. 149.1.17 véase apartado III del presente capítulo). El desarrollo de todo un Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia (en adelante SSAD) desborda materialmente este título competencial.

Hasta el momento la actuación del Estado en materia asistencial se había orientado a través de la suscripción de convenios a través de los cuales el Estado aportaba fondos económicos a las Comunidades autónomas para que estas desarrollaran los programas sociales. Si uno de los elementos que ha impedido a las Comunidades autónomas desarrollar un sistema de dependencia eficiente y universal es la escasez de recursos económicos, a la vista de la demanda social y de la importancia de reforzar el sistema de protección para la tercera edad y discapacidades, podría haberse mantenido la práctica de la firma de convenios con las Comunidades autónomas. No obstante, esta vía menos invasiva con la autonomía plantea inconvenientes desde el punto de vista de la eficacia de la protección social. La actuación por vía de la firma de convenios trae consigo la imposibilidad de elaborar políticas estables, su propia naturaleza sectorial y anual hacen que difícilmente por este camino pueda crearse todo un sistema de dependencia, pensado para constituirse como el cuarto pilar del bienestar. Los convenios, como se analizará posteriormente, resultan ser el instrumento más adecuado,

---

<sup>624</sup> Entiende que el espacio de los servicios sociales de la Seguridad Social es tan o más amplio que el de los servicios sociales de las Comunidades autónomas BARCELÓN COBEDO, S., y QUINTERO LIMA, M., "Delimitación competencial de la protección ... op.cit.,

conforme a la protección del principio de la autonomía, para completar las bases de cualquier sistema de bienestar pero no para configurarlo<sup>625</sup>.

En este estado de la cuestión el único título con el que efectivamente se puede garantizar el cumplimiento de la igualdad real contenido en el art. 9.3 CE y materializar la protección social de las situaciones de dependencia es el art. 149.1.1 CE. Ni un título competencial más específico, ni las vías de colaboración resultan ser el mecanismo más efectivo para crear todo un sistema de protección del bienestar con carácter universal. Bajo esta perspectiva, la actuación del art. 149.1.1 CE efectivamente actúa como cláusula de cierre de la distribución competencial y juega un carácter claramente residual.

En relación al segundo elemento que debe analizarse, el alcance material de la regulación, cabe señalar que la norma se ciñe en gran medida al términos “contenido básico” o contenido primario de del derecho. De hecho, la precaución de la ley a la hora de regular la dependencia levantó varias críticas por parte de la doctrina que cuestionaba la escasa regulación y, por tanto, ponen en tela de duda la efectividad del derecho subjetivo reconocido en la ley.

Tal y como se concreta en el artículo primero de la Ley 39/2006 el objetivo de ésta es *“regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (...) mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y la garantía por la Administración General del Estado de un*

---

<sup>625</sup> Para Suarez Corujo, el inconveniente de los convenios es que, efectivamente podrían solucionar el problema de la carencia de recursos pero, entonces se plantearía con mayor crudeza el problema de las desigualdades territoriales o, de forma mas precisa, la posible desprotección de ciertas parte de la población por razón del lugar de residencia, con el grave perjuicio que esto tiene para la cohesión del conjunto de la sociedad. SUAREZ CORUJO, B., “Dependencia y Estado autonómico: el encaje competencial del Proyecto de Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, en *Revista Relaciones Laborales*, núm. 14, 2006. La excesiva diversidad de prestaciones y servicios en las diferentes Comunidades autónomas ha sido un argumento utilizado tanto el Consejo económico y social en su informe sobre la Ley de la Dependencia como el Libro blanco de la dependencia. El Consejo Económico y Social en el Informe sobre la Ley de la Dependencia describe esta realidad señalando que “... gran diversidad institucional de las situaciones de necesidad y de las medidas de protección establecidas en cada (...) con sus diferencias económicas y de régimen jurídico...” considera que de esta forma se “... impide a los ciudadanos de cualquier parte del territorio nacional el acceso a los mismos beneficios en materia de servicios sociales...” Esto le lleva a concluir que se produce una vulneración de “... lo establecido por el artículo 139.1 CE”. Como ya se ha estudiado la excesiva diversidad de prestaciones y servicios en los distintos territorios no es un hecho que contradiga el art. 139.1 CE, pues éste lo que prohíbe son los tratados diferenciados dentro de una misma comunidad autónoma por razón de residencia. La excesiva diversidad de prestaciones que puede generarse implicaría una vulneración del art. 9.3 CE y es, en este sentido, que puede actuar el art. 149.1.1CE.

*contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado español*". La norma configura un derecho subjetivo en cabeza de las personas que, por razón de edad, enfermedad o discapacidad, necesitan la ayuda de otras para realizar actividades básicas de la vida diaria. La atención a la dependencia se presta a través del SAAD.

El SAAD se estructura en tres niveles, un primer nivel mínimo de protección que será financiado por el Estado (art. 9). Un segundo nivel de protección que tendrá como objetivo ampliar el mínimo y se desarrollará a partir de los acuerdos de cooperación entre la Administración estatal y las autonómicas. Los acuerdos a los que lleguen las distintas administraciones públicas se materializarán por vía de convenios y en ellos se establecerá la financiación que corresponde a cada administración. Un tercer nivel de protección que corresponderá desarrollar a las Comunidades autónomas en desarrollo de su autonomía política

Por otra parte, la norma crea el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia como instrumento de cooperación para la articulación del sistema. El Consejo estará constituido por un representante de la administración central y por un representante de cada una de la Comunidades autónomas. La norma otorga importantes competencias a este órgano, entre otras: el acuerdo del marco de cooperación inter administrativa sobre el que se desenvolverán todo el sistema de convenios; establecer los criterios para determinar la intensidad de protección de los servicios; acordar las condiciones y cuantía de las prestaciones económicas; adoptar los criterios de participación del beneficiario en el coste de los servicios; y acordar el baremo de valoración que utilizarán los órganos de las Comunidades autónomas de las situaciones de dependencia.

El Profesor Montilla Martos ha puesto de relieve como la configuración del SAAD que realiza la ley implica desde el punto de vista competencial una nueva estructura tanto por el despliegue del art. 149.1.1 CE como por el modelo de relación interadministrativa de colaboración que se propone para ampliar el contenido mínimo del derecho prestacional<sup>626</sup>. En efecto, la ley crea el SAAD por vía del art. 149.1.1. CE y configura un conjunto de prestaciones mínimas que buscan garantizar unas condiciones mínimas en todo el territorio.

---

<sup>626</sup> MONTILLA MARTOS, J.A., "El debate competencial en torno a la ley de dependencia", en *Informe de Comunidades Autónomas 2006*. Barcelona, Instituto de Derecho Público, 2007, p.854.

Por otra parte, para desarrollar el resto del modelo acude a mecanismos de colaboración entre las Comunidades autónomas y el Estado. El primero de ellos, un Consejo Territorial que tendrá como principal función establecer las bases para el desarrollado y articulación del sistema y cuyos acuerdos se elevarán a normas con rango de ley. El segundo de los instrumentos son los convenios de colaboración entre el Estado y la respectiva Comunidad autónoma a través de los cuales se pretende la ampliación del nivel mínimo garantizado por el Estado central.

El modelo que se dibuja en la Ley 39/2006 no ha estado exento de críticas y de cuestionamientos que ponen en duda su compatibilidad con el sistema de distribución territorial y, en especial, con el reconocimiento en los Estatutos de autonomía de la competencia exclusiva en materia de asistencia social. En esta dirección se encamina el Dictamen 279, de 29 de enero de 2007, del Consejo Consultivo de Cataluña para quien prácticamente toda la ley es inconstitucional<sup>627</sup>. Los reproches de inconstitucionalidad se centran especialmente en la extensión que, a su entender, se ha realizado del art. 149.1.1 CE hacia los convenios y el Consejo Territorial. Lasagabaster argumenta que la ley de la dependencia no se ha limitado a establecer “principios o reglas generales” que tengan un mero valor normativo, sino que va mucho más allá. La ley de la dependencia se sustenta en la realización de convenios a través de los cuales se especifica el alcance de los derechos reconocidos de manera abstracta en la ley; por esta vía el contenido de la ley va mucho más allá del establecimiento de reglas y principios. Además, los convenios forman parte de la actividad ejecutiva y no normativa o legislativa. Esto quiere decir que en virtud del art 149.1.1 CE el Estado realizan una política ejecutiva también en materia social. El segundo reproche se centra en la capacidad del título competencial al que acude la Ley para crear instituciones o estructuras administrativas como el Consejo Territorial, descrito anteriormente.

Sin duda las críticas del profesor Lasagabaster obligan a introducir un tema tan amplio como son las relaciones de colaboración y, en especial, las dudas que ha suscitado en una parte de la doctrina el condicionamiento que ello representa para la autonomía reconocida a las Comunidades autónomas. No obstante, con la intención de no desviarse excesivamente del objeto de este capítulo se procederá a continuación a analizar hasta que punto el contenido material de la ley se ciñe a lo que la jurisprudencia ha denominado como “posiciones jurídicas

---

<sup>627</sup> El Dictamen 279/2007 sostiene la inconstitucionalidad de 35 de sus 47 artículos. En este mismo sentido se pronuncia LASAGABASTER, I., “La ley de promoción de la autonomía personal ... op.cit.

fundamentales” o si, efectivamente, el contenido material de la ley se excede del ámbito que desde este trabajo se señaló<sup>628</sup>.

La diferencia entre el derecho y el sector material es el elemento clave a la hora de analizar el alcance material del título contenido en el art. 149.1.1 CE, desde este trabajo se sostiene que los elementos básico del derecho deben limitarse al contenido de la prestación y a la regulación del régimen de acceso a la misma. Pues bien, las pocas regulaciones materiales que contiene la Ley de la dependencia son justamente el régimen de acceso a las prestaciones<sup>629</sup> y la configuración de el catálogo de prestaciones mediante la incorporación de las categorías generales incluidas las prestaciones económicas<sup>630</sup>, que habrán de ser concretadas en el Consejo Territorial. La norma ciertamente se limita a establecer los criterios generales, prueba de ello es que se llama a una futura concreción del catálogo de prestaciones. En relación al acceso no hay regulaciones más allá de criterios generales relacionados especialmente con la nacionalidad y el tiempo de residencia que se requiere, la norma no concreta por ejemplo, los niveles de renta o ingresos, edad, documentación administrativa, entre otras.

La norma también regula los criterios generales de los distintos grados de dependencia (art. 26), la red de servicios del sistema (art. 16), la participación de los beneficiarios en la financiación de las prestaciones de dependencia (art. 33) o las infracciones o sanciones. Al respecto, siguiendo al profesor Montilla Martos cabe señalar en primer lugar que tanto el

---

<sup>628</sup> En relación al encuadre constitucional de las relaciones intergubernamentales que se establecen en la ley de la dependencia, en especial, la firma de Convenios y el Consejo Territorial se remite al amplio análisis que realiza en MONTILLA MARTOS, J.A., “El debate competencial en torno a la ley de dependencia”... op.cit., p. 871 y ss.

<sup>629</sup> Según el art. 5.1. Son titulares de los derechos establecidos en la Ley los españoles que cumplan los siguientes requisitos: a) encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos. b) para los menores de 3 años se estará a lo dispuesto en la disposición adicional tercera; c) residir en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Para los menores de cinco años el periodo de residencia se exigirá a quien ejerza su guarda y custodia. 2. Las personas que, reuniendo los requisitos anteriores, carezcan de la nacionalidad española se registrarán por lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en los tratados internacionales y en los convenios que se establezcan con el país de origen. Para los menores que carezcan de la nacionalidad española se estará a lo dispuesto en las Leyes del Menor vigentes, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, así como en los tratados internacionales.

<sup>630</sup> Según el art. 15: el Catálogo de servicios comprende los servicios sociales de promoción de la autonomía personal y de atención a la dependencia, en los términos que se especifican en este capítulo: a) los servicios de prevención de las situaciones de dependencia y los de promoción de la autonomía personal; b) servicio de teleasistencia; c) servicio de ayuda a domicilio que comprende la atención de las necesidades del hogar y los cuidados personales; d) servicio de centro de día y de noche que comprende el centro de día para mayores, el centro de día para menores de 65 años, el centro de día de atención especializada y el centro de noche; e) servicio de atención residencial: que comprende la residencia de personas mayores en situación de dependencia y el centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad.



marco organizativo como la regulación del ejercicio de las prestaciones se refieren al primer nivel de protección, común para todos los españoles. En segundo lugar, teniendo en cuenta que se está ante un derecho prestacional, se requiere un hacer estatal al establecer una obligación de resultado y no un simple comportamiento. Por su naturaleza, para que el derecho sea efectivo no basta el mero reconocimiento sino que debe concretarse la actuación de los poderes públicos. A ello no es ajena la fijación de las posiciones jurídicas fundamentales<sup>631</sup>

En general la regulación de la Ley destaca por su generalidad por su constante llamamiento a la concreción por vía del Consejo Territorial. Por otra parte, las críticas que ha recibido por parte de la doctrina sobre su corto alcance material, también puede entenderse como una prueba de la escasa regulación de la Ley.

En cuanto al acceso a la población inmigrante, los términos en que se regula el acceso a los mismos en la Ley 39/2006 resultan ser mucho más incisivos que el art. 14.2 y 14.3 LODYLE. La Ley de la dependencia se fija el estatuto jurídico del inmigrante y los años de residencia previos necesarios para acceder al conjunto de prestaciones. No existe como en la LODYLE un margen de actuación para las Comunidades autónomas.

Finalmente, cabe señalar que el Estado central puede regular legítimamente por vía de este título competencial los requisitos a cumplir por parte de la población inmigrante para poder beneficiarse de las prestaciones que se configuren. No obstante, esta regulación debe condicionarse a los elementos de excepcionalidad y regulación básica del ejercicio del art. 149.1.1 CE, tal y como se ha descrito. Y, en todo caso, no condiciona para que la Comunidad autónoma en uso de su competencia sobre servicios sociales pueda ampliar el régimen de los mismos.

---

<sup>631</sup> MONTILLA MARTOS, J.A., "El debate competencial en torno a la Ley de dependencia" ... op.cit., p. 870

### III. DELIMITACIÓN DEL ARTÍCULO 149.1.17ª CE EN RELACIÓN CON EL SISTEMA AUTONÓMICO DE SERVICIOS SOCIALES

#### 1. Prestaciones sociales creadas en el marco del art. 149.1.17ª CE

El alcance del título competencial previsto en el art. 149.1.17 CE y referido a la Seguridad Social es el precepto que más conflictos competenciales plantea a la hora de estudiar los servicios sociales desde la perspectiva territorial. Esta materia no deja de ser polémica, con varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional al respecto y una discusión doctrinal muy amplia. El Estado en ejercicio de este título al tiempo que ha construido todo el sistema de protección contributiva ha ido, paulatinamente, creando un conjunto de prestaciones sociales de clara naturaleza asistencial y por lo tanto el vínculo competencial resulta dudoso.

Junto con el debate tradicional, que será tratado en las páginas siguientes, la inmigración introduce una nueva perspectiva. Tradicionalmente con independencia de si es el Estado central o la Comunidad autónoma quien regula una determinada prestación, lo cierto es que el reconocimiento de dicha prestaciones o servicio se rige por el principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE y el art. 139.1 CE y por lo tanto el ente territorial debe reconocer el acceso a las prestaciones bajo los parámetros de reconocimiento igualitario. No obstante, cuando se regula la titularidad de la población inmigrante la interpretación del art. 14 CE varía y el margen de regulación es mucho más amplio. En este sentido, el Estado central cuando crea una nueva prestación asistencial junto con la regulación sobre la misma determina también el régimen de acceso a la misma por parte de la población inmigrante.

A modo de ejemplo cabe señalar las siguientes prestaciones:

*Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social* (en adelante LGSS) configura dos categorías de pensiones no contributivas. La pensión no contributiva de vejez y la pensión no contributiva de invalidez. Según la legislación vigente (art. 167-170 LGSS) tienen derecho a la pensión de jubilación no contributiva las personas mayores de 65 años de edad, que residan legalmente en territorio español y lo hayan hecho durante 10 años, entre la edad de 16 años y 65 años, de los cuales dos años deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores a dicha solicitud y que carezcan de rentas e ingresos.

Por otra parte, tienen derecho a la pensión por invalidez (art. 144-149 LGSS) las personas afectadas por una minusvalía o por una enfermedad crónica en un grado igual o superior al 65%, mayores de 18 años y menores de 65, con residencia legal en el territorio español durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la pensión, y que carezcan de rentas o ingresos suficientes. La determinación de la carencia de rentas e ingresos será la determinada para cada año en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Otro conjunto de prestaciones de clara naturaleza asistencial son las que tienen como objeto crear un sistema de protección asistencial para aquellas personas que una vez agotadas sus prestaciones por desempleo continúan en una situación de paro y no tienen los recursos suficientes para hacer frente a sus necesidades básicas. Este es el caso de 1) los subsidios para trabajadores que han agotado la prestación contributiva por desempleo y tienen responsabilidades familiares (art. 215.1a) LGSS); 2) los subsidios para trabajadores mayores de 45 años que han agotado prestación por desempleo y no tuvieran responsabilidades familiares (art. 215.1b) LGSS); 3) los subsidios para trabajadores que, al producirse la situación legal de desempleo, no han cubierto el período mínimo de cotización para acceder a una prestación contributiva (art. 215.2 LGSS);; 4) los subsidios por desempleo para personas liberadas de prisión (art. 215.1c); el subsidio especial para trabajadores mayores de 45 años que hayan agotado prestación por desempleo de veinticuatro meses, y el subsidio por desempleo para trabajadores mayores de 52 años (Real Decreto 1369/2006, por el que se regula la Renta Activa de Inserción)

Con motivo de la crisis económica la *Ley 14/2009, de 11 de noviembre, por el que se regula el programa temporal de protección por desempleo*<sup>632</sup>, creó una prestación asistencial claramente residual por la que se busca dar cobertura a todas las aquellas personas que quedan excluidas de los subsidios por desempleo enumerados en el párrafo anterior.

En relación al acceso de dichas prestaciones asistenciales por parte de la población inmigrante todas las normas señalan que los beneficiarios han de estar inscritos en los servicios públicos

---

<sup>632</sup>La prestación por desempleo prevista en la Ley 14/2009 tenía una duración máxima de 180 días. En vista de la situación de desempleo durante el 2010 y su previsión para el 2011 esta prestación se mantiene por el Real Decreto-Ley 12/2010, de 20 de agosto y posteriormente por el Real Decreto 133/2010, de 12 de febrero.

de empleo. La adscripción de los extranjeros al servicio público de empleo se regula mediante la Orden TAS/3698/2006, de 22 de noviembre, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. En esta norma se establece en su artículo primero que *“podrán inscribirse como demandantes de empleo en los servicios públicos de empleo y en las agencias de colocación aquellos extranjeros no comunitarios, mayores de dieciséis años, que en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado de trabajo”*.

Un tercer conjunto de prestaciones asistenciales que se otorgan desde la Seguridad Social son las prestaciones familiares en su modalidad no contributiva. Aquí destaca 1) la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo (art. 186 LGSS); 2) Prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas monoparentales y en los casos de madres discapacitadas (art. 185 LGSS); 3) Prestación por parto o adopción múltiples (art. 187). La primera de las prestaciones señala expresamente que uno de los requisitos necesarios para beneficiarse de la prestación es que *“residan legalmente en territorio español”*. En relación las prestaciones que se otorgan a las familias monoparentales o numerosas, la Ley establece como requisito el poseer el respectivo certificado de familia monoparental o numerosa. Al respecto cabe señalar que con la *Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas* se extiende el título de familia numerosa a todos los nacionales de terceros países siempre que todos los miembros de la familia posean la residencia legal.

Todas estas prestaciones tienen un claro elemento asistencial y su vinculación con algún elemento contributivo en el caso que exista, supuestos de algunos subsidios por desempleo, queda ciertamente muy lejano. Asimismo, todas las prestaciones regulan el régimen de acceso por parte de la población inmigrante y en especial la referencia a su estatuto jurídico, siendo la residencia regular un elemento común a todas las prestaciones.

## **2. La delimitación competencial entre el sector asistencial de la Seguridad Social y los servicios sociales**

### **2.1 Análisis de la STC 239/2002. El reconocimiento de un espacio compartido**

El concepto de servicios sociales desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido perfilado de forma indirecta a través de un intento de delimitación competencial con la Seguridad Social. Esta forma de abordar la asistencia social se justifica esencialmente porque el modelo territorial español, la protección social en sentido amplio se encuentra en manos tanto del Estado como de las Comunidades autónomas. La Constitución Española configura un modelo de bienestar donde las Comunidades autónomas juegan un papel importante a la hora de desarrollar el sistema educativo, el sistema sanitario, el sistema de servicios sociales y el derecho a la vivienda, siendo posible la elaboración y aplicación de políticas propias y diferenciadas en cada sector. Como consecuencia de ello el Estado de las autonomías convive con un intento constante de delimitación de las potestades y campos de actuación de cada ente territorial en relación al modelo social, y específicamente en la materia objeto de este trabajo resulta de especial relevancia su delimitación con el sector asistencial de la Seguridad Social por los motivos que se tratarán a continuación.

La dificultad de trazar una línea divisoria clara entre la asistencia social autonómica y la asistencia de la Seguridad Social se puede percibir claramente en la STC 239/2002. En este pronunciamiento el Tribunal entra de lleno en el difícil tema de las relaciones entre estos dos sectores sociales e intenta definir unos criterios de interpretación pensados no en clave de delimitación material estricta, sino teniendo en cuenta la finalidad que debe cumplir cada sector bajo la configuración del Estado Social. El pronunciamiento tiene origen en el conflicto de competencias interpuesto por el Gobierno contra el Decreto de la Junta de Andalucía 284/1998, de 29 de diciembre, por el que se establecen ayudas económicas complementarias, de carácter extraordinario, a favor de los pensionistas por jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas.

La estela de los complementos autonómicos fue seguida por otras Comunidades autónomas. En el caso de Cataluña, la ayuda extraordinaria se establece mediante la Resolución de 8 de septiembre de 1999 (con posterioridad se reitera en la Resolución del 13 de junio de 2003), y con la Ley catalana 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones de carácter económico, la ayuda



complementaria a las pensiones no contributivas se despoja de su carácter temporal (renovación anual) para incorporarse como una prestación más del sistema asistencial catalán. En Baleares, las ayudas se regulan por primera vez en la Resolución de 17 de noviembre de 1999, ayudas que se renovarán con la Resolución de 2 de febrero de 2001.

Las últimas reformas estatutarias incorporan los complementos autonómicos a las pensiones no contributivas de la Seguridad Social como submateria de la competencia de asistencia social. Este es el caso del Estatuto de Autonomía de Cataluña que en su art. 166 señala que corresponde a la Generalidad en materia de servicios sociales la competencia exclusiva sobre *“la regulación y la ordenación de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de previsión pública”*<sup>633</sup>. También incorpora la competencia en los mismos términos el Estatuto andaluz en el art. 61.1a. Este precepto señala que corresponde a la Comunidad autónoma la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, que en todo caso incluye: *“la regulación, ordenación y gestión de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de protección pública”*.

Retomando el objeto del recurso de la STC 239/2002, el Gobierno sostiene que la normativa andaluza vulnera el art. 149.1.17 CE por el cual se atribuye al Estado competencia exclusiva sobre *“la legislación y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas”*. Se argumenta que bajo la propia jurisprudencia del Tribunal Constitución el alcance del art. 41 CE se extiende también a fórmulas no contributivas por las cuales se busca asegurar situaciones de necesidad, configurándose la acción protectora como una función del Estado. Excluye el abogado del Estado que las medidas adoptadas por el gobierno andaluz puedan entenderse materia de servicios sociales puesto que, tal y como señaló el Tribunal Constitucional en STC 76/1986, el ámbito de aplicación subjetiva de los mismos se ciñe a *“grupos de personas que no están incluidas en el régimen de la Seguridad Social”*.

---

<sup>633</sup> Como se verá mas adelante la STC 31/2010, 28 de junio, confirma en su fundamento jurídico 104, acudiendo a la doctrina sentada en la STC 239/2002, que dichos complementos hacen parte de la competencia autonómica de servicios sociales.

Por su parte la Junta de Andalucía entiende que las ayudas se conceden en ejercicio de la competencia exclusiva de la Comunidad autónoma en materia de *“Asistencia y Servicios Sociales”* prevista en el entonces art. 13.22 de su Estatuto. Dicho precepto fue desarrollado por la Ley 2/1988, de 4 de abril, de servicios sociales de Andalucía, donde se prevé el otorgamiento de prestaciones económicas, periódicas o no, en favor de personas que no pueden atender sus necesidades básicas. Por otra parte alude a la necesidad de interpretar el art. 41 CE desde una perspectiva neutra según la cual el mandato previsto en dicho precepto se dirige a todos los poderes públicos, siendo no apto *“para atribuir o disminuir competencias en favor de unos u otros centros de decisión entre cuantos integran el modelo de articulación del Estado diseñado en el Título VIII de la Constitución”*. Finalmente se decanta por una solución de coexistencia de ambos títulos competenciales, bien entendiendo la existencia de una zona de concurrencia, bien bajo la consideración de que la actuación material de la Seguridad Social sobre las prestaciones no contributivas y las previsiones sobre las mismas provenientes de la asistencia social no sean mutuamente excluyentes.

El Tribunal inicia su argumentación analizando el alcance y contenido del art. 41 CE *“los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en el caso de desempleo. La asistencia y prestaciones son libres”*. Una primera aproximación interpretativa lleva, a juicio del Tribunal, a deducir que el sistema de Seguridad Social se estructura esencialmente en torno al sistema contributivo y la cobertura de riesgos que se hubieran efectivamente producido. Pero, el art. 41 CE tiene también una segunda vertiente donde al poner en relación el sistema con las *“situaciones o estados de necesidad”* se persigue superar la primera perspectiva legal donde era prioritaria la noción de *“riesgo o contingencia”*. Ello confirma la idea que la Seguridad Social se configura como una *“función de Estado”* para atender situaciones de necesidad que pueden ir más allá de la cobertura contributiva de la que el propio sistema partía (FJ3).

La amplitud material que le otorga el Tribunal al art. 41 CE se complementa con la neutralidad competencial que predica del mismo. Es así como, desde esta perspectiva, *“el art. 41 establece el deber de los poderes públicos de mantener una determinada estructura de protección (...) pero no es un precepto apto para atribuir competencias ni para decantarse en favor de unos y otros centros de decisión entre cuantos integran el modelo de articulación del*

*Estado diseñado en el Título VIII de la Constitución. Es por ello un precepto neutro que impone los compromisos a los poderes públicos, sin prejuzgar cuales pueden ser éstos” (FJ3)*

En último término el Tribunal construye un concepto amplio del sistema de protección social tanto desde el punto de vista material como desde la perspectiva competencial. En este sentido, la protección social que se deriva del art. 41 CE responde por una parte a la noción de riesgo y contribución, noción que por antonomasia se corresponde con el sistema de Seguridad Social. Pero, al mismo tiempo la referencia contenida en el mismo a las “*situaciones de estado o necesidad*” lleva a deducir que el modelo de protección social va más allá del tradicionalmente adjudicado e incluye también un sistema de apoyo que gira en torno a la noción de vulnerabilidad o necesidad. En contrapartida a la extensión material del art. 41 CE, el Tribunal infiere que el llamado a “los poderes públicos” resulta desde el punto de vista competencial un precepto neutro y por lo tanto caben, según sea el sistema de distribución competencial, tanto actuaciones de naturaleza estatal como actuaciones de naturaleza autonómica.

La sentencia concluye que “*existe una zona o franja común entre Seguridad Social y Asistencia Social: la zona asistencia interna del sistema de Seguridad Social ocupada por las prestaciones no contributivas otorgadas por ésta, que coincide con el título competencial del artículo 148.1.20 CE*”. El Tribunal reconoce que de la frase “*.. que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad*” se deduce la existencia de una Seguridad Social asistencial que confluye con la actuación de la asistencia social y que, dicho espacio, lejos de ser excluyente del ejercicio de ambos títulos competenciales, crea una “*franja común*” entre ambas nociones, reconociendo implícitamente el solapamiento o la concurrencia entre las dos materias. A su entender, las Comunidades autónomas pueden establecer ayudas a los beneficiarios de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social bajo los siguientes presupuestos: a) la existencia de una situación real de necesidad, que resulta de la insuficiencia de la prestación estatal; b) ayuda de carácter complementario respecto de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social por jubilación e invalidez y de carácter extraordinario, en la medida en que se contemplan para una sola vez; c) su abono con cargo propio al presupuesto de la Comunidad Autónoma<sup>634</sup>.

---

<sup>634</sup> Véase FJ.3-6

Bajo esta interpretación el Tribunal incorpora una línea aperturista<sup>635</sup> hacia interpretaciones sustanciales o finalistas, donde se alude a la “garantía de la suficiencia de la prestación” como criterio modulador del reparto competencial. A juicio de la sentencia “*nada impediría desde la perspectiva de la legitimidad constitucional que las Comunidades Autónomas con competencia en materia de “Asistencia Social” otorgasen ayudas de esta naturaleza a colectivos de personas que, aún percibiendo prestaciones asistenciales del sistema de Seguridad Social, se encontraran en situación de necesidad*”. El sentido que se otorga a la asistencia social la aleja de las lecturas formales o rígidas que abogan porque las relaciones entre ésta y la Seguridad Social se muevan bajo criterios claros de separación donde el espacio reconocido a los servicios sociales se entienda bajo los esquemas de la residualidad.

Si bien la posición de la sentencia no ha dejado de ser cuestionada por una parte de la doctrina<sup>636</sup> e incluso tuvo como respuesta una reforma a la Ley de Seguridad Social por la que se buscaba desnaturalizar la interpretación dada por el Tribunal<sup>637</sup>, lo cierto es que el espacio compartido entre ambos sistemas de protección social al que alude el Constitucional refleja una posición que busca garantizar un espacio propio para la competencia autonómica. Donde la asistencia social autonómica se interpreta en función de los postulados del Estado Social y de la necesidad de garantizar una suficiencia prestacional y no en función de los espacios residuales que deja el sistema de protección de la Seguridad Social. La necesidad de

---

<sup>635</sup> La línea en favor al reconocimiento y garantía de un espacio de la asistencia social no fue seguida por todos los miembros del Tribunal. Los Magistrados Vicente Conde Martín de Hijas y Roberto García-Calvo y Montiel formularon cada uno un voto particular al cual se adhirió el Magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrer y el Magistrado Javier Delgado Barrios.

<sup>636</sup> PEMÁN GAVÍN, J., “Sobre el concepto constitucional de Asistencia Social”, en *Revista de Administración Pública*, núm., 161, 2003, p.239-293. Para este autor, la sentencia desvincula la noción de asistencia social de su elemento definitorio, la existencia del un estado de necesidad consistente en la carencia de medios económicos. Así mismo, sostiene que si bien la Constitución hace un llamamiento a todos los poderes públicos para que procedan a paliar las situaciones de necesidad en el ámbito de sus respectivas competencias, no puede pasarse por alto que el artículo 41 se refiere al establecimiento de un régimen público de la Seguridad Social (excluyendo entonces las prestaciones de las Comunidades). MOLINA NAVARRETE, C., “«Polvos y lodos»: complementos autonómicos a pensiones no contributivas ¿fraude constitucional o justicia social? (Reflexiones a propósito del nuevo artículo 38.4 de la LGSS)”, en *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2004, pág. 429. Este autor reconoce un espacio propio para la asistencia social de las Comunidades autónomas, pero realiza una fuerte crítica a la falta de tecnicismo del Tribunal, ya que a su entender la Sentencia gira en torno argumentos políticos más no jurídicos.

<sup>637</sup> Tras el pronunciamiento del Tribunal Constitucional se dicta la Ley 52/2002, por medio de la cual se establece que las prestaciones destinadas a “complementar, ampliar o modificar” las prestaciones del sistema de Seguridad Social han de catalogarse como prestaciones de Seguridad Social, sobre las que la competencia normativa corresponde exclusivamente al Estado. Posteriormente la Ley 4/2005, bajo una mayoría parlamentaria distinta, adecuó los preceptos de la ley 52/2002 a la jurisprudencia del Tribunal, y señala que la legislación esta sólo ostenta el monopolio de regulación respecto de las mejoras de las prestaciones contributivas, pero no respecto de los suplementos de las prestaciones no contributivas o respecto de “ayudas de otra naturaleza” dispensadas a quienes se encuentran en las situaciones de necesidad cubiertas por prestaciones del Sistema de Seguridad Social (redacción actual del art. 38.4 de la Ley General de la Seguridad Social).

reconocer un espacio autónomo para los servicios sociales viene en gran medida condicionada, como se verá más adelante, por el desarrollo que el legislador estatal le ha dado al sector asistencial de la Seguridad Social.

En cierta medida esta sentencia incorpora las posiciones más progresistas o favorables con la autonomía que desde tiempo atrás venía planteando en la doctrina, así Garcés Sanagustín sostenía que era preciso reconocer que existen ámbitos donde la acción social se interrelaciona con otros sistemas públicos prestacionales y, por tanto, entra a cumplir ya no un papel de subsidiariedad y sectorización sino de complementariedad y coordinación tanto de la Seguridad Social como del resto de sistemas públicos, caso de la Sanidad o la Educación<sup>638</sup>. Por su parte, Vaquer Caballería defiende la plenitud de la competencia autonómica y la posibilidad de compaginar con otras competencias que puedan afectar la materia, “una cosa es que la acción social, en el devenir histórico, se haya conformado de forma residual, como aquella parte de la herencia de la beneficencia decimonónica no integrada en el sistema providencial o de seguridad social ni en el sistema de salud, y otra cosa bien distinta es que no quepa hoy inferir del modelo constitucional un concepto sustantivo y positivo de competencia plena de las Comunidades autónomas”<sup>639</sup>.

## 2.2 Los problemas de la igualdad territorial

Un segundo aspecto al que cabe referirse es la posibilidad de que dichos complementos autonómicos vulneren el principio de igualdad territorial. El Abogado del Estado alega, bajo una argumentación muy escueta, que tales medidas implican la vulneración del art. 149.1.1 CE. En relación a ello cabe entender por una parte que la eventual vulneración de la igualdad implicaría, en todo caso, una alteración del art. 138.2 CE. La función del art. 149.1.1 CE como límite negativo al ejercicio de las competencias de las Comunidades autónomas es una postura mantenida por el Tribunal Constitucional<sup>640</sup> y seguida por la mayoría de la doctrina española. Sin embargo, esta interpretación no resulta conforme con el sistema de distribución general establecido en la Constitución Española. Siguiendo la postura del profesor Aja

<sup>638</sup> En este sentido GARCÉS SANAGUSTÍN, *Las prestaciones económicas en ... op.cit.*, p.40.

<sup>639</sup> VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social ... op.cit.*,

<sup>640</sup> En la STC 136/1981 el Tribunal no niega la posibilidad de que las Comunidades autónomas regulen el régimen de derechos y libertades pero siempre que no vulneren el art. 149.1.1 CE. La STC 191/19 (reglamento de ayudas a empresas periodísticas) que considera al art. 149.1.1 CE como límite al ejercicio de competencias autonómicas que impide “la introducción de divergencias irrazonables y desproporcionadas” en las condiciones básicas de igualdad de los españoles.



“lógicamente si se admite que el Estado regule válidamente una materia en virtud del art. 149.1.1 CE las Comunidades autónomas deberán respetarlo. Pero considerarlo como límite negativo (...) implica la posibilidad de anular una disposición autonómica por ser contraria directamente al art. 149.1.1 CE. Esta es la línea seguida de la STC 191/1990 (reglamento de ayudas a empresas periodísticas) que considera al art. 149.1.1 CE como límite al ejercicio de competencias autonómicas que impide “la introducción de divergencias irrazonables y desproporcionadas” en las condiciones básicas de igualdad de los españoles. Parece claro que se trasladan los criterios del art. 14 al 149.1.1 CE, interpretación que me parece rechazable, porque la prohibición de la excesiva diversidad se encuentra en el art. 138.2 CE, y no en el art. 149.1.1CE, y por criterios generales de interpretación no debería admitirse el solapamiento de ambos”<sup>641</sup>.

La igualdad como tal no es objeto de un ámbito material concreto como lo son el resto de preceptos del art. 149.1.CE. En el mismo sentido que el artículo 14 CE no protege un derecho en concreto sino que debe ser interpretado en función con otros derechos fundamentales. El art. 149.1.1CE no puede investirse como un límite negativo al ejercicio de las competencias autonómicas, dicha función la cumplen los arts. 14 CE, 138 CE y 139.1 CE. Los límites en relación con la igualdad no se encuentran en el art. 149.1.1 cuyo objetivo es garantizarla, sino en todos los preceptos que el Texto constitucional recoge en relación a la misma, así el art. 14 CE; el art 138 CE y el art. 139.1 CE.

Asimismo, cabe recordar que la diversidad de tratamientos resulta ser un elemento inherente al reconocimiento del derecho a la autonomía, cuyos efectos diferenciadores no pueden dejar de reflejarse en el ámbito de la protección social. De forma muy temprana el Tribunal interpretó que la igualdad vista desde el prisma del Estado autonómico no significa homogeneidad sino igualdad en los elementos básicos en el ejercicio de los derechos (STC 79/1983, LOAPA).

*Precisamente el régimen autonómico se caracteriza por un equilibrio entre la homogeneidad y diversidad del status jurídico público de las entidades territoriales que lo integran. Sin la primera, no habría unidad ni integración en el conjunto*

---

<sup>641</sup> AJA FERNÁNDEZ, E., “El art. 149.1.1 de la Constitución como cláusula de cierre... op., cit., p. 39

*estatal; sin la segunda, no existiría verdadera pluralidad ni capacidad de autogobierno, notas que caracterizan al Estado de las autonomías.*

*(...) la función del principio de igualdad en el marco de las autonomías, (es ) que la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier punto del territorio nacional no puede ser entendida como rigurosa uniformidad del ordenamiento. No es, en definitiva, la igualdad de derechos de las Comunidades lo que garantiza el principio de igualdad de derechos de los ciudadanos, (...) sino que es la necesidad de garantizar la igualdad en el ejercicio de tales derechos lo que, mediante la fijación de unas comunes condiciones básicas, ni pone un límite a la diversidad de las posiciones jurídicas de las Comunidades Autónomas.*

Partiendo de esta interpretación, el principio de igualdad territorial se encuentra plenamente garantizado por el hecho que las prestaciones no contributivas son reconocidas en términos de igualdad, tanto de acceso a las mismas como de las cuantías, en todo el territorio autonómico. Es difícil argumentar que un aumento de 9.395 pesetas anuales (cuantía en 1998 de los complementos autonómicos) deje a los ciudadanos de las Comunidades autónomas que no han reconocido suplementos a las pensiones en una situación real de desigualdad. Esto es así porque el incremento o suplemento de la pensiones responde al ajuste anual de las mismas representa a la variación del índice de precios al consumo. El complemento tiene como finalidad compensar las pensiones no contributivas puesto que, al contrario de lo ocurrido con las pensiones contributivas o con las retribuciones del personal del sector público, no habían experimentado en el ejercicio presupuestario de 1999 una actualización de acuerdo con dicho índice. Por consiguiente, los complementos autonómicos no llegan a ser cuantitativamente relevantes como para alterar el art. 138.2 CE o, como lo entiende el Abogado del Estado, del art. 149.1.1 CE.

### **2.3 La concurrencia material como respuesta al conflicto competencial**

La STC 239/2002 además de trazar un espacio propio para la asistencia social también incorpora un criterio evolutivo respecto de lo que hasta el momento había sido la posición del Tribunal. La primera sentencia que tiene como objeto la delimitación de ambos títulos

competenciales es la STC 76/86, de 9 de julio<sup>642</sup>. En ésta, la asistencia social se define como un sistema de protección externo al de la Seguridad Social. En palabras del Tribunal “ (...) *De la legislación vigente se deduce la existencia de una asistencia social externa al sistema de Seguridad Social, y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el artículo 148.1.20 CE* ”. Seguidamente, señala que “(...) *Esta asistencia social aparece como un instrumento protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social*”.

La delimitación de los servicios sociales que incorpora el Tribunal referida a “*grupos de población que no alcanza el sistema de Seguridad Social*” trajo un debate doctrinal sobre si la postura defendida en la STC 76/1986 era la de entender un papel residual de los mismos<sup>643</sup>. Bajo esta posición la asistencia social no podía actuar sobre aquellos sujetos que fuesen objeto de actuaciones de la Seguridad Social, es decir, podía actuar en la medida en que el campo de la Seguridad Social dejara un espacio para la misma y, por lo tanto, si bien se predicaba la separación entre uno y otro sector, el desarrollo de la asistencia social quedaba bajo criterios de la residualidad fuertemente condicionada a las previsiones de la Seguridad Social. Así, la asistencia social parecía depender de que los beneficiarios estuvieran incluidos o no en el campo de aplicación de la seguridad social profesional y contributiva actuando solo sobre aquellas situaciones no cubiertas por la misma. Esta posición parece reforzarse cuando el Tribunal añade que la asistencia social “*opera con técnicas distintas a las propias de la Seguridad Social*”, si bien no se aclara a cuáles técnicas esta haciendo referencia, se ha entendido que ello se refiere al sistema de contribución previa.

Fijar la línea que divide ambos sistemas en función de elementos contributivos es, en los primeros años del Estado autonómico, fácil de argumentar debido a que el Estado no había

---

<sup>642</sup> Recurso de inconstitucionalidad planteado por el Estado contra dos leyes del Parlamento Vasco (de 11/1983, de 22 de junio, y 8/1985, de 23 de octubre) que reconocían una serie de derechos al personal que había prestado servicios a la administración Vasca entre 1939 y 1978. Los derechos reconocidos por la ley eran: la posibilidad de insertarse en la plantilla de la administración autonómica y, a las personas que por edad no pudieran hacerlo se les reconocía una pensión.

<sup>643</sup> Defiende una función subsidiaria de la Asistencia social autonómica y estrictamente ligada a la situación de necesidad MARTÍN VALVERDE, A., “Asistencia social: propuesta de reconstrucción de un concepto constitucional”, en MONEREO PÉREZ, J., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, M., (Coords.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008, pág. 1143; PEMÁN GAVÍN, J., “Sobre el concepto constitucional de Asistencia Social”... op. cit., RODRIGUEZ-PIÑEIRO BRAVO-FERRER, M., “La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas”, en *Pensiones no contributivas*, Colección Seguridad Social, núm. 1, Madrid, 1991, p.64-67.

actuado sobre la protección social no contributiva y, por lo tanto, éste parecía ser el espacio propio y natural de la asistencial social. Hasta el momento los problemas que los poderes autonómicos tenían en mente giraban, y siguen girando, sobre la posible vulneración de su ámbito competencial desde la perspectiva del poder de gasto, cuestión que será tratada posteriormente por el Tribunal en la STC 179/1986 y en la STC 13/1992<sup>644</sup>. En este sentido, la delimitación que realiza el Tribunal Constitucional en la STC 76/86 de una asistencia social circunscrita a la situación de necesidad que no alcanza el espacio y las técnicas previstas para la Seguridad Social es seguramente una descripción adecuada en el, todavía, incipiente Estado de las autonomías de los años ochenta, pero hoy tal concepción puede considerarse superada por el desarrollo normativo en esta materia.

La interpretación desarrollada posteriormente en la STC 239/2002 entendió que el campo subjetivo de los beneficiarios de las prestaciones de la Seguridad Social no es criterio decisivo a efectos de determinar los límites de la asistencia social autonómica. Según el Tribunal *“la inclusión subjetiva en el sistema de Seguridad Social, pudiendo ser un elemento a valorar en cada caso, debe ponderarse con suma cautela, pues difícilmente puede ser determinante o concluyente del deslinde competencial entre aquella materia y la Asistencia Social”*. Que la Seguridad Social opere sobre criterios de necesidad, no abandona a criterio del Tribunal, *“que tal expansión (...) merme o restrinja el ámbito propio de la Asistencia social, pues esta tendencia, que, de profundizarse, incluso podría determinar el vaciamiento de esta última materia, con el consiguiente menoscabo de las competencias autonómicas”*.

El Tribunal Constitucional abandona en la STC 239/2002 el empeño de delimitación competencial entre Seguridad Social y asistencia social, intento que se encuentra muy presente en la STC 76/86, y opta por la creación de una zona común donde en principio se admitiría la actuación "concurrente" de ambos títulos competenciales. En este sentido, la universalización del sistema de protección social conlleva, en un Estado descentralizado, a que tanto el Estado como las Comunidades autónomas puedan actuar sobre el mismo campo o ámbito siempre que perdure la situación de necesidad. El presupuesto habilitante para ejercer la competencia dependerá del desarrollo que se pretenda del Estado del bienestar,

---

<sup>644</sup> Sobre el poder de gasto véase, MEDINA GUERRERO, M., “La incidencia del poder de gasto estatal en el ejercicio de las competencias autonómicas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 30, 1990, pág. 65-92

planteándose de este modo, no una primacía del Estado social sobre el de las autonomías<sup>645</sup>, sino la incorporación de criterios de complementariedad de ambos principios, lo cual conduce a planteamientos cercanos a la federalización del Estado Social<sup>646</sup>.

Las principales críticas a la Sentencia se centran justamente en la previsión de esta zona “gris” donde no se incorporan criterios claros para delimitar un título competencial del otro, dejando en manos del legislador estatal y autonómico dicha diferencia y, por lo tanto, una zona potencialmente conflictiva. Las tres características técnicas que a juicio del Tribunal permiten resolver con razonable seguridad la naturaleza asistencial de los complementos autonómicos son: el carácter extraordinario de la prestación, su carácter complementario de las prestaciones no contributivas y su financiación mediante fondos propios, esto es, provenientes de los presupuestos de la Comunidad andaluza. Sin embargo, como ha apuntado la doctrina, el razonamiento de la mayoría tan sólo servirá para acreditar que tales ayudas son prestaciones de naturaleza asistencial, pero no para determinar con mínima seguridad si son “internas” o “externas” al sistema de Seguridad Social. Los argumentos empleados o no son definitorios, por basarse en características presentes en prestaciones de ambos Sistemas o por su ambigüedad<sup>647</sup>.

A partir de la nueva posición del Tribunal las fronteras entre Seguridad Social y asistencia social deben buscarse en las características de las ayudas o de las prestaciones y, en especial, en los supuestos jurídicos que están en la base del otorgamiento de las prestaciones, que a juicio del Tribunal se traduce en la existencia de una situación de necesidad. Ahora bien, aún cuando esta concurrencia material de dos títulos competenciales puede plantear a futuro numerosos conflictos, lo cierto es que la protección asistencial se caracteriza por ser un campo donde el total de conflictos competenciales han sido limitados. En más de 30 años de

---

<sup>645</sup> En este sentido GARCÍA HERRERA, M.A y MAESTRO BUELGA, G., *Marginalidad, Estado Social y prestaciones autonómicas..* op.cit., p.65 y ss

<sup>646</sup> Sobre la federalización del Estado social véase OBINGER, H., LEIBFRIED S., y CASTELS, F., *Federalism and the Welfare State*, Cambridge University Press, 2005. Para el caso español especialmente SAENZ ROYO, E., *Estado Social y descentralización política. Una perspectiva constitucional comparada de Estados Unidos, Alemania y España*. Madrid, Thomson Civitas, 2003.

<sup>647</sup> Critica el tono excesivamente político del Tribunal MOLINA NAVARRETE, C., “«Polvos y lodos» ... op.cit., p.10. Para Gonzalo González y Suárez Corujo el mayor reproche que puede hacerse a la STC 239/2002 es que no establece criterios suficientemente claros para resolver conflictos futuros generados por la aprobación de otras medidas de protección social autonómicas de características distintas a las ayudas concedidas por la Junta de Andalucía. Y es que el excesivo apego del Tribunal a la naturaleza extraordinaria de las mismas le permite una fácil solución del problema concreto, pero impide identificar con claridad los criterios que habrían de seguirse a la hora de juzgar la constitucionalidad de otro tipo de medidas semejantes. GONZALO GONZÁLEZ, B., y SUÁREZ CORUJO, B., “La Seguridad Social y su ajuste al marco del estado autonómico: notas sobre dos de los problemas de mayor actualidad”, en *Relaciones Laborales*, núm 13, 2004, p.459.



funcionamiento del Estado autonómico se han planteado tres recursos ante el Tribunal (STC 76/1986, 176/1986, 239/2002). Así, las relaciones entre el Estado y las Comunidades autónomas, al menos en este campo competencial, han girado en gran medida en torno a mecanismos de colaboración, especialmente, los convenios<sup>648</sup>.

### 3. Cuestiones de fondo que abre la STC 239/2002.

#### 3.1 El modelo territorial de servicios sociales previsto en la Constitución Española

La discusión de fondo que se encuentra tras la Sentencia 239/2002 es la adecuación o adaptación del sistema de protección social al modelo autonómico reconocido y garantizado en el Texto constitucional. El predominio del modelo centralista es un elemento que marca desde los inicios a la propia configuración y diseño del sistema de protección social español y, al igual que el resto de sectores materiales, su desarrollo girará en torno a las políticas que desde el centro se implanten y se desarrollen. El modelo de gestión de la entonces beneficencia fue la descentralización administrativa hacia los municipios, siendo muy puntuales los momentos históricos donde se introduce una posible federalización o regionalización de la asistencia social<sup>649</sup>.

El sistema de protección social tiene, desde una perspectiva histórica, un doble origen. Por una parte la protección estatal que nace en torno a los accidentes de trabajo y el retiro obrero, que darán lugar a los seguros sociales y más tarde a la Seguridad Social, y, por otra, la atención al indigente que será la beneficencia estatal y que evolucionará hasta la asistencia social<sup>650</sup>. Sin embargo, esta división clara de tendencia bismarkiana se rompe cuando dentro del sistema de la Seguridad Social se desarrolla un sistema de protección complementario no vinculado al régimen de cotizaciones previas pero donde los sujetos beneficiarios de tales prestaciones son sujetos que se encuentran vinculados al sistema de la Seguridad Social. En

<sup>648</sup> Véase MORENO REBATO, M., *Régimen jurídico de la asistencia ... op.cit.*, p.75-90. Asimismo, como indica cada año la profesora García Morales en el Informe de Comunidades Autónomas la asistencia social es el sector que copa aproximadamente el 50 por ciento del total de Convenios entre Estado y Comunidades autónomas que se firman cada año. Véase el apartado que cada año el Informe de Comunidades Autónomas dedicada a la relaciones de colaboración.

<sup>649</sup> En la Constitución de la II República por vía de la cláusula residual prevista en el art.16 los territorios que promulgaron su respectivo estatuto de autonomía incorporaron la beneficencia como competencia exclusiva. Así, art. 11.C del Estatuto catalán y art. 15 del Estatuto vasco.

<sup>650</sup> MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A., *Protección Social, Seguridad Social y Asistencial: España y la Unión Europea*. Madrid, Consejo Económico y Social, 2005, p.81.

este sentido, la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social creó un sistema complementario de prestaciones denominados “servicios sociales” y “asistencia social”. La finalidad del sistema asistencial es el complemento de las prestaciones provenientes del sistema de seguridad social, más no un complemento al sistema en sí. Ello puede verse en la exposición de motivos de la Ley, la cual señala que *“una de las preocupaciones principales de la Ley es la de potenciar al máximo, el acceso de las personas comprendidas en su campo de aplicación a las de carácter técnico, tanto preventivas como recuperadoras, rehabilitadores y reeducadoras. (...) La Seguridad Social, entendida como sistema de superación de los esquemas clásicos de Previsión y Seguros Sociales, exige inexcusablemente un régimen complementario de Asistencia Social”*.

Los servicios sociales incluidos en la Ley 193/63 giran en torno a una concepción amplia de trabajador y buscan actuar sobre aquellos ámbitos que no están directamente vinculados con la condición del mismo sino sobre las condiciones en que se desarrolla la actividad laboral. Así, los servicios sociales se configuran como prestaciones complementarias en el marco de la Seguridad Social para mejorar la calidad de vida de los beneficiarios de este sistema, los trabajadores, bien sea mediante la mejora de sus condiciones de trabajo o de su cualificación personal o profesional, concretamente *“medicina preventiva, higiene y seguridad en el trabajo y acción formativa”*, bien mediante la creación de servicios específicos destinados a paliar las consecuencias negativas de las situaciones de riesgo con funciones definidas *“la reeducación y rehabilitación de inválidos”*<sup>651</sup>. Estas prestaciones se configuran como prestaciones dispensadas dentro de la acción protectora de la Seguridad Social (base quinta, 18d), cuyos titulares o potenciales beneficiarios son todas las personas incluidas en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, pero al margen de toda contribución, impuesto, tasa o exención parafiscal (base quinta, 18d). El régimen jurídico de las mismas se somete a un reconocimiento previo por un órgano administrativo y su concesión esta condicionada por los recursos financieros del sistema.

Por su parte, la asistencia social incorporada en la Ley 193/63 se configura como un régimen de protección social complementario que busca cubrir, mediante prestaciones subsidiarias, los supuestos límites de desprotección. *“De este modo la Asistencia social actuará para paliar o eliminar los estados de necesidad en que pueden incidir las personas en el campo de*

---

<sup>651</sup> Exposición de Motivos de la Ley 163/63 apartado III

*aplicación de la ley cuando no se acredite el derecho a las prestaciones o se haya agotado el tiempo máximo previsto para su disfrute o resulten insuficientes para la satisfacción de las necesidades que se determinan*<sup>652</sup>. Los beneficiarios de la prestación de la asistencia social sean las personas incluidas en el campo del sistema de la Seguridad Social, así como familiares y asimilados que de ella dependan, se exigirá que el interesado acredite que carece de recursos indispensables para hacer frente al estado de necesidad. La prestación más relevante que se crea es el subsidio de cuenta fija a quienes, agotados los plazos de percepción de prestaciones, en caso de desempleo, continúen en paro forzoso, siempre que carezcan de bienes y rentas o ayudas por tratamientos o intervenciones<sup>653</sup>.

El subsistema de protección asistencial complementario al modelo asegurativo (Seguridad Social) configurado en la Ley 193/63 se diferencia de la beneficencia, que gestionaba el Fondo Nacional de Asistencia Social (FONAS), fundamentalmente en dos aspectos. El primero relativo al ámbito subjetivo: mientras los servicios sociales y el régimen complementario de asistencia de la Seguridad Social tenían por destinatarios a los sujetos incluidos en el sistema de Seguridad Social, mientras que los auxilios de la beneficencia gestionados desde el FONAS no exigían la inclusión previa en sistema alguno. Otro aspecto de distinción se daba en el ámbito de la gestión: las prestaciones del FONAS, es decir de la beneficencia se encontraban adscritos al Ministerio de la Gobernación mientras que el régimen asistencial de la Seguridad Social dependía del Ministerio de Trabajo<sup>654</sup>. Ahora, si bien la nueva asistencia social interna de la Seguridad se configura como un subsistema asistencial complementario al modelo asegurativo, diferenciado de la beneficencia y por sí mismo no tiene la entidad suficiente para crear un sistema propio; desde el plano teórico se quiebra la división teórica entre los modelos de protección social e introduce elementos afines un sistema de tipo Beveriano. Por esta razón, difícilmente puede entenderse que los llamados servicios sociales y la asistencia social de la Ley 193/63 tuvieran el espíritu de configurarse como un sistema de protección social con características propias y claramente diferenciadas

<sup>652</sup> Exposición de Motivos de la Ley 163/63, apartado III

<sup>653</sup> Esta división dentro del Sistema de la Seguridad Social se mantiene con la promulgación del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 que incluye como parte de la acción protectora de la Seguridad Social a los Servicios sociales (art. 20.1) a los que considera como un complemento de las prestaciones de aquella (art. 24) y a la Asistencia Social (art. 20.2). Se trata de servicios complementarios que se otorgan a las personas incluidas en el campo de aplicación de la Seguridad Social y a los familiares y asimilados que de ellas dependan (art. 36.1)

<sup>654</sup> VILLA GIL, L.E., "Previsión, Seguros sociales y Seguridad social", en VVAA, *Problemas Fundamentales de beneficencia y asistencia social*. Madrid, Secretaría General Técnica del Ministerio de Gobernación, 1967, p.50.

de lo que hasta el momento eran los dos grandes regímenes: la Seguridad Social y la beneficencia.

La descentralización que introduce la Constitución de 1978 en materia de protección social se desarrolla en dos planos. Respecto a la Seguridad Social el art. 149.1.17 CE configura esta materia como una competencia compartida bajo el esquema legislación estatal y desarrollo reglamentario para aquellas Comunidades autónomas que desde el inicio accedieron al máximo techo competencial<sup>655</sup>; competencia que será extendida al resto de Comunidades bajo los pactos de 1992<sup>656</sup>. Por otra parte, y en relación a lo que en su momento era la beneficencia, como se ha reseñado en numerosas ocasiones, la asumen todas las Comunidades autónomas bajo la categoría de exclusiva y con el título de servicios sociales. Bajo este panorama, el modelo asistencial en la Constitución es el siguiente. Por un lado la Seguridad Social como competencia estatal, donde las Comunidades desempeñan un papel secundario: la ejecución de los servicios de la citada Seguridad Social. Y, por otro, los servicios sociales configurados como un modelo ligado a la beneficencia pero con la firme intención de superarla y configurar un sistema de protección asistencial similar al resto de países europeos.

La principal duda que nace del modelo de distribución competencial contenido en la Constitución Española es si la asistencia social que asumen las Comunidades autónomas comprende también el sistema asistencial creado internamente en la Seguridad Social o, si por el contrario, estas prestaciones al ser internas al sistema de la Seguridad Social no se integran en la asistencia social que se permite descentralizar hacia las autonomías. Para resolver esta cuestión es necesario primero acudir a los términos en que se traspasa la competencia a las Comunidades autónomas y analizar cuál es la tendencia de modelo de Seguridad Social que desarrolla la Constitución.

---

<sup>655</sup> Este es el caso de Cataluña, País Vasco, Andalucía, Canarias, Valencia y Navarra. Así el artículo 17.2 del Estatuto de autonomía de Cataluña de 1978 señala que “*En materia de seguridad social, corresponderá a la Generalitat de Cataluña: a) el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico. b) la gestión del régimen económico de la Seguridad Social*”. En el mismo sentido, el artículo 20.1 del Estatuto de Andalucía de 1981, el artículo 18.1 del Estatuto de Autonomía Vasco, el artículo 32.2.18 del Estatuto de Autonomía Canario, artículo 54.2 del Estatuto de Autonomía Valenciano de 1981 y el artículo 54.1 de Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral.

<sup>656</sup> El artículo 16.1 de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de Diciembre, de Transferencia de Competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la Autonomía por la Vía del Artículo 143 de la Constitución transfiere a dichas Comunidades la competencia sobre la gestión de las prestaciones y servicios sociales del Sistema de Seguridad Social correspondientes al INSERSO, la cual comprende las siguientes facultades: a) la gestión de centros, servicios y establecimientos y la gestión de prestaciones sociales del Sistema de Seguridad Social.

### 3.2 Los traspasos en materia de servicios sociales

El sistema de traspasos se realiza en base a la reorganización del sistema de protección social que ya había realizado el Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo. Cabe recordar que mediante esta norma el Instituto Nacional de Prevención se suprimió sustituyéndose por tres órganos: el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), el Instituto Nacional de la Salud (INSS) y el Instituto Nacional de los Servicios Sociales (INSERSO), éste último encargado de de la gestión de servicios complementarios de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social. Este mismo Decreto-Ley reconvierte el FONAS en el Instituto Nacional de Asistencia Social (INAS) órgano encargado de la gestión de servicios de asistencia Social del Estado, creados por fuera del sistema de la Seguridad Social.

Los traspasos se efectúan de forma temprana entre 1980 y 1985. Así, mediante Real Decreto 1949/1980, de 31 de julio se transfiere los servicios y establecimientos del INAS a la Generalidad de Cataluña, las ayudas del Fondo de Asistencia Social, los centros y establecimientos del INAS y los centros asistenciales dependientes de la Dirección General de Acción social. Las Comunidades asumen la gestión casi completa a través de la competencia en materia de servicios sociales incorporada en sus Estatutos de autonomía. Sin embargo, pese a ser una competencia exclusiva, el Estado se reserva centros del INAS y la tutela de las Fundaciones, los créditos destinados a transferencias globales a la Seguridad Social, la relación con organismos y asociaciones internacionales y créditos correspondientes a determinadas instituciones y programas (Real patronato de Educación y atención a Deficientes, Patronato de rehabilitación social de la lepra, Plan de prevención de la subnormalidades). El traspaso de la mayoría de las competencias que realizaba el INAS determinó su supresión en la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, por la que se aprueban los presupuestos del Estado para 1985. No obstante los traspasos no son realizados de forma íntegra ya que la Seguridad Social termina haciéndose cargo de una serie de centros y prestaciones asistenciales y sociales provenientes del extinguido INAS<sup>657</sup>. En el Real Decreto

---

<sup>657</sup> Según el artículo 93 de la Ley 50/84, En el Real Decreto de supresión, a propuesta de los Departamentos interesados, se determinará la adscripción y modo de gestión de cada uno de los centros, servicios y establecimientos actualmente integrados en los Organismos autónomos Instituto Nacional de Asistencia Social y Administración Institucional de la Sanidad Nacional, o su integración en la Seguridad Social pudiéndose adoptar a tal efecto las medidas necesarias para adecuar su régimen patrimonial, funcional y prestacional. En el mismo sentido MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A., *Protección Social, Seguridad Social ... op.cit.*, p. 67-68.



de supresión del INAS se establece que los centros y servicios que aún gestionaba pasan a estar bajo la tutela de y gestión del INSERSO

Otra línea de transferencias distintas será la correspondiente a los servicios del INSERSO. Estas transferencias se realizan en el marco de la competencia del art. 149.1.17 CE y se traspasa la ejecución de los servicios sociales. El Decreto 1517/1981, de 8 de junio, traspasa los servicios y funciones correspondientes a los Centros y Establecimientos asistenciales y administrativos del Instituto Nacional de Servicios Sociales en Cataluña, así como los servicios y funciones encomendadas por la legislación vigente a las Direcciones Provinciales de las expresadas entidades gestoras en Cataluña, así como las funciones correspondientes a las Delegaciones Provinciales en Cataluña del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social respecto Instituto Nacional de Servicios Sociales. El término de los traspasos se sujeta a la legislación básica y a la normativa general de la Seguridad Social en lo relativo a la determinación de los beneficios, requisitos e intensidad de la acción protectora y del régimen económico-financiero y económico administrativo. Posteriormente, tras el traspaso de competencias efectuado por la Ley orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, se transfieren a las Comunidades autónomas que accedieron a la autonomía por vía del 143 CE las competencias en materia de gestión de las prestaciones de la Seguridad Social.

Tras los numerosos traspasos efectuados en materia de asistencia social, el sistema queda compuesto por dos campos. Por una parte el sistema de servicios sociales de las Comunidades autónomas compuesto por los servicios y prestaciones traspasadas del INAS y la gestión de algunas prestaciones del INSERSO. Por otra parte el Estado continúa manteniendo una asistencia social y unos servicios sociales que provienen del Decreto Ley 36/1976 entendidos como un complemento a las prestaciones de la Seguridad Social pero no al sistema mismo. Estas prestaciones complementarias se gestionarán a través del INSERSO, el cual será transformado en IMSERSO por el Real Decreto 140/1997, de 21 de enero, por el que se modifica parcialmente la estructura básica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y transforma el Instituto nacional de Servicios Sociales en Instituto de Migraciones y Servicios Sociales.

La valoración de si los traspasos de funciones y servicios en materia de asistencia social se realizó de forma completa y por tanto si el mantenimiento del INSERSO como ente gestor de las prestaciones asistenciales dentro del sistema de la Seguridad Social implica o no una

vulneración al modelo descentralizador que incorpora la Constitución dependerá en gran medida del análisis del segundo punto que se pretende analizar en este apartado que es, el modelo de Seguridad Social de Seguridad Social que describe el artículo 41 de la CE.

### 3.3 El modelo territorial contenido en el artículo 41 de la CE

Desde el punto de vista teórico todos los modelos de protección social europeos se configuran como resultado de la evolución de dos modelos: el modelo contributivo o alemán y el modelo asistencial o inglés. El primero de los modelos nace en Alemania, por obra del Canciller Otto von Bismarck<sup>658</sup>. El modelo ideado por el canciller estará constituido por cuatro sucesivas leyes, por las que se establecen un conjunto de seguros sociales: el de enfermedad (1883), accidentes laborales (1884), el de jubilación (1888) y de supervivencia (1911). Este primer sistema sería completado posteriormente con otros seguros, entre ellos el seguro de desempleo (1927). Las principales características de este modelo son: la participación del Estado, en el sentido de ser promotor de la puesta en marcha de este conjunto de seguros; la obligatoriedad del seguro y el destinatario del mismo es la clase obrera industrial con salarios más bajos<sup>659</sup>. Este modelo tiene como eje central la vinculación de la protección social a la condición de trabajador y a un sistema de cotizaciones previas a la Seguridad Social y la protección asistencial queda fuera del sistema de seguros. En España el sistema de seguros sociales tiene su primer manifestación en la promulgación de la Ley de accidentes de trabajo, de 30 de enero de 1900 y, posteriormente, en la creación del Instituto Nacional de Previsión, por Ley de 27 de febrero de 1908, norma que se elaboran tras las fuertes protestas de la clase obrera tanto agrícola como industrial y que dieron paso a las recomendaciones de la Comisión de Reformas Sociales (1980).

---

<sup>658</sup> La revolución industrial había dado lugar a situaciones muy agudas entre los trabajadores, y a condiciones de penuria entre ellos. Había aparecido ya el socialismo como doctrina de fuerte implantación teórica y políticamente activa. La estructura social podía verse amenazada, por lo que Bismarck se propuso eliminar como pudiera las causas de descontento de los trabajadores, sustraer a los grupos profesionales obreros el protagonismo que alcanzaban sus mutualidades propias de previsión y, en palabras de DURND “quitar armas al socialismo colocándose en su propio terreno, creando, gracias a los seguros sociales, un considerable número de pensionistas que de esta manera estarían interesados en ligar su suerte al Imperio” ALFONSO SECO, J.M., “Política Social y Seguridad Social”, en ALEMÁN BRACHO (Coord.) *Políticas Sociales*. Pamplona, Thomson Reuters, 2009, p.180-181.

<sup>659</sup> MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A., *Protección Social, Seguridad Social ... op. cit.*, p.21

El modelo asistencial o inglés nace como iniciativa de Willian BEVERIDGE quien elaboró en el informe conocido como Plan Beveridge<sup>660</sup> donde proponía no limitar la seguridad social a los trabajadores, sino hacerla *universal* para todos los ciudadanos. Las principales características del modelo son: la unificación de los seguros sociales existentes, la universalidad subjetiva de la protección, la generalización objetiva de la protección (debe dar cobertura a cualquier situación de necesidad) y financiación tripartita entre el Estado, el trabajador y el empresario, pero con un importante papel del Estado. En España este modelo se introduce como ya se señaló anteriormente con la Ley de Seguridad Social de 1963.

El art. 41 de la CE establece

*“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.*

De una interpretación literal del art. 41 CE es difícil concluir que la Constitución Española se adhiera a un modelo concreto. Por una parte las expresiones relativas a *“todos los ciudadanos”*, *“prestaciones y asistencia ante situaciones de necesidad”* parecen introducir un concepto de Seguridad Social que incluye la técnica de la asistencia social (el modelo en que lo proponía Beveridge), siendo éste un sistema que se busca la que la protección social gire en torno a las necesidades y se aleje cada más del sistema de cotizaciones previas. Bajo este presupuesto el sector asistencial de la Seguridad Social se configura como un sector cuyo potencial desarrollo puede llegar a ser relevante<sup>661</sup>. Esta posición confluye con una interpretación del art. 149.1.17 CE sostenida por la doctrina mayoritaria según la cual el título competencial relativo a la “Seguridad Social” incluye también el sistema no contributivo y es el legislador estatal el que goza de la libertad para configurar en cada momento qué

<sup>660</sup> Véase traducción en castellano, BEVERIDGE, H.W., *Seguro Social y Servicios afines. Informe de Lord Beveridge*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

<sup>661</sup> Reconociendo que el modelo constitucional diferencia entre Seguridad Social y asistencia social, se inclina por un concepto amplio del artículo 41 CE mediante el cual se pueda desarrollar todo un sistema de protección asistencial desvinculado de la situación profesional. ALFONSO SECO, J.M., y GONZÁLO GONZÁLEZ, B., *La Asistencia Social* ... op.cit., p.112-114.

prestaciones integran el sistema de Seguridad Social, sin que la Asistencia social asumida por las mismas pueda jugar algún tipo de límite<sup>662</sup>.

Pero, al mismo tiempo la Constitución consagra también un modelo de naturaleza bismarckiana. El art. 149.1.20 CE fue ampliamente debatido. En un momento inicial se introduce bajo la categoría de beneficencia y, posteriormente, las enmiendas en el Senado incorporan la noción de asistencia social. Estas enmiendas vienen motivadas por la firme intención del constituyente de dejar atrás un modelo más cercano al siglo XIX que al Estado Social que consagrara el art. 1 CE. Por otra parte el art. 149.1.17 CE habiendo podido incluir la referencia al sistema asistencial no lo hace y si se tiene en cuenta el desarrollo que han realizado las Comunidades autónomas de su competencia se ve claramente su intención de alejarse de los presupuestos de la beneficencia, presupuestos que por otra parte son difíciles de mantener si se tiene en cuenta la configuración del Estado español como un Estado Social.

La interpretación que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dado sobre el art. 41 está, principalmente, dirigida a mantener el principio contributivo<sup>663</sup> pero al mismo tiempo abrirlo a un modelo más asistencial. Así, en la STC 37/1987 señala que la Constitución recoge y consagra en dicho precepto *“la evolución que han experimentado los sistemas contemporáneos de Seguridad Social, de tal suerte que la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad se concibe como una “función del Estado”, rompiéndose en buena parte la correspondiente prestación-cotización propia del seguro privado, superada por la dinámica de la función protectora de titularidad estatal”*. En la STC 32/1992 constata que el sistema de protección social *“se ha ido separando progresivamente del esquema contributivo y acercándose de forma cada vez más próxima al concepto tributación en el que la existencia de la cuota no autoriza a exigir un determinado nivel de prestaciones, ni su cuantía a repercutir en el nivel o contenido de las mismas”*.

---

<sup>662</sup> Comparten esta posición ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones a la Seguridad Social*. Madrid, Civitas, 1998; PALOMAR OLMEDA, *Derecho público de la Seguridad Social*. Barcelona, Ariel, 1993, (nota extraída VAQUER CABALLERÍA, *La acción social...* op.cit., p.95). Matizan su posición dando mas cabida a la asistencia social MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A., *Protección Social, Seguridad Social...* op. cit., p.148; SUÁREZ CORUJO, B., *La protección en el Estado de las Autonomías*. Madrid, Isutel, 2006, p.288-289.

<sup>663</sup> En Tribunal Constitucional ha mantenido una doctrina centrada en el principio contributivo. En la STC 103/1983 el Tribunal señala que *“nuestro sistema de Seguridad Social está asentado en alguna medida sobre el principio contributivo”*, sin que se hay *“superado totalmente su relación con el esquema típico del seguro privado, que está en la base de los primitivos seguros sociales que son el antecedente de la actual Seguridad Social”*. Esta línea es seguida, entre otras por la STC 134/1987 y 70/1991.

Sea como fuere, paulatinamente la Seguridad Social ha ido abriendo y consolidando un espacio propio no contributivo. La primera actuación fue la promulgación de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración social de los minusválidos, que configura un conjunto de prestaciones y servicios que van dirigidos a las personas minusválidas que por alguna razón no se encontraban cubiertas por el sistema de la Seguridad Social. Posteriormente, con la promulgación de la Ley 26/1991, de pensiones no contributivas, crean un conjunto de prestaciones (pensiones por jubilación y por invalidez) que no están vinculadas a ningún elemento contributivo previo. De esta forma se quiebra la posibilidad de entender el sistema asistencial interno de la Seguridad como un modelo limitado a complementar las prestaciones del sistema. Las prestaciones previstas en la Ley 26/1991 se incorporan posteriormente al cuerpo legislativo del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

Actualmente la LGSS configura dos sistemas de protección social no vinculados al régimen de cotizaciones previas: los servicios sociales y la asistencia social. Los servicios sociales revistos en el artículo 38.1d) de la LGSS los contempla como *“las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos y de asistencia a la tercera edad, así como en aquellas otras materias en que se considere conveniente”*. Así los servicios sociales están compuestos por: a) los servicios de reeducación y rehabilitación a minusválidos, y b) prestaciones y servicios en favor de la tercera edad<sup>664</sup>.

La asistencia social que forma parte del Sistema de la Seguridad Social se compone de dos tipos de prestaciones: las primeras se constituyen como los complementos de la acción protectora de la Seguridad Social (art. 38.2), configurándose más que como una prestación como un beneficio. Las segundas se componen de las prestaciones no contributivas que nacen con la Ley 26/1991, donde la asistencia social se entiende como sinónimo de prestación económica de naturaleza asistencial que se concede a un sector de la población que no

---

<sup>664</sup> Dentro estos servicios sociales para minusválidos se encuentran: los centros base, los centros de atención a Minusválidos Físicos, Centros de recuperación de Minusválidos Físicos, Centros de Atención a Minusválidos Psíquicos y Centros Ocupacionales. Dentro de éstos servicios sociales para la tercera edad se encuentran: centros día, centros residenciales, termalismo social, programas de vacaciones para la tercera edad. véase Guía Laboral 2010 y Asuntos Sociales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2010, p. Para una explicación mas detallada de éstos servicios. Véase MORENO REBATO, M., *Régimen Jurídico de la asistencia ... op.cit.*, p. 144-152; o VIÑA GARCÍA, J., y otros, “Los servicios sociales para colectivos determinados: mayores, discapacitados, menores de edad y víctimas de violencia de género”, en MORENEO PEREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENEO VIDA, M.N., (Coords.) *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*. Granada, Comares, 2008, p. 1185 y ss.



cumplen los requisitos que legalmente se establecen para acceder al sistema contributivo. El incumplimiento de los requisitos pueden venir motivados por la ausencia de cotizaciones o haber cotizado pero no el tiempo insuficiente que da derecho a una prestación de carácter contributivo. Dentro de estas prestaciones se encuentran: las pensiones no contributivas por invalidez e incapacidad (art. 144-159 LGSS), pensiones no contributivas por jubilación (art. 167-170), prestaciones por hijo a cargo (art. 181-188) y subsidio por desempleo (art. 215-219).

Además del sistema de protección incluido en la LGSS, el Estado bajo cierta vocación universalista, sigue creando ayudas sociales fuera el sistema de la Seguridad Social, no siempre con una base competencial clara. Entre las prestaciones más destacadas se encuentra el Real Decreto 1369/2006, por el que se regula la Renta Activa de Inserción<sup>665</sup>, siendo que las Comunidades autónomas han configurado ya las Rentas Mínimas de Inserción<sup>666</sup>. La Ley Orgánica 1/2004, de protección integral contra la violencia de género establece dos tipos de ayudas: las prestaciones por desempleo y las ayudas contenidas en el régimen de los servicios sociales<sup>667</sup>. También se encuentran las ayudas previstas en la Ley 14/2002, que crea prestaciones asistenciales para quienes contrajeron hepatitis C como consecuencia de tratamientos recibidos en el sistema sanitario público<sup>668</sup> o las prestaciones económicas a las

---

<sup>665</sup> La Renta Activa de Inserción tiene su antecedente inmediato en el RD 239/2000, de 18 de febrero, fruto del Plan de Acción para el Empleo del Reino de España de 1999, que en su Pilar I se proponía la sustitución de las medidas de empleo pasivas por medidas activas, así como la mejora de la capacidad de inserción profesional de los desempleados y del combate y prevención del paro de larga duración. Los beneficiarios de dicha renta son las personas mayores de 45 años y siempre que se encuentren en un estado de necesidad. Véase FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., y otros "Las Rentas Activas de Inserción en el marco de la protección por desempleo", en MORENO PEREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA. M.N., (Coords.) *La Seguridad Social ... op. cit.*, p. 1095 y ss, o RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., "La normalización de la Renta Activa de Inserción", en *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2007, p.31 y ss.

<sup>666</sup> El Consejo de Estado en su Dictamen 1917/2006 sobre el proyecto del actual Real Decreto 1369/2006 consideró acertada una regulación estable de la Renta Activa de Inserción, pero entendió que el sistema se consolidaría si se hubiera establecido mediante una regulación de rango legal que, además, permitiría solventar los problemas de coordinación de medidas paralelas dirigidas a los mismos colectivos adoptadas por las Comunidades Autónomas, competentes en materia de políticas activas de empleo y en materia asistencia de social y servicios sociales.

<sup>667</sup> La ayuda económica prevista en el art. 27 de la LO1/2004 debe la mujer además de ser víctima de violencia de género: a. encontrarse en situación de necesidad económica; b) tener dificultades para encontrar un nuevo empleo. Esta renta cubre aquellas mujeres que por razones de edad o falta de preparación profesional su empleabilidad es baja y tienen poco éxito en los programas de inserción laboral. De esta forma, esta renta constituye una ayuda para mujeres de edad avanzada o sin estudios o en grave situación social de exclusión (de marginalidad social). Los servicios sociales prestados a las víctimas de violencia de género desde la Seguridad Social son: atención médica y psicológica, atención a los menores bajo la patria potestad o guarda y custodia de la víctima, asistencia jurídica gratuita, dejando la atención asistencial de urgencia en casa de acogida en el ámbito autonómico. Véase VIÑA GARCÍA, J., y otros, "Los servicios sociales para colectivos determinados .. op. cit.", p. 1199 y ss.

<sup>668</sup> Ley 14/2002, de 5 de junio, por la que se establecen ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C como consecuencia de haber recibido tratamiento

mujeres que trabajen fuera de casa y tengan hijos menores previstas en el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social. Así como las prestaciones por desempleo previstas en la Ley 14/2003, de 11 de noviembre, por la que se regula el programa temporal de protección por desempleo e inserción, como consecuencia de la crisis económica. Incluso algunos autores sostienen que el artículo 149.1.17 CE era base competencial suficiente para configurar el Sistema de Dependencia<sup>669</sup>

### 3.4 En busca de un criterio de delimitación competencial

Los distintos criterios que pueden resultar útiles para trazar una línea divisoria entre la asistencia social y la Seguridad Social han sido difuminados por la propia evolución que ha experimentado el sistema de protección social español. En primer lugar podría acudir al ámbito subjetivo de las prestaciones, entendiendo que los beneficiarios de prestaciones asistenciales o complementarias de la seguridad social no podrían ser al mismo tiempo beneficiarios de ayudas sociales prestadas desde los servicios sociales autonómicos. Esta posibilidad se quiebra cuando las Comunidades autónomas deciden fijar complementos autonómicos a las pensiones no contributivas y por ende un mismo sujeto recibirá ayudas sociales de ambas entidades. Si bien, estos complementos son seguramente los mas conocidos, en gran medida por el conflicto político generado alrededor del mismo, la comparación de sujetos no es un elemento del todo extraño en el sistema asistencial, son varias de las prestaciones sociales otorgadas desde los dos sistemas que permiten compaginar la percepción de las mismas con otras ayudas sociales, este es el caso de de las rentas mínimas de inserción autonómicas. En último término será el régimen de incompatibilidades que se establezca en cada ayuda o prestación social el que determinará si un mismo sujeto puede ser objeto de ayudas sociales provenientes de ambos sistemas.

Una segunda posibilidad es acudir a la naturaleza contributiva de las prestaciones y entender que la diferencia entre uno y otro sistema tiene un claro reflejo en la configuración de un sistema de tilde bismarskiano, donde las prestaciones asistenciales de la Seguridad social sólo pueden complementar prestaciones que tengan en principio un origen contributivo y la

---

con concentrados de factores de coagulación en el ámbito del sistema sanitario público, y otras normas tributarias.

<sup>669</sup> En este sentido, SUAREZ CORUJO, B., "Dependencia y Estado autonómico ... op.cit., o BARCELÓN COBEDO, S., y QUINTERO LIMA, M., "Delimitación competencial de la protección ... op.cit.,

asistencia social autonómica debe excluir en cualquier caso complementar cualquier tipo de prestación contributiva. Esta posición que parece ser la inicialmente adoptada con la Ley 193/63 y sostenida por el Tribunal Constitucional en su STC 76/86 donde señaló que la asistencia social “*opera con técnicas distintas a las propias de la Seguridad Social*”, si bien no se aclara a cuáles técnicas esta haciendo referencia, se ha entendido que ello se refiere al sistema de contribución previa. Esta posición resulta superada cuando el Estado central con la Ley 26/1990 configura las Pensiones no contributivas como un sistema de ayudas sociales complementarias ya no a las prestaciones contributivas sino al sistema mismo.

La valoración del test de necesidad puede entenderse como un tercer elemento útil para trazar una línea divisoria entre ambos sistemas. Sin embargo, el carácter no contributivo de algunas pensiones de la Seguridad social y su vinculación a situaciones de necesidad (las familiares con hijos a cargo o el llamado “subsidio por desempleo” pretendidamente asistencial o no contributivo) cuestiona este elemento conceptual. El test de necesidad, que históricamente había servido para definir el carácter propio de la asistencia social queda superado por la propia concepción del Estado Social, donde se entiende que el papel de los servicios sociales incluyendo las situaciones de necesidad pueden también hacer frente a situaciones donde la carencia de recursos no es un elemento determinante de las ayudas, sino que se tiene en cuenta otras finalidades como por ejemplo las ayudas que las diferentes comunidades autónomas han configurado por nacimiento del hijo o adopción. En estas ayudas el hecho que da origen a la prestación no es la posible situación económica en que se encuentren las familias sino el nacimiento del hijo o la adopción.

También podría acudirse a un criterio de diferenciación basado en la configuración de un derecho subjetivo, entendiendo que sólo las prestaciones provenientes de la Seguridad Social tienen la capacidad para crear derechos propiamente dichos y que la asistencia social tendría que lastrar con el carácter discrecional de las mismas. Sin embargo, como es ampliamente conocido la posibilidad de exigir judicialmente prestaciones sociales depende de que así se establezca por ley (art. 53.2 CE) y el Tribunal Constitucional señaló ya desde sus inicios (STC 37/1981) que la reserva de ley no excluye a las Comunidades autónomas. Un claro ejemplo de prestaciones autonómicas configuradas bajo la figura de derecho subjetivo son las Rentas Mínimas de Inserción.

Finalmente, la STC 239/2002 introduce dos elementos que permiten entender que los complementos autonómicos a las prestaciones no contributivas son asistencia social. El primero se refiere al origen de la financiación. Esta característica resulta útil como límite a la competencia autonómica pero no para crear una línea divisoria entre ambos sectores. En segundo lugar, el Tribunal acude al carácter extraordinario o temporal de las mismas. Si bien es cierto que las prestaciones autonómicas tienden configurarse como prestaciones temporales, normalmente anuales, nada impediría que se creen ayudas sociales no limitadas en el tiempo, pues ello dependerá esencialmente de la orientación política del gobierno autonómico y de los recursos el mismo disponga pero no existe un límite competencial.

Los criterios descritos hasta el momento se difícilmente pueden llegar a introducir un criterio claro de diferenciación entre el sector asistencial de la Seguridad Social y la asistencia social autonómica. No obstante la necesidad de delimitar ambos campos resulta un elemento clave para la garantía de la autonomía de las Comunidades autónomas. Ello es así porque dejar en manos del legislador central la amplitud que se quiera dar al sector asistencial de la Seguridad Social puede llegar a mermar considerablemente el campo asistencial. Esta posibilidad resulta más clara si se tiene en cuenta que la capacidad económica del Estado supera la de las Comunidades autónomas y, por lo tanto, la posibilidad de crear nuevas prestaciones asistenciales resulta mucho más fácil para el Estado central.

### **3.5 Reconocimiento pleno de la competencia en materia de servicios sociales**

Ahora bien, aun cuando se entienda que la Seguridad Social prevista en el art. 41 CE se mueve bajo presupuestos mas amplios del principio contributivo, no es menos cierto que el art. 41 CE es un mandato constitucional dirigido a todos los poderes públicos y no exclusivamente al Estado<sup>670</sup>. Por otra parte, la Seguridad Social no presupone ni una ideología, ni un concreto modelo de organización territorial. Por otra parte, el análisis del modelo de Seguridad Social no puede realizarse al margen del propio análisis y sentido en que se incorpora la asistencia social como sistema de protección social de las Comunidades autónomas. En este sentido, se ha señalado que asumen un sector en gran medida que venía cumpliendo una función subsidiaria pero que con la promulgación del texto constitución busca posesionarse como un sistema propio, con contenido propio y complementario de los

---

<sup>670</sup> MOLINA NAVARRETE, C., “«Polvos y lodos» .. op.cit., En especial VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social...* op., cit., p.78-88.

otros sistemas proteccionistas pero no dependiente de ellos. Prueba de ello es la discusión en el debate constitucional sobre el término asistencia y beneficencia, la incorporación del postulado del Estado Social, la neutralidad territorial de la Seguridad Social y, en último término, la indiscutible oposición política de la Constitución Española de 1978 de configurar un Estado autonómico cuya principal característica es la descentralización de naturaleza política.

La clara intención del constituyente de dotarle a la asistencia social un espacio autónomo, diferenciado de la Seguridad Social (art. 148.1.20) y una orientación propia que supera la tradicional beneficencia llevan a concluir que el modelo fijado por el Texto constitucional es esencialmente, pero no totalmente, de naturaleza bismarckiana<sup>671</sup>. Bajo este esquema la responsabilidad de la asistencia social es principalmente autonómica y los servicios sociales que se asumen desde la Seguridad Social tienen un manifiesto carácter complementario de ciertas prestaciones económicas de la Seguridad Social<sup>672</sup>.

No puede negarse la existencia de un espacio asistencia dentro de la Seguridad Social. Ello se deduce del propio modelo heredado de la Seguridad social, concretamente tras la Ley 193/63, así como la apertura a “situaciones de necesidad” que se introducen en el art. 41 CE, apertura legitimada por el Tribunal Constitucional y del sistema de traspasos que mantiene una parte de la asistencia social en manos del Estado. Sin embargo, este espacio reconocido a la Seguridad Social debería en principio limitarse a complementar las prestaciones de la misma, más no complementar el sistema. La propia exposición de motivos de la Ley 193/63 señala que el objetivo tanto de la asistencia social como de los servicios sociales es crear un sistema que complementen las prestaciones de la Seguridad Social, más no crear un tercer sistema de protección social. Bajo el modelo constitucional el segundo sistema de protección social es la asistencia social que asumen las Comunidades autónomas. El Estado traspasa en su gran mayoría a las Comunidades lo que hasta el momento era el segundo gran bloque de la protección social, las prestaciones y servicios gestionados desde el INAS, siendo el INMERSO el que en aquel momento se configura como el sistema residual. En este sentido, la potencial ampliación que desde la Seguridad Social se busque debe necesariamente conjugarse con la asistencia social prevista en las autonomías. El Estado no estaría totalmente

---

<sup>671</sup> Defiende el modelo bismarckiano VAQUER CABALLERÍA la acción social ... op cit 98-99

<sup>672</sup> En el mismo sentido FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M., “La Seguridad Social y el Estado de las autonomías”. *Documentación administrativa*, núm.197, 1983.



vetado actuar en materia asistencial pues legítimamente puede configurar políticas con la finalidad de mejorar el sistema de protección social pero cuando actuaciones van más allá de complementos a una prestación contributiva, en cumplimiento a los mandatos del estado autonómica, tendrían que instrumentarse por vías de colaboración.

Bajo esta postura una parte del sistema de protección asistencial de la Seguridad Social resulta cuestionable. Así, por ejemplo, las pensiones no contributivas se crean como prestaciones dentro del sistema de la Seguridad Social pero están totalmente al margen de cualquier elemento contributivo o cualquier otra prestación del mismo y son en esencia prestaciones al margen del sistema general. Por otra parte, los Ingresos Mínimos de Inserción, creados por el Real Decreto 239/2000, son también de dudosa constitucionalidad más cuando las Comunidades autónomas tienen previsto desde hace más de una década las Rentas Mínimas de Inserción. El gobierno justifica la creación de esta prestación en la necesidad de “*dar cumplimiento a los mandatos de la Unión Europea*”. No obstante, es ampliamente conocido que la aplicación y transposición del Derecho comunitario debe necesariamente apreciarse bajo el sistema de distribución competencial. Por esta razón el desarrollo de los mandatos comunitarios relativos a las políticas de empleo tendría que haberse desarrollado por vía de fórmulas de colaboración con las Comunidades autónomas, reforzando los sistemas de Renta Mínima existentes en todas las comunidades. La misma valoración debe aplicarse a las prestaciones familiares.

Tienen en cambio una valoración distinta las prestaciones asistenciales que tienen origen en la situación de desempleo. Los subsidios por desempleo son ayudas que se otorgan cuando la persona o bien ha agotado su prestación por desempleo, o bien las cotizaciones que hasta el momento ha realizado al sistema no llegan al mínimo establecido para acceder a una prestación por desempleo. La misma valoración tienen las prestaciones sociales que se han creado como consecuencia de las crisis económica, pues estas vienen a crear unas ayudas que juegan subsidiariamente para los supuestos en que la persona haya agotado tanto su prestación por desempleo contributivo, como la prestación asistencial. Para estos supuestos es claro que las prestaciones son suplementarias de la prestación por desempleo, donde existe una conexión en origen entre la prestación asistencial y el subsidio por desempleo.

La amplitud con que el Estado central ha desarrollado su sistema de protección asistencial contrasta con los intentos de la asistencia social de crear un espacio propio. Por esta razón,

parece que el Tribunal en la STC 239/2002 ha aceptado no inquietar la competencia estatal en materia de prestaciones no contributivas, pero a cambio se convierte en garante de un espacio reservado a la acción autonómica en el ámbito de la asistencia social, tanto en el que quede fuera de la Seguridad Social, donde tiene competencia exclusiva, cuanto en el 'interno' a este Sistema, donde concurrirá con el Estado Central.<sup>673</sup>

Desde este trabajo se entiende que el campo asistencial que efectivamente contiene la competencia estatal prevista en art. 149.1.17 CE debe limitarse a la creación o establecimiento de prestaciones que complementen prestaciones del sistema contributivo. Y resulta contrario al modelo de descentralización previsto, también en materia social, la constitución prestaciones por medio de las cuales se pretende crear un sistema de protección asistencial. Por su parte la asistencia social se caracteriza por ser un sistema que busca cubrir determinadas situaciones de necesidad, ante las cuales es posible exigir la realización previa de aportaciones y los costes de las prestaciones deben de correr a cargo de los presupuestos de la Comunidad autónoma. Desde los servicios sociales pueden legítimamente constituirse prestaciones sociales de las cuales se predica un derecho subjetivo y los sujetos que reciben una determinada prestación estatal no quedan excluidos en principio de una posible actuación autonómica.

Bajo este esquema el Estado central puede legítimamente regular el acceso a las prestaciones sociales por parte de la población inmigrante con toda la amplitud que una función como la prevista en el art. 147.1.17 CE otorga, pero con el límite de que estas prestaciones, ayudas o subsidios sociales sean complementarias de prestaciones contributivas.

---

<sup>673</sup> MOLINA NAVARRETE, C., «Polvos y lodos» .. op.cit.,

## CONCLUSIONES

1. El derecho a los servicios sociales previsto en la Constitución Española de 1978 es un derecho vinculado al Estado social e incorporado en el texto constitucional en el Capítulo III del Título I bajo la categoría de principios rectores. Según el texto constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional los principios rectores, y por ende los servicios sociales, no son derechos directamente exigibles a los poderes públicos y el desarrollo de los mismos depende del legislador o del sistema de mayorías parlamentarias. Al ser el legislador el destinatario de los principios rectores el nivel de garantías para el derecho descende a la ley. Así, las garantías del derecho a los servicios sociales se desprenden de las garantías previstas en el procedimiento legislativo, del cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación y de la adecuación de la actuación de los poderes al principio de legalidad. Asimismo, los cambios en cuanto a las condiciones de acceso y disfrute de las prestaciones también corresponden al legislador y, aún en casos de crisis, el ejecutivo no puede por vía de su potestad reglamentaria modificar los términos en que la ley ha configurado una prestación social. La seguridad jurídica es otro de los principios que orientan la actuación legislativa y, en el campo de los servicios sociales implica regular las prestaciones sociales bajo criterios claros que eviten ambigüedades o habilitaciones a órganos administrativos para cambiar los términos en que la ley configura una prestación.

La segunda característica de los servicios sociales derivada de la Constitución Española de 1978 es la descentralización territorial. Todos los Estatutos de autonomía incluyen los servicios sociales como una competencia propia y de carácter exclusivo. Ello implica que son las Comunidades autónomas los entes territoriales competentes para emitir la legislación y la reglamentación sin que el Estado central pueda interferir en las opciones político-legislativas adoptadas por las Comunidades autónomas. El desarrollo que las instituciones autonómicas han efectuado de su competencia ha sido amplio. Durante la década de los ochenta todas las Comunidades promulgan la ley autonómica de servicios sociales. A través de las leyes el sistema se estructura en servicios básicos y servicios especializados, se incorpora al ordenamiento el conjunto de prestaciones y servicios que forman parte del sistema y se regulan las funciones que en este campo cumplen tanto el gobierno autonómico, los municipios y el tercer sector. Una vez promulgada la ley general, las Comunidades autónomas inician una etapa de desarrollo de la ley a través de la regulación concreta, por ley o normas infra legales, de cada una de las prestaciones sociales. Posteriormente, a partir del año 2000

la gran mayoría de las Comunidades autónomas reforman su ley de servicios sociales para adaptarla a los nuevos cambios sociales. Las nuevas leyes regulan con mayor amplitud el sistema e incorporan la cartera de servicios sociales como el instrumento a través del cual se busca unificar todo el conjunto de prestaciones y servicios reguladas.

2. El fenómeno migratorio plantea la necesidad de repensar los términos en que el Estado reconoce los derechos a los no nacionales que residen en su territorio. La doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional sobre la no desconstitucionalización de los derechos resulta de gran utilidad ante las pocas precisiones que incorpora el texto constitucional. Sin embargo la dificultad reside en la construcción de la teoría tripartita de los derechos, o en el caso italiano con la categoría de *il diritti inviolabili de la personalità*. Ello es así por la dificultad que conlleva vincular o desvincular los derechos con la dignidad humana o con la categoría de *il diritti inviolabili de la personalità* y, por lo tanto, reconocer o desconocer la titularidad. Bajo ambas teorías es difícil analizar la diversidad de estatutos jurídicos presentes en el campo migratorio, así como los límites que legítimamente puede introducir el legislador sobre el disfrute de los derechos. Además, tanto el Tribunal Constitucional como la *Corte Costituzionale* a la hora de evaluar el régimen concreto de cada derecho han tenido que huir de las categorías generales y acudir a los principios de interpretación de los derechos. En este sentido, la jurisprudencia de ambos tribunales resulta de mayor utilidad en el análisis de los supuestos o derechos concretos que en la construcción de una teoría general sobre la cual interpretar los derechos de los inmigrantes.

Ante las limitaciones de la jurisprudencia constitucional surge la necesidad de buscar un enfoque distinto. Desde la perspectiva constitucional, el estudio sobre la titularidad de los derechos de los extranjeros debe partir de la técnicas sobre la interpretación y limitación de los derechos. En este contexto, el reconocimiento de la titularidad de cada derecho dependerá del análisis sobre los límites que legítimamente el legislador incorpora al reconocimiento del derecho. La doctrina española propone el estudio de los límites de los derechos de los extranjeros bajo el juicio de la proporcionalidad, en el que el control de flujos migratorios, la preferencia del nacional en el mercado de trabajo y las finalidades de la integración se entienden como finalidades legítimas para limitar los derechos. En el caso de los derechos sociales y atendiendo a la naturaleza de los mismos se concluye que ni la preferencia del nacional sobre mercado laboral, ni el control migratorio no constituyen un límite legítimo para limitar la titularidad del derecho a los servicios sociales. En cambio, teniendo en cuenta

la naturaleza de los derechos sociales el control sobre el gasto público si constituye un límite legítimo para limitar el derecho.

3. Hasta el momento el legislador autonómico no ha introducido explícitamente criterios de nacionalidad sobre el disfrute de las prestaciones sociales, siendo la residencia legal junto con los años previos de residencia, y en algunos casos la simple presencia, el criterio que el legislador autonómico utiliza para el reconocimiento del derecho. En el caso de la población extranjera en situación administrativa regular la conexión con el territorio materializada en un reconocimiento por parte del Estado de la residencia se constituye como un vínculo que legitima la titularidad del derecho a los servicios sociales. Al punto que una diferenciación basada exclusivamente por razón de nacionalidad resulta dentro del test de proporcionalidad de difícil justificación. Esto es así porque la persona que reside en el territorio del Estado goza de vínculos sociales, jurídicos y laborales que le sitúan en una posición similar a los nacionales y la doctrina del TEDH no ha entendido la nacionalidad en sí misma como una justificación razonable para denegar el acceso cuando el solicitante goza de un estatus migratorio reconocido como válido por el Estado..

4. Respecto de la población que no posee un vínculo legal de residencia con el Estado el legislador puede negarles el acceso a los servicios sociales siempre que dicha limitación tenga como finalidad el control del gasto público. En todo caso, la finalidad del control presupuestario no puede llevar al punto de restringir prestaciones sociales que tienen como finalidad cubrir verdaderos estados de necesidad sobre colectivos especialmente vulnerables que están en peligro de exclusión social, sometidos a dominación por terceros o que por sí mismos no pueden cubrir o hacer frente a sus necesidades más primarias. Esto es así porque las ventajas que se obtienen mediante la limitación del acceso no compensan los sacrificios que ésta implica para la integridad o la vida del inmigrante. Las Comunidades autónomas que han reformado sus leyes de servicios sociales reconocen el acceso a la población con independencia de la situación administrativa a los servicios sociales que tiene como finalidad paliar un situación de urgencia o necesidad. Desde este trabajo se concluye que dicha situación responde justamente al criterio de colectivo vulnerable.

Las prestaciones que se reconocen a los extranjeros en situación irregular requieren además de la presencia en el territorio el empadronamiento. La exigencia del padrón municipal resulta un requisito razonable en la medida en que puede acceder al mismo toda la población no nacional



con independencia de su situación administrativa. Los problemas que representa un documento como el padrón municipal para el acceso a los servicios sociales no se encuentran en la regulación de la LBRL, sino que este documento administrativo tiende a utilizarse como instrumento para ampliar o restringir los derechos sociales de la población inmigrante. Por otra parte, y desde el punto de vista práctico, el fenómeno migratorio ha traído una casuística considerable respecto de los requisitos necesarios para empadronarse. Casuística que deben hacer frente los ayuntamientos aplicando criterios distintos en cada municipio sin que existan hasta el momento criterios o parámetros claros al respecto.

5. Los plazos de residencia previa que introduzca el legislador para el acceso a una determinada prestación son conformes al derecho a los servicios sociales siempre que la finalidad de los mismos sea comprobar la vinculación del inmigrante con el territorio más no reducir el número de inmigrantes que acceden a las prestaciones sociales. Asimismo es necesario que los plazos se encuentren previstos en una norma con rango de ley y exista una proporcionalidad razonable entre el número de meses o años requeridos y de la naturaleza prestación y, en todo caso, cinco años se valora como un plazo máximo razonable de residencia previa exigible para acceder a una prestación social. En la introducción de los plazos resulta más adecuado con el principio de no discriminación la opción de incorporar plazos genéricos oponibles a toda la población y evitar exigir plazos directamente a la población inmigrante puesto que de esta forma se hace más evidente la finalidad del vínculo territorial. Asimismo, la configuración de plazos previos de residencia para el acceso al sistema en general de servicios sociales impide el análisis sobre la proporcionalidad en la medida en que no se puede individualiza la prestación. Por lo tanto, el juicio de proporcionalidad implica que el plazo de residencia previo se exija a cada prestación social específica y no al sistema general. En la configuración de los plazos previos de residencia tampoco resulta conforme al reconocimiento del derecho la práctica, aún inexistente en el ordenamiento español pero presente en el ordenamiento italiano, de requerir dicho plazo por vía de determinadas categorías de permisos migratorios excluyendo a otras. Así, resultaría discriminatorio requerir el permiso de residencia UE y excluir la categoría propia de residencia permanente del Estado. Esto es así porque cualquier categoría de residencia está en igualdad de posición para comprobar la vinculación temporal del inmigrante con el Estado.

6. El artículo 14.2 y 14.3 LODYLE reconoce el acceso a la población inmigrante con residencia legal al conjunto del sistema de servicios sociales, básicos y especializados; mientras que la población que carece de dicho estatus accederá a los servicios sociales básicos. En este sentido, la ley de extranjería utiliza las categorías de servicios básicos y especializados para determinar la titularidad del derecho. Por su parte, el sistema autonómico de servicios sociales efectivamente incorpora los términos básicos y especializados pero no para determinar criterios de titularidad a los servicios sociales, sino que enfoca estos conceptos hacia su organización administrativa. Así, las prestaciones que conforman los servicios sociales básicos están pensadas para aquellos casos en que la situación de necesidad que padece una persona no requiere un tratamiento especializado y prolongado en el tiempo, sino que son prestaciones que responden a situaciones ocasionales y temporales. Por su parte, los servicios sociales especializados están pensados en una actuación que requiere una atención social cualificada y prolongada en el tiempo. En este sentido, el acceso de la población inmigrante a los servicios sociales carece de relación entre la Ley estatal de extranjería y el sistema autonómico de servicios sociales.

La pretensión del art. 14 LODYLE de constituirse como un límite o parámetro para la regulación que sobre el acceso a los servicios sociales realiza el legislador autonómico en uso de su competencia queda anulada. Éste, por ejemplo, a través de la ley de servicios, incorpora en el sistema una prestación bajo la categoría de servicios sociales básicos y, posteriormente, la norma que desarrolla la prestación requiere la residencia legal para acceder a la misma. Este es el caso, por ejemplo, de las rentas mínimas de inserción o de los servicios de atención domiciliaria. En sentido contrario, bajo las leyes de servicios sociales, la atención social a menores, a víctimas de trata o a mujeres víctimas de violencia de género se inserta en el sistema de servicios sociales como una prestación especializada pero, posteriormente, la norma de desarrollo de cada una de las prestaciones reconoce el acceso a toda la población inmigrante con independencia de su situación administrativa. Bajo esta perspectiva el acceso a las prestaciones asistenciales depende del régimen previsto en cada una de las prestaciones y no de los términos previstos en LODYLE. El objetivo que pretende el legislador orgánico, con la redacción del 14.3 LODYLE, de garantizar un conjunto de prestaciones sociales con independencia de su situación administrativa queda totalmente desdibujando.

Por otra parte, si se toma el criterio de colectivo vulnerable para determinar el acceso a los servicios sociales de la población inmigrante en situación irregular, esto lleva a determinar

que el criterio a seguir para configurar las prestaciones y servicios asistenciales es precisamente la especialización del colectivo y, por lo tanto, de la prestación. En este sentido, la protección social a víctimas de trata o violencia de género o a menores en situación de riesgo implica necesariamente el establecimiento de servicios especializados tanto para la valoración de cada una de las situaciones como para la respuesta que desde la asistencia social se proporciona. Esta situación contrasta justamente con el criterio que incluye la ley de extranjería donde servicios especializados es el parámetro que utiliza el legislador orgánico para limitar el acceso a la población en situación irregular.

Los problemas de relación entre el art. 14.2 y 14.3 de la LODYLE y la legislación autonómica se hacen evidentes también en la falta de adecuación de la legislación autonómica a la reforma del artículo 14.2 LODYLE realizada por la LO 2/2009. A través de la LO 2/2009 se reconoce el derecho a los menores de dieciocho años discapacitados a recibir los tratamientos, servicios y cuidados especializados que exija su estado físico o psicológico. Esta modificación parece haber pasado desapercibida por el legislador autonómico. Hasta el momento ninguna Comunidad autónoma ha modificado su legislación con el objetivo de incorporar el derecho reconocido a los menores y las Comunidades que reforman su ley de servicios sociales con posterioridad a la reforma de la LODYLE tampoco incluyen la nueva regulación. En cambio, los términos en que se reconoce el acceso a la población inmigrante en la Ley de la dependencia, cinco años de residencia legal previa, sí han sido incorporados en toda la legislación autonómica que desarrolla la Ley de la dependencia. Las razones de tal diferencia pueden encontrarse en la elaboración y desarrollo de cada una de las leyes. Así mientras la reforma de la LO2/2009 se realizó al margen de la participación de las Comunidades autónomas, la Ley de la dependencia se desarrolla en un marco de intensa participación autonómica.

7. El artículo 14.2 y 14.3 también plantea interrogantes desde el punto de vista competencial. El Estado central regula en la LODYLE el acceso de la población inmigrante a los servicios sociales en virtud de la competencia reconocida en el art. 149.1.2 CE y, por lo tanto, entiende que este título competencial le habilita para legislar incluso sobre aquellos derechos que como resultado del proceso de descentralización territorial son competencia de la Comunidad autónoma. Por su parte, la doctrina del Tribunal Constitucional viene indirectamente a validar esta postura cuando mantiene la exclusividad del título competencial del Estado, sin que sea posible que las Comunidades autónomas puedan ir más allá de actuaciones puntuales y

directamente vinculadas con sus competencias. En el ámbito de los servicios sociales la falta de competencia estatal es manifiesta al ser un ámbito en el cual, en virtud de los Estatutos de autonomía, las Comunidades autónomas son las titulares de la competencia. Así, la regulación prevista en el artículo 14.2 y 14.3 LODYLE resulta contraria al sistema de distribución competencial. Ahora bien, también es cierto que los términos en que se interviene por vía del artículo 14.2 y 14.3 de la LODYLE a la práctica condicionan muy poco el ejercicio de la competencia autonómica. A diferencia del modelo italiano, donde el Estado central en la norma de extranjería condiciona el acceso a los servicios sociales en virtud de la naturaleza de la prestación social y del tipo de permiso de residencia.

La necesidad de armonizar las previsiones incorporadas en la normativa estatal y autonómica viene marcada por la necesidad de garantizar el principio de seguridad jurídica y de coherencia entre los dos ordenamientos. Teniendo en cuenta que bajo el Estado autonómico la competencia es el principio orientador a la hora de solucionar los conflictos entre los ordenamientos, y siendo servicios sociales una competencia exclusiva que han asumido vía Estatutos de autonomía todas las Comunidades autónomas, la regulación del acceso a los servicios sociales corresponde a las Comunidades y, en todo caso si el Estado central quisiera intervenir habría que acudir a otra técnica como son los convenios o a alguno de los títulos competenciales previstos en el art. 149.1 CE.

Las prestaciones sociales que el legislador estatal configure en virtud del art. 149.1.1ª CE, dada la implicación que sobre la autonomía reconocida tiene este título competencial, deben, en primer lugar, tenerse en cuenta la existencia de factores sociales o económicos de tal magnitud que la actuación autonómica resulte insuficiente y, por lo tanto, justifique la actuación del Estado. En segundo lugar, la regulación que lleve a cabo el legislador en uso de este título competencial se limita al desarrollo de las condiciones básicas, esto es, las posiciones jurídicas fundamentales entendidas como las condiciones básicas referidas a las facultades más elementales del derecho o el contenido primario del derecho a los servicios sociales.

Las prestaciones sociales que el legislador estatal configure en virtud del art. 149.1.17ª CE tiene una directa relación con el régimen contributivo al cual se refiere dicho título competencial. El criterio válido para delimitar los campos de actuación entre la asistencia social autonómica y la asistencia social de la Seguridad Social es el criterio que dio origen a

los dos sistemas y la propia dinámica de los trasposos. Por una parte, la asistencia social competencia de las Comunidades autónomas como un sistema autónomo e independiente del modelo asegurativo y, por otra parte, la asistencia social dentro del sistema contributivo que nace con el objetivo de complementar las prestaciones contributivas del sistema de la Seguridad Social. Bajo esta interpretación, el nexo con el sistema contributivo es el criterio a tener en cuenta para configurar una prestación en el marco del artículo 149.1.17ª CE y cuando las actuaciones vayan más allá de complementos a una prestación contributiva, en cumplimiento a los mandatos del Estado autonómico, serán los convenios de colaboración con las Comunidades autónomas los instrumentos adecuados para territorializar la prestación.

8. Tras el estudio de las leyes autonómicas de servicios sociales se manifiestan dos tendencias de regulación del acceso de la población inmigrante. La primera, y mayoritaria en el sistema autonómico, es la regulación por vía de remisiones bien a los Tratados internacionales, a la legislación de extranjería o a las normas que desarrollan cada una de las prestaciones sociales que conforman el sistema autonómico asistencial. También es frecuente que el legislador autonómico acuda al principio de reciprocidad, en el que los extranjeros pueden disfrutar de derechos en el país receptor en la medida en que un convenio entre su país de origen y de residencia reconozca también dicho derecho a los nacionales residentes en el país de origen del extranjero, como criterio para determinar los términos en que la población no comunitaria puede disfrutar de los servicios y prestaciones sociales. Bajo ninguna de las remisiones antes descritas puede entenderse que el legislador autonómico incorpora un criterio preciso o claro sobre la titularidad del derecho. Esta forma de regular el derecho puede entenderse para la primera generación de servicios sociales, cuando el fenómeno migratorio era prácticamente inexistente en el territorio español. No obstante, en las Comunidades que reforman sus leyes de servicios sociales a partir del 2003, cuando el fenómeno migratorio era ya una realidad la tendencia a la remisión se mantiene. Esta tendencia muestra que el legislador autonómico continúa entendiendo el acceso de la población inmigrante a los servicios sociales como un elemento ajeno a su competencia. En todo caso, el único criterio que la mayoría de las legislaciones sobre servicios sociales dejan claro es que la situación de urgencia y necesidad se constituye como el criterio válido para reconocer el acceso a los servicios sociales, configurados para dar respuesta a dicha situación, con independencia de la situación administrativa del inmigrante.



La segunda tendencia de las leyes autonómicas de servicios sociales aunque minoritaria en el sistema autonómico (País Vasco, la Rioja y Navarra) es la regulación del acceso de la población inmigrante bajo criterios más precisos. En este sentido, es legislación que reconoce el acceso en los términos previstos en la legislación de extranjería, población con residencia legal y población que carece de la misma. Por una parte, se reconoce a la población con residencia el acceso al sistema de servicios sociales en las mismas condiciones que los nacionales y, respecto de la población que se encuentra en el territorio pero que no posee el estatuto de la residencia legal se reconoce el acceso al sistema bien en términos de prestaciones, concretamente las ayudas sociales de urgencia, bien en términos de colectivos, concretamente menores y mujeres víctimas de violencia de género.

Al ser mayoritaria la tendencia a regular el acceso por vía de remisiones que no aclaran el régimen normativo y crean vacíos jurídicos, el régimen de acceso a los servicios sociales se encuentra en la norma que desarrolla cada una de las prestaciones concretas. El tipo de norma que predomina en la regulación específica de cada prestación es el reglamento, cuando no las ordenes a través de las cuales se convocan las prestaciones. Esta forma de reconocimiento del derecho, por vía de normas de rango *infralegal*, contradice el principio de legalidad puesto que los términos tanto de documentación como de requisitos adicionales, forman parte del contenido de la norma con rango legal que regula la prestación. Esto es así, porque el acceso a los servicios sociales forma parte del contenido básico de la regulación del derecho y, por lo tanto, no ha de quedar en manos del gobierno o de la administración. Los problemas de adecuación al principio de legalidad se intensifican cuando la gestión de la prestación depende de las entidades municipales, puesto que son las ordenanzas municipales las que regulan los términos en que la población inmigrante accede a la prestación. Asimismo, respecto de las prestaciones y servicios que gestiona el tercer sector las normas que publican subvenciones tampoco incluyen ningún parámetro. Desde el punto de vista constitucional el legislador autonómico posee un amplio margen de actuación a la hora de regular el sistema de servicios sociales. Sin embargo, debe adecuar la regulación del acceso a los servicios sociales al principio de legalidad y, por lo tanto, la regulación debe estar prevista en una norma con rango de ley y debe incorporar la diversidad de estatutos jurídicos existentes en el campo migratorio.

## BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, V., y CURTIS, V., *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002

AGUADO i CODOLÀ, V., (Coord.) *Servicios sociales, dependencia y derechos de ciudadanía*. Barcelona, Atelier, 2009.

AGUADO i CUDOLÀ, V., “La ampliación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (II)”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm.1, 2003.

AGUILAR, M., GAVIRIA, M., y LAPARRA, M., *La caña y el pez. El salario social en las Comunidades Autónomas 1989-1994*. Madrid, Fundación FOESSA, 1995.

AJA FERNANDEZ, E., *El Estado Autonómico. Federalismo y hechos diferenciales* (2a ed). Madrid, Alianza Editorial, 2003

AJA FERNÁNDEZ, E., “Las funciones de las Comunidades Autónomas en el ámbito de la inmigración”, en *Informe Comunidades Autónomas 1999*. Barcelona, Instituto de Derecho Publico, 2000.

AJA FERNÁNDEZ, E., “Ejes temáticos de la integración social de la inmigración”, en *Estudios de la Constitución Española. Homenaje a Jordi Solé Tura*. Madrid, Cortes Generales, Vol. II, 2008.

AJA FERNÁNDEZ, E., “El concepto de competencias concurrentes. La legislación básica del Estado y de desarrollo de las Comunidades autónomas”, en PEREZ CALVO, A., *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*. Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública, 1990.

AJA FERNÁNDEZ, E., “La integración social de los inmigrantes”, en MOYA, D; DONAIRE, F., y BOUZA, D (Coords.) *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería*. Valencia. Tirant lo Blanch, 2011.

AJA FERNÁNDEZ, E., “La política migratoria del Estado en el marco de las Comunidades autónomas”, en AJA, E.; ROIG, E.; y MONTILLA, J.A., (Coords.) *Las Comunidades Autónomas y la Inmigración*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

AJA FERNÁNDEZ, E., “Veinte años de doctrina del Tribunal Constitucional sobre derechos de los inmigrantes”, en *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Rubio Llorente*, Vol.1. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AJA FERNANDEZ, E., “El artículo 149.1.1 de la Constitución como cláusula de cierre del principio de igualdad social”, en VVAA *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*. Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 1991.

AJA FERNÁNDEZ, E., y ROIG MOLÉS, E., *Immigració i Comunitats Autònomes a la nova llei de drets i llibertats dels estrangers i la seva integració social*, El Clip nº8, Institut d'Estudis Atonòmics, 2000.

AKANDJI-KOMBÉ, J., LECLERC, S., *La Charte Sociale européenne*. Bruxelles, Bruylant, 2001.

ALBANESE, A., *Diritto all'assistenza e servizi sociali e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, Giuffrè Editore, 2007.

ALBANESE, A., e MARZUOLI, C., "Assistenza, servizio pubblico, sussidiarietà", en ALBANESE, A., i MARZUOLI, C., (a cura di) *Servizi di assistenza e sussidiarietà*. Bologna, Il Mulino, 2003.

ALEMÁN BRANCHO, C., "Régimen Jurídico de los servicios sociales en España", en ALEMÁN BRANCHO y GARCÉS FERRER, (Coord.) *Administración social: servicios del bienestar social*. Madrid, Siglo XXI de España Editores, 1996.

ALEMÁN BRANCHO, C., El sistema público de servicios sociales, en FERNÁNDEZ GARCÍA, T., y ARES PARRA, A., (Coords.) *Servicios sociales: dirección, gestión y planificación*. Madrid, Alianza Editorial, 2002.

ALEMÁN BRANCHO, C., "Servicios sociales e inmigración en un contexto de crisis", en AJA, E., ARANGO, J., y OLIVER, J., (Dir.) *Anuario de la Inmigración en España*. Barcelona, CIBOB, 2009.

ALEMÁN BRANCHO, C., ALONSO SECO, J.M., "Los sistemas de servicios sociales en las leyes autonómicas de servicios sociales", en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm.27, 2011.

ALEMÁN BRANCHO, C., y GARCÍA SERRANO, M., *Servicios sociales sectoriales*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Aceres, 2006.

ALEX, R., *La teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

ALFONSO SECO, J.M., y GONZALO GONZÁLEZ, B., *La asistencia social y los servicios en España*. Madrid, BOE, 2000.

ALFONSO SECO, J.M., "Política Social y Seguridad Social", en ALEMÁN BRANCHO (Coord.) *Políticas Sociales*. Pamplona, Thomson Reuters, 2009.

ALONSO GARCÍA, E., "El Principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española", en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones a la Seguridad Social*. Madrid, Civitas, 2006.

ÁLVAREZ VELEZ M., *La protección de los derechos del niño, en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*. Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1994.

AMIRANTE, C., Cittadinanza (Teoria generale), in *Enciclopedia Giuridica, Aggiornamento*, XII, 2004.

ARANGO, J., "Explaining migration: a critical view", in *International Social Science Journal*, num. 52(165), 2000

ARIAS ASTRAY, A., y otros, "La definición de los servicios sociales en las leyes de servicios sociales de "primera" y "segunda generación" en España", en *Revista Portuario de Trabajo Social*, 2004.

ARRIBA, A., *Procesos de implantación de políticas de rentas mínimas de inserción en España*. Madrid, Unidad de Políticas Comparadas, CSIC, 1999.

ÁVILA CANTOS, D., y MALO DE MOLINA, M., "Manos invisibles. De la lógica neoliberal en lo social", en III Jornadas Políticas Migratorias, Justicia y Ciudadanía. Madrid, 2010.

AYALA CAÑON, L., "Pobreza y protección social: las reformas necesarias", en MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO J.L., y GONZALÉZ SEARA, L., (Dirs.) *Las estructuras del Bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*. Madrid, Civitas, 2002.

AZNAR LÓPEZ, M., "Aspectos jurídicos de los servicios sociales: de la referencia constitucional a la legislación ordinaria", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 30, 2001.

AZNAR LÓPEZ, M., "Los derechos sociales de los extranjeros en España", en *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*. Madrid, Consejo del Poder Judicial, 2001.

BALAGUER CALLEJON, F., "Derechos fundamentales y Constitución normativa", en *Introducción a los Derechos Fundamentales, X Jornadas de Estudio a los Derechos Fundamentales*. Madrid, Ministerio de Justicia, vol 1, 1988.

BALBONI, E., et altri (a cura di) *Commento alla legge n.328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*. Milano, Giuffrè, 2007.

BALBONI, E., "Il concetto di "livelli essenziali e uniformi" como garanzia in materia di diritti sociali", in *Le Istituzioni del Federalismo*, núm. 6, 2001.

BALBONI, E., "Il livellli essenziali e le procedura per la loro determinazione, nota a C. Cost. sentenza n.88 del 2003", in *Le Regioni*, 2003.

BALDASARRE, A., "Diritti sociali", en *Enciclopedia Giuridica Treccani XI*. Roma, 1989.

BALLESTER PASTOR, M.A., "El principio comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006.

BAÑO LEÓN, J.M., *Las Autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*. Madrid, Civitas, 1991.

BARCELÓ i SERRAMALERA, M., *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico: un análisis sobre la relación entre la organización territorial del Estado y en regulación de los derechos y deberes constitucionales*. Madrid, Civitas, 1991.

BARCELÓ i SERRAMALERA, M., “La contribución de las Comunidades autónomas al reconocimiento y regulación de los Derechos sociales”, en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 9, 2011.

BARCELÓN COBEDO, S., y QUINTERO LIMA, M., “Delimitación competencial de la protección social de las situaciones de dependencia”, en *Revista Relaciones Laborales*, núm.17, 2004.

BARGA BLANCO, G., y HEVIA ARTIME, I., *Una Mirada hacia la Infancia en Asturias*. Oviedo, Instituto Asturiano de Atención a la Infancia, Familias y Adolescencia, 2009.

BARNES, J., “Legislación básica y artículo 149.1.1ª C.E.”, en *Informe Comunidades Autónomas 2002*. Barcelona, Instituto de Derecho Público, 2003.

BARNES, J., *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1 CE*. Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 2004.

BASCHERINI, G., *Immigrazione e diritti fondamentali*. Napoli, Jovene Editore, 2007.

BELTRAN AGUIRRE, J.L., “Los servicios sociales”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm.57, 2000.

BENAVENTE MOREDA, P., “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores: Actuación de la Administración e intereses en juego”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO J., y RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., (Coord.) *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid: El menor ante el derecho en el siglo XXI*, núm.15, 2011.

BENDA, E., “El Estado Social de Derecho”, en BENDA, E., (Coord.) *Manual de Derechos Constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 2001.

BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

BEVERIDGE, H.W., *Seguro Social y Servicios afines. Informe de Lord Beveridge*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

BIGILIO CAMPOS, P., “Algunas Reflexiones sobre el principio democrático como fundamento y límite del Parlamento”, en MORODO, R., y DE VEGA, P., (Dirs.) *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en Honor de Pablo Lucas Verdú*, Tomo II. Madrid, Universidad Complutense, 2001.

BILANCIA, F., “L’instabile del riparto delle competenza legislative”, in *Istituzione del federalismo* núm.1/2, 2010.



- BIONDI, F., "I diritti sociali degli stranieri tra frammentazione e non discriminazione. Alcune questioni problematiche", in *Istituzioni del Federalismo*, núm. 5, 2008.
- BIONDI, F., "Immigrazione e welfare: condizioni di accesso e principio di non discriminazione", in *Le Regione*, núm. 6, 2008.
- BLANCAS AVILÈS, R., y BELÉN JURADO, G., "Estrategias de intervención social con jóvenes inmigrantes ex tutelados por el Servicio de Protección de Menores", en *Documentos de Trabajo Social*, núm. 47, 2010.
- BÖCKENFÖRDE, E., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden Baden, Nomos Verl. Ges, 1993.
- BOERI, T., *Immigrazione e Stato Sociale in Europa*. Milano, Egea. Edizioni Giuridiche Economiche, 2001.
- BONDIA GARCÍA, D., y BONET I PÉREZ, J., "La Carta Social Europea", en ISA GÓMEZ, F., PUREZA, J.M., (Coord.) *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XII*. Bilbao, Universidad de Deusto, 2004.
- BONET i PÉREZ, J., *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes*. Bilbao, Universidad de Deusto, 2003.
- BONET i PÉREZ, J., "Los convenios internacionales aplicables a la regulación jurídica de las migraciones y del régimen jurídico de extranjería", en BALADO RUÍZ-GALLEGOS, M., *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el Siglo XXI*. Barcelona, Bosch, 2008.
- BORJAS, G. J., "Immigration and Welfare Magnets", in *Journal of Labor Economics*, vol. 17, núm. 4, part 1, 1999.
- BORJAS, G. J., "The economics of migrations", in *Journal of Economic Literature*, núm. 32, 1999.
- BOUZA MARTINEZ, D., *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Cádiz, Universidad de Cádiz, 2007.
- BOZA MARTINEZ, D., DONAIRE VILLA, F.J., MOYA MALAPEIRA, D., (Coords.) *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- BRAGA BLANCO, G., (Coord.), *Informe Situación de la Infancia y la Adolescencia en Asturias 2007*, Gobierno del Principado de Asturias, 2008
- BRUN, H., "La immigració al Quebec: els poders federals del Canadà i els poders del Quebec", en *Els models de gestió descentralitzada de la immigració*. Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmic, 2000.
- BRUNELLI, G., "Welfare e immigrazione: le declinazioni dell'egualianza", in *Istituzioni del Federalismo*, núm.5, 2008.

CAAMAÑO RODRIGUEZ, F., Si pueden (Declaraciones de derechos y estatutos de autonomía), en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.79, 2007.

CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., “Garantía de unas condiciones básicas uniformes en el ejercicio de los derechos prestacionales y, en particular en el ámbito de la asistencia social”, en TORNOS MAS, J (Coord.) *Los servicios sociales de atención a la tercera edad, el caso de Cataluña*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

CABRA LUNA, M. Á., Marco jurídico aplicable a las personas inmigrantes con discapacidad. Ponencia presentada en las Jornadas las otras inmigraciones. Madrid, 2004.

CALÓ, E., *Il principio di reciprocità*. Milano, Giuffrè Editore, 1994.

CAMACHO ARPA, S., “A cuestión las políticas públicas migratorias de la Comunidad de Madrid y el Ayto. de Madrid (1990-2000; 2001-2008; 2009-2012)”, en *Boletín informativo de Trabajo Social*, núm14, 2010.

CARAVITA, B., *Prime osservazioni sulla riforma del titolo V della Costituzione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

CARETTI, P., e TARLI BARNIERI, G., *Diritto Regionale*. Torino, Giapichelli Editore, 2009.

CARETTI, P., *I Diritti Fondamentali. Libertà e Diritti Sociali*. Torino, Giapichelli Editore, 2011.

CARRASCO, S., “Infancia e inmigración: proyectos y realidades”, en GÓMEZ-GRANELL, C. y otros. (Coords.) *Infancia y familias: realidades y tendencias*. Barcelona, Ariel, 2004.

CARRILLO LOPEZ, M., “Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de autonomía”, en *Revista Española de Derechos Constitucional*, núm. 80, 2007.

CARRILLO SALCEDO, J.A., “Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración universal de Derechos Humanos”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*. Madrid, Tecnos, 1993.

CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y derechos Humanos en el Derecho Internacional contemporáneo*. Madrid, Tecnos, 1995.

CARROZZA, P., “Tra standard e differenziazione: il dilemma del welfare municipale, Federalismo fiscale e finanziamento del welfare” in DI CAPUA, A., (cura di), *Quaderni sul principio di eguaglianza*. Padova, CEDAM, 2008.

CASADO PÉREZ, D., “La dependencia funcional y sus abordajes”, en CASADO PÉREZ, D., (Coord.) *Respuestas de la Dependencia*. Madrid, Editorial CES, 2004.

CERI, A., Ragionevolezza delle leggi, *Enciclopedia Giuridica Italiana*, XXV.

CHARRO BAENA, P., y BELLOCH SANZ, P., "Algunas consideraciones jurídicas sobre el Estado Social y el fenómeno migratorio", en *Políticas Sociales y Estado de bienestar en España: Las migraciones*. Madrid, Fundación hogar del empleado, 2002.

CORSI, C., *Lo Stato e lo straniero*. Padova, Cedam, 2001.

CORSI, C., "Prestazioni assistenziali e cittadinanza", in *Rivista Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, núm. 2, 2009.

CORSI, C., "Il diritto all'abitazione è ancora un diritto costituzionalmente garantito anche agli stranieri?", in *Diritto Immigrazione e cittadinanza*, núm. 3-4, 2008.

CORVAJA, F., "Libera circolazione dei cittadini e requisito di residenza regionabile per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica", in *Le Regioni*, 2008.

COSSIO DIAZ, J.R., *Estado Social y Derechos de Prestación*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

CRUZ VILLALÓN, P., "Concepto de derecho fundamental: identidad, estatus, carácter", en SAUCA, J. M<sup>a</sup>. (Ed.) *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, 1994.

CRUZ VILLALÓN, P., "Los derechos sociales y el Estatuto de Autonomía", en CAMARA VILLAR, G y CANO BUESO, J., (Coord.) *Estudios sobre el Estado social. El Estado social y la Comunidad Autónoma de Andalucía*. Madrid, Tecnos, 1993.

CRUZ VILLALÓN, P., Los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 97, 2000.

CUNIBERTI, M., *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*. Padova, Cedam, 1997.

CUNIBERTI, M., "L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale", in *Le Regioni*, núm. 2, 2006.

CUOCOLO, "Livelli essenziali: allegro, non troppo" in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006.

D'ATENA, A., Prime impressioni sul progetto di riforma del Titolo V, in BERTI DE MARTIN, C., (a cura di) *Le autonomie territoriale dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale*. Milano, 2001.

D'ORAZIO, G., Effectività dei diritti e condizione dello straniero, in *Dir. Soc.*, 1973.

DE ASIS ROIG, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como limites al poder*. Madrid, Editorial Debate, 1992.

DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras, derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*. Madrid, Temas de hoy, 1994.

- DE OTTO, I., *Derecho Constitucional, sistema de fuentes*. Barcelona, Ariel, 1987.
- DI CAPUA, A., (cura di), *Quaderni sul principio di eguaglianza*. Padova, CEDAM, 2008.
- DIAZ VELÁZQUEZ, E., HUETE GARCIA, A., JIMÉNEZ LARA, A., "Inmigrantes con discapacidad en España", en *Zerbitzuan Revista de Servicios Sociales*, núm. 45, 2009.
- JESCH, D., *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*. Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1978.
- DIEZ DE VELAZCO, F., *Instituciones de Derecho Internacional Publico* (17ª ed.). Madrid, Tecnos, 2009.
- DIEZ PICAZO, L.M., ¿Pueden los Estatutos de autonomía declarar derechos deberes y principios?, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006.
- DIEZ PICAZO, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*. Madrid, Thomson Civitas, 2008.
- DOMINGO i VALLS, A., "La immigració i els reptes de futur en la Catalunya del 2030", en *Quaderns d'acció social i Comunitaria, reptes per a la protecció social a la Catalunya del 2030*, núm.9, 2010.
- EKBERG, J., Immigration to the Welfare. Is a Burden or a contribution?, The case of Sweden, AMID Working Paper Series n. 48/2006.
- ESPING-ANDERSEN, G., *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Cambridge, Polity Press, 1990.
- ESPLUGAS, C., y DE LORENZO, M., *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- FARGAS FERNÁNDEZ, J., *Análisis crítico del Sistema Español de pensiones no contributivas*. Madrid, Aranzadi, 2002.
- FASSBENDER, B., "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Cuadernos de Derecho Público*, núm.5, 1994.
- FERIOLI, E., "Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia es eguaglianza", in *Le Regione*, n.2-3, 2006.
- FERNÁNDEZ ALLES, J.J., "Las competencias sobre inmigración en la jurisprudencia constitucional: del mito de la exclusividad de las relaciones intergubernamentales", en REVENGA, M., (Coord.) *Problemas constitucionales de la Inmigración: Una visión desde Italia y España*. Valencia, Tirant LO Blanch, 2004.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., y otros "Las Rentas Activas de Inserción en el marco de la protección por desempleo", en MORENEO PEREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENEO VIDA. M.N., (Coords.) *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*. Granada, Comares, 2008.

FERNÁNDEZ FARRERAS, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*. Madrid, Iustel, 2005.

FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., "La modalidad asistencial básica de Seguridad Social desarrollada en España: las pensiones no contributivas", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 34, 2002.

FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M., "La Seguridad Social y el Estado de las autonomías". *Documentación administrativa*, núm.197, 1983.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P., *Derecho Comunitario de la inmigración*. Barcelona, Atelier, 2006.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M.V., Inmigración y políticas públicas en el ámbito local: Oficina de Atención al Inmigrante, en Ponencia del V Seminario sobre investigación de la inmigración extranjera en Andalucía. Jaén, 2007.

FERNÁNDEZ, M., y Colectivo IOÉ., *Encuesta Nacional de Inmigrantes 2007: el mercado de trabajo y las redes sociales de los inmigrantes*. Madrid, Secretaria del Estado de Emigración e Inmigración, 2010.

FERRAJOLI, L., "Los derechos fundamentales", en DE CABO, A., y PISARELLO, G., (Eds.) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2005.

FERRARA A., "L'attuazione della riforma", in *Primo rapporto annuale sullo stato del regionalismo in Italia*. Milano, Giuffrè, 2003.

FERRARI, E., *I servizi sociali*. Milano, Giuffrè, 1986.

FERRERA, M., *Le politiche sociale*. Bologna, il Mulino, 2006.

FINOCCHI, R., "La legge-quadro sui servizi sociali e la riforma del Titolo V", in ALBANESE, A., e MARZUOLI, C., (a cura di) *Servizi di assistenza e sussidiarietà*. Bologna, Il Mulino, 2003.

FORSTHOFF, E., *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1996.

FORSTHOFF, E., "Problemas constitucionales del Estado Social", en ABENDROTH, W.; FORSTHOFF, E.; DOEHRING, K., *El Estado Social*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1986.

FREEDAM, G., "Migration and the political Economy on the Welfare State", in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, núm. 485, 1986.

GARCÉS FERER, J., (Coord.) *Sistema político administrativo de los servicios sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.



GARCÉS SANAGUSTÍN, A., "Acción Social", en EMBID IRUJO, A., (Dir.), *Derecho Público aragonés: estudios sobre el derecho de la Comunidad Autónoma de Aragón*. Zaragoza, Justicia de Aragón, 2005.

GARCÉS SANAGUSTÍN, A., *Prestaciones sociales, función administrativa y derechos de los ciudadanos*. Madrid, Mc Graw Hill, 1996.

GARCÉS SANAGUSTÍN, A., "La acción social", en BERMEJO VERA, J., *Derecho administrativo. Parte especial*. Madrid, Civitas, 1998.

GARCÉS SANAGUSTÍN, A., *Las prestaciones económicas en el ámbito de la protección asistencial*. Barcelona, Cedes, 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II. Madrid, Civitas, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico" en *Estudios sobre autonomías territoriales*. Madrid, Civitas, 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1982.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La significación de las libertades públicas para el derecho administrativo", en *Anuario de Derecho Humanos*, núm.1. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1981.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*. Madrid, Civitas, 1993.

GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo* (11ª ed.). Madrid, Alianza Universidad, 1977.

GARCÍA VÁZQUEZ, S., "Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: la desprotección de las víctimas", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm.10, 2008.

GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*. Madrid, Civitas (2da ed.), 1985.

GARRIDO GUTIÉRREZ, P., "El valor constitucional de los principios rectores (comentario a la STC 222/1992, de 11 de diciembre)", en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 40, 1994.

GIAMMUSSO, V., *La giurisprudenza costituzionale sulla novella del Titolo V. 5 anni e 500 pronunce*. Roma, Quaderni di documentazione, núm. 44, Senato della Repubblica, 2006.

GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Barcelona, Bosch, 2004.

GÓMEZ GRANELL, C., *Informe de la Inclusión Social en España 2008*. Barcelona, Fundación Caixa Catalunya, 2008.

GÓMEZ MUÑOZ, J.M. “La prohibición de discriminación por causas étnicas y raciales. A propósito de la Directiva 2000/43/CE”, en *Temas laborales* núm. 59, 2001.

GONZÁLEZ, BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC*. Navarra, Thomson-Aranzadi, 2001.

GONZÁLEZ BEILFUSS, M., “El paper de la jurisprudencia constitucional en el desenvolupament del dret públic de la immigració”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 40, 2010.

GONZALEZ MORENO, B., *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid, Civitas, 2002.

GONZALO GONZÁLEZ, B., “Las pensiones no contributivas en Europa”, en *Documentación Laboral*, núm. 27/28, 1989.

GONZALO GONZÁLEZ, B., y SUÁREZ CORUJO, B., “La Seguridad Social y su ajuste al marco del estado autonómico: notas sobre dos de los problemas de mayor actualidad”, en *Relaciones Laborales*, núm 13, 2004.

GUAZZAROTTI, A., “Diritti fondamentali e Regioni: Il nuovo Titolo V alla prova della giurisprudenza costituzionale”, in *Istituzione del Federalismo*, núm. 4, 2008.

GUAZZAROTTI, A., “Lo straniero, i diritti, l'eguaglianza”, in *Questione Giustizia*, núm1, 2009.

GUIRAUDON, V., “Contratos de integración para inmigrantes: tendencias comunes y diferencias en la experiencia europea”, ARI núm. 43/2008, Real Instituto el Cano, Madrid, 2008.

HAILBRONNER, K., “Trets bàsics de la reglamentació d'immigració i integració a Alemanya i a Àustria”, en *Els models de gestió descentralitzada de la immigració*. Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2000.

HAILBRONNER, K., Germany's immigration law and policy in 2007 – the long way from suffered to chosen immigration-, in *Current immigration in the European States*, Seminario organizado por el Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2007.

HERRERA, C.M., *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

HOLMES, S., and SUNSTEIN, C., *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York, W. W. Norton & Co., 1999.

HYLAND, K “Protecting Human Victims of Trafficking. An American Framework”, in *Berkeley Women's Law Journal* num. 29, 2001.

IÑIGUEZ, D., “Artículo 14. Derecho ala Seguridad Social y los Servicios Sociales”, en SANTOLAYA, P., en *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*. Valladolid, Lex Nova, 2002.

INNOCENDI, E., "La programmazione sociale nella legislazione regionale successiva alla riforma del Titolo V", in BIANCHI, P., *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatori e Corte Costituzionale*. Pisa, Pisa University Press, 2006.

IZQUIERDO, A., y FERNANDEZ, B., "La gestión política de la inmigración en España 2000.2008", en NAVARRO, V (Dir.) *La situación Social en España III*. Madrid, Biblioteca Nueva, 2009.

IZQUIERDO, A., y LEÓN, S., "La inmigración hacia dentro: argumentos sobre la necesidad de la coordinación de las políticas de migración en un Estado multinivel", en *Política y Sociedad*, vol. 45, núm. 2, 2008.

JIMÉNEA QUESADA, L., "Retos pendientes del Estado Español: en especial la ratificación de la Carta Social Europea revisada de 1996", en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm.2, 2006.

JIMÉNEZ CAMPOS, J., *Derechos fundamentales. Concepto y Garantías*. Valladolid, Trotta, 1999.

JIMÉNEZ LARA, A., La población inmigrante con discapacidad. Intento de aproximación demográfica. Ponencia presentada en las Jornadas Las otras inmigraciones/Las otras discapacidades: Inmigración y Discapacidad, 2004.

JIMENEZ QUESADA, L., "La Carta Social Europea como instrumento de democracia social en Europa y en España", en JIMENEZ QUESADA, L., (coord.) *Escritos sobre Derecho Europeo de los derechos sociales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*. Buenos aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1976 (14ª ed.).

KULTH, W., "Prohibición y exceso y principio de proporcionalidad en el Derecho Alemán", en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1994.

LARIOS PATERNA, M.J., "Las Comunidades autónomas. Cataluña", en AJA, E.; ROIG, E.; y MONTILLA, J.A., (Coords.) *Las Comunidades Autónomas y la Inmigración*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

LASAGABASTER, I., "La ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia: una reflexión desde la perspectiva competencial", en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm.4, 2007.

LÁZARO GÓMEZ, I., "Noción de extranjero. Diferentes situaciones de extranjería. Normativa de extranjería", en ADROHER BIOSCA, S., y CHARRO BAENA, P., (Coord.) *La inmigración. Derecho Español e Internacional*. Barcelona, Bosch, 1995.

LLANO, R., "Immigrants and Barriers to Healthcare: Comparing Policies in the United States and the United Kingdom", in *Stanford Journal of Public Health*, 2011.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J., “Consecuencias de la crisis económica sobre los servicios de atención a la pobreza: un análisis desde Cáritas”, Real Instituto Elcano, 2010.

LÓPEZ MENUDO, F., “Los derechos sociales en los Estatutos de autonomía”, en *Derechos sociales y Estatutos de Autonomía, Actas del IV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derechos Administrativo*. Valladolid, Lex Nova, 2009.

LUCCIANI, M., “Sui diritti sociali”, in *Studi in onore di M. Mazzarotti di Celso*. Padova, Cedam, 1995.

LUTHER, J., “Ragionevolezza (della legge)”, in *Digesto XII*, Torino, UTET, 1997 (4ª ed).

MAESTRO BUELGA, G., y GARCÍA HERRERA, M.G., *Marginación, Estado Social y Prestaciones autonómicas*. Barcelona, Estudios Constitucionales y Políticos (Cedes), 1999.

MAESTRO BUELGA, G., “Los derechos sociales de los emigrantes”, en *Revista catalana de Dret Públic*, núm. 40, 2010.

MAGALDI, N., *Procura existencia, Estado de Derecho y Estado Social*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

MAGNANENSI S., PASSAGLIA P., RISPOL E., (a cura di) La condizione giuridica dello straniero extracomunitario, *Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Madrid, 2008.

CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría General del Derecho*. México, UNAM, Fondo de Cultura Económica, 1998.

MALDONADO MOLINA, J.A., “A propósito de la STJCE de 25 de febrero de 1999. asunto C-90/1997 Swaddling”, en *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2001.

MALGESINI, G., “Inmigración y economía”, en *Inmigrantes nuevos ciudadanos. ¿Hacia una España plural e intercultural*. Madrid, Fundación Cajas de Ahorros, 2008.

MALTONI, A., “I sistema regionali integrati di interventi e servizi social”, in *Le Regioni*, núm.5, 2005.

MANGAS MARTÍN, A., “La familia extranjera del ciudadano de la Unión: una inmigración privilegiada”, en ÁLVAREZ CONDE y PÉREZ MARTÍN, E., *Estudios sobre Derecho de Extranjería*. Madrid, Instituto de Derecho Público Universidad Juan Carlos III, 2005.

MANNOZI, S., *Anno 2002. Il federalismo tra attuazione, conflitti e devolution*, in [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it)

MANZANO, N., Inmigración, exclusión social y personas sin hogar ¿la multiculturalización de la exclusión?, en *Revista de Estudios Sociales y Política Social*, núm. 84, 2008.

MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., “Aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el Derecho europeo”, en *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.

MARSHALL, T.M., *Ciudadanía y clase social*. Madrid, Alianza Editores, 1998.

MARTÍN MATEO, R., “Sobre el concepto de Asistencia Social”, en *Problemas Fundamentales de la beneficencia y la asistencia social*. Madrid, Ministerio de la Gobernación, 1967.

MARTÍN VALVERDE, A., “Asistencia social: propuesta de reconstrucción de un concepto constitucional”, en MONEREO PÉREZ, J., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, M., (Coords.) *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid, Civitas, 2009.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Materiales para una Constitución*. Madrid, Akal Universitaria, 1984.

MARTINEZ ESTAY, J., *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*, Barcelona, Cedecs, 1997.

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A., *Protección Social, Seguridad Social y Asistencial: España y la Unión Europea*. Madrid, Consejo Económico y Social, 2005.

MASSA M., “Modello e strumento di governo della politiche social al livello nazionale y comunitario”, in BIANCHI, P., *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatori e Corte Costituzionale*. Pisa, Pisa University Press, 2006.

MATIONI A., “La Legge-quadro 328/2000: Leggi di attuazione di principio costituzionali”, in BALBONI, E., e altri, *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del titolo V della costituzione*. Milano, Giuffrè, 2003.

MEDINA GUERRERO, M., “La incidencia del poder de gasto estatal en el ejercicio de las competencias autonómicas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 30, 1990.

MEDINA GUERRERO, M., “Supremacía financiera, distorsión del orden competencial y cooperación en el Estado autonómico. Algunas consideraciones sobre la STC13/1992”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992.

MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid, McGraw-Hill, 1996.

MEDINA GUERRO, M., “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1994.

MERCADER UGUINA, J., La protección social de los trabajadores extranjeros, defendida en el XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Publicada en AA.VV.



*Derechos y libertades de los extranjeros en España*. Santander, Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico, Tomo II, 2001.

MICHALOWSKI, I., “Modelos de acogida en Alemania, Francia y los Países Bajos: diseño y efectividad de los programas de acogida e integración”, en *Políticas y modelos de acogida. Una mirada transatlántica: Canadá, Alemania, Francia y los Países Bajos*. Barcelona, Documentos CIDOB Migraciones, núm. 12, 2007.

MIRA ALBERT, S., *Informe las personas atendidas por los servicios sociales de atención primaria perfil social-valoraciones y recursos aplicados (1996-2007)*, Consejería de Política Social Mujer e Inmigración, Comunidad de Murcia, 2010.

MOLASCHI, V., *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008.

MOLINA NAVARRETE, C., “«Polvos y lodos»: complementos autonómicos a pensiones no contributivas ¿fraude constitucional o justicia social? (Reflexiones a propósito del nuevo artículo 38.4 de la LGSS)”, en *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2004.

MONTILA MARTÓS, J.A., “Las funciones y competencias de las comunidades autónomas en inmigración”, en AJA, E.; ROIG, E.; y MONTILLA, J.A., (Coords.) *Las Comunidades Autónomas y la Inmigración*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

MONTILLA MARTOS, J.A., “El debate competencial en torno a la ley de dependencia”, en *Informe de Comunidades Autónomas 2006*. Barcelona, Instituto de Derecho Público, 2007.

MONTILLA MARTOS, J.A., “Las competencias autonómicas en inmigración tras la STC 31/2010”, en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm 14, 2012.

MONTILLA MARTOS, J.A., “La distribución de competencias en inmigración”, en MONTILLA, M., y VIDAL, C., *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades autónomas*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección Foro Inmigración y Ciudadanía, 2007.

MORENEO FUENTES, F.J., “Sostenibilidad del régimen de bienestar español ante el desafío de la inmigración”, en *La sostenibilidad económica y social del modelo migratorio español*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Foro Inmigración y Ciudadanía, núm.14, 2007.

MORENEO FUENTES, F.J., y BRUQUETAS CALLEJO, M., *Inmigración y Estado de Bienestar*. Barcelona Obra social La Caixa, 2011.

MORENO PÉREZ, J., y MOLINA NAVARRETE, C., “Comentario al artículo 14 LODYLE”, en MORENO PEREZ, J.L y MOLINA NAVARRETE, C. (Dirs.) *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración social*. Granada, Comares, 2001.

MORENO REBATO M., *Régimen jurídico de la Asistencia Social*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002.

MORRONE, A., *Il custode della ragionevolezza*. Milano, Giuffrè Editore, 2001.

MORTATI, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Vol. III. Padova, Cedam, 1976.

MOYA MALAPEIRA, D., “La descentralització de les competències d'immigració als Ens Locals a Catalunya”, en GALÁN GALÁN, A., (Coord.) *La descentralització de competències als ens locals*. Barcelona, Fundació Pi i Sunyer, 2007.

MOYA MALAPEIRA, D., Competència en matèria d'immigració, en *Revista Catalana de Dret Públic, Especial Sentència sobre l'Estatut*, 2012.

MOYA MALAPEIRA, D., DONAIRE VILLA, F., y BOUZA, D., (Coords.) *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería (LO2/2009)*, Instituto de Derecho Público-Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

MOYA MALAPEIRA, D., y AGUDELO NAVARRO, P., *La Reforma de la Ley Orgánica de Extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Foro Inmigración y Ciudadanía, 2011.

MUÑOZ, J., “Servicios sociales de atención social primaria en España”, en NAVARRO, V., (Dir.) *La situación social en España III*. Madrid, Biblioteca Nueva, 2009.

NANNESTAD., P., “Immigration and welfare states A survey of 15 years of research”, in *European Journal of Political economy*, núm. 23, 2007.

NAPOLITANO, G., Legislazione delle regioni e provincie autonome in materia di politiche sociali dopo la legge 328/2000 e la modifica del Titolo V della Costituzione, 2007, in [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it).

NAVARRO, V., y REYNOLDS, J., “La inversión en protección social en España en el contexto de la Unión Europea. El reto de déficit social”, en NAVARRO, V., (Dir.) *La situación social en España III*. Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2009.

OBINGER, H., LEIBFRIED S., y CASTELS, F., *Federalism and the Welfare State*, Cambridge University Press, 2005.

ODINA, V., “Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del parlamento”, in *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'art. 81, U.C., della Costituzione*. Milano, Giuffrè Editore, 1993.

ODINA, V., Lo statuto costituzionale del non cittadino. Redazione Introduttiva, in Convegno italiano de costituzionalisti. Cagliari, 2009.

OLESTI RAYO, A., “El estatuto de los residentes de larga duración: comentario a la Directiva del Consejo 2003/109 de 25 de noviembre de 2003”, en *Revista Electrónica de Derecho Comunitario*, núm.4, 2004.

OLESTI, A., y MOYA, D., “La integración social de los inmigrantes en la LODYLE y su Reglamento”, en BOZA, D.; DONAIRE, F.; MOYA, D (Coords.) *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

PACE, A., *Problematica delle liberta costituzionale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*. Padova, Cedam, 2003.

PAJARES ALONSO, M., “Inmigración y políticas de integración”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, núm. 14, 2006.

PAJARES ALONSO, M., “Las políticas locales en el ámbito de la inmigración”, en AJA, E., y ARANGO, J., (Coords.) *Veinte años de inmigración en España. Perspectiva jurídica y sociológica*. Barcelona, Fundació CIDOB, 2006.

PAJARES ALONSO, M., *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2010*. Madrid, Secretaria del Estado de Emigración e Inmigración, 2011.

PALMA DEL TESO, A., *Administraciones públicas y protección de la infancia*. Madrid, INAP, 2006.

PALMA DEL TESO, A., “Los menores inmigrantes no acompañados”, en AJA, E.; ROIG, E.; y MONTILLA, J.A., (Coords.) *Las Comunidades Autónomas y la Inmigración*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

PALMA DEL TESO, A., “El derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 4, 2004.

PAREJO ALFONSO, L., *Estado Social y Administración Pública, los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid, Civitas, 1983.

PATXOT, C., y MARTÍNEZ MOUREEL, M., “Gasto en prestaciones y servicios sociales dirigido a los inmigrantes: una primera aproximación”, en *Presupuesto y Gasto Público*, num. 61/2010, Instituto de Estudios Fiscales.

PECES BARBA, G., *Derechos fundamentales*. Madrid, Latina Universitaria, 1980.

PEMÁN GAVÍN, J. El marco jurídico de la asistencia social en España: competencias, principios y modalidades de la acción administrativa, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 23, 2007.

PEMÁN GAVÍN, J., “Acerca de la uniformidad de vida como principio constitucional en el Estado de las autonomías” en *Revista de Administración Pública*, núm.119, 1989.

PEMÁN GAVÍN, J., “Sobre el concepto constitucional de Asistencia Social”, en *Revista de Administración Pública*, núm., 161, 2003

PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad de los ciudadanos y autoridades territoriales*. Zaragoza, Civitas, 1992;

PERDERSEN, P.J., et alt., “Selection or Network Effects?. Migration Flows into 27 OECD Countries, 1990-2000”. *Discussion Paper*, vol, 1104. Bonn, IZA, 2004.

PÉREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 1984.

PEREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*. Madrid, Tecnos, 1998.

PÉREZ ROYO, J., *La reserva de ley*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1969.

PISARELLO, G., “Derechos, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalísimo a una interpretación sistemática y evolutiva”, en AÑÓN, M.J., *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

PISARELLO, G., “Los derechos sociales de la población inmigrada: razones para una comunidad inclusiva y plural”, en *Sur o no sur. Los derechos sociales de las personas inmigradas*. Barcelona, Icaria, 2006.

PISARELLO, G., Drets i garanties jurisdiccionals en la Sentència 31/2010 sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya, en *Revista Catalana de Dret Públic: Especial Sentència sobre l'Estatut de autonomia de Catalunya*, 2012.

PIZZOLATO, F., “Determinazione dei livelli essenziali di assistenza sociali”, in BALBONI, E., e altri, *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del titolo V della costituzione*. Milano, Giuffrè, 2003.

PONS PARERA, E., “La llengua en la Sentència del 28 de juny de 2010”, en *Revista catalana de Dret Públic: Especial Sentència sobre l'Estatut de autonomia de Catalunya*, 2012.

PONS PARERA, E., “Llengua i immigració a l'estat autonòmic i a Catalunya: una aproximació jurídica”, en *Revista d'estudis Autonòmics i Federals*, núm. 11, 2010.

POTOTSCHING, U., “Il ruolo delle Regioni dell'organizzazione dell'assistenza”, in *Le Regioni*, 1974.

PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Debate, 1 ed. 1990.

RAFFAELLI, A., “Confronto tra la legge regionale n.72/1997 e la legge n.328/2000 alla luce della riforma del titolo V della costituzione”, in ROSSI, E., (a cura di) *Diritti di cittadinanza e nuovo welfare della Toscana*. Padova, Cedam, 2004.

RAFFAELLI, R., The protection on trafficking victims: does criminal law really require the sacrifice of human rights?, *STALS, Research paper* núm.13/2008, Sant'anna Legal Studies, Pisa, 2008.

RAMOS QUINTANA, M., “Derecho al trabajo y los derechos en materia de Seguridad Social”, en AJA FERNÁNDEZ, E., (Coord.) *Los derechos de los inmigrantes en España*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

REVENGA SÁNCHEZ, M., “Las tareas de las Comunidades Autónomas en materia de inmigración, en particular a la luz de la nueva ley de extranjería” en *Informe de Comunidades autónomas*. Barcelona, Instituto de Derecho Público, 2009.

RODENAS RIGLA, F., y GARCÉS FERRER, J., “Los servicios sociales generales”, en GARCÉS FERRER., *Sistema político y administrativo de los servicios sociales*, Tirant lo Blanch, 1996.

RODRIGUEZ CABRERO, G., “La protección de la dependencia en España. Un modelo sui generis de desarrollo de los derechos sociales”, en *Revista Política y Sociedad*, núm. 2, vol 44, 2007.

RODRIGUEZ GARCÍA, D., *Retos y tendencias en la gestión de la inmigración y la diversidad en clave transatlántica*. Barcelona, CIDOB, 2010.

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios”, en *XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: derechos y libertades de los extranjeros en España*. Santander, 2001.

RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “La intervención autonómica en las autorizaciones de residencia y trabajo”, en *Revista Relaciones Laborales*, núm.20, 2009.

RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “La normalización de la Renta Activa de Inserción”, en *Revista Relaciones Laborales*, núm. 3, 2007.

RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER., M., “La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas”, en *Pensiones no contributivas*. Madrid, Colección Seguridad Social, núm. 1, 1991.

ROIG MOLÉS, E., “Autonomía e inmigración: competencias y participación de las Comunidades autónomas y los entes locales en materia de inmigración”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, num.14, Murcia, 2002.

ROIG MOLÉS, E., “Los derechos de los extranjeros. Titularidad y límites”, en REVENGA, M., (Coord.) *Problemas constitucionales de la Inmigración: Una visión desde Italia y España*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

ROIG MOLÉS, E., “Relaciones intergubernamentales en materia de inmigración: desarrollo de un modelo en construcción”, en AJA, E.; ROIG, E.; y MONTILLA, J.A., (Coords.) *Las Comunidades Autónomas y la Inmigración*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

ROJO MOLÉS, E., y CAMAS, F., “La reforma de los estatutos de autonomía y su impacto en la normativa estatal de inmigración”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 80, 2009.

ROLLA, G., “Italia”, en *Informe de Comunidades Autónomas 2001*. Barcelona, Instituto de Derecho Público, 2002.



ROMBOLI, R., "Il Principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte", in *Le sentenza della Corte Costituzionale Corte Costituzionale e l'art. 81, U.C., della Costituzione*. Milano, Giuffrè Editore, 1993.

RUBIO LLORENTE, F., "Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley", en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-103, 1983.

RUEDA VALDIVIA, R., "Derecho de la Seguridad Social y los Servicios Sociales", en ESPLUGUES MOTA, C., (Coord.) *Comentarios a la Ley de Extranjería*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

RUIZ LEGAZPI, A., "La protección de los menores inmigrantes", en AJA, E (Coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009

SADRUDDIN, J., WALTER, N., HIDALGO J., "Human trafficking in the United States: expanding victim protection beyond prosecution witnesses", in *Stanford Law and Policy Review*, 2005.

SAENZ ROYO, E., *Estado Social y descentralización política. Una perspectiva constitucional comparada de Estados Unidos, Alemania y España*. Madrid, Thomson Civitas, 2003.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., "La configuración de las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva como prestaciones especiales no contributivas en el reglamento (CEE) 1408/71", en *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría práctica*, Tomo II, 1995.

SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social en el ordenamiento español*. Murcia, Laborum, 1988.

SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., "Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante. La dialéctica universalidad/ciudadanía", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos del Derecho Administrativo I*. Madrid, Editorial, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

SANTOLAYA MACHETTI, P., "Extranjería y nuevos Estatutos de autonomía", en *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm.4, 2007.

SANTOLAYA MACHETTI, P., "Sobre la constitucionalidad del procedimiento de tramitación de solicitudes de asilo en frontera tras la STC53/2002", REVENGA, M., (Coord.) *Problemas constitucionales de la Inmigración: Una visión desde Italia y España*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

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

SAURA ESTEPÀ, J., *La nacionalidad y nuevas fronteras en Europa*. Madrid, Marcial Pons, 1998.

SCHMIDT, D., "The New German Immigration Law", in APAP, J., *Justice and Home Affairs in the EU*. Massachusetts Edward, Elgar Publishing, 2004.

SPIRO, P., "Federalism and immigration: models and trenes", in *International Social Science Journal*, vol. 53, 2002.

STANCATÍ, P., Lo statuto costituzionale del non cittadino: le libertà civili, in Convegno italiano de costituzionalisti. Cagliari, 2009.

STARK C., *El concepto de ley en la Constitución Alemana*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1978.

SUAREZ CORUJO, B., "Dependencia y Estado autonómico: el encaje competencial del Proyecto de Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia", en *Revista Relaciones Laborales*, núm. 14, 2006.

SUÁREZ CORUJO, B., *La protección social en el Estado de las Autonomías*. Madrid, Isutel, 2006.

SUAY RINCÓN, J., "El principio de igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid, Civitas, 1991.

SUBIRATS, J., (Dir.) *Los servicios sociales de atención primaria ante el cambio social*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004.

SUBIRATS, J., *Pobreza y exclusión social: Un análisis de la realidad española y europea*. Barcelona, Fundación La Caixa, Colección Estudios Sociales, nº 16, 2004.

TARABINI-CASTELLANI AZANAR, M., "La igualdad de trato entre nacionales extranjeros en materia de Seguridad Social tras la Ley 13/1996 sobre medidas fiscales, administrativas y de orden social", en *Actualidad laboral*, 1988.

TIEFENBRUN, S., "Sex Slavery in the United States and the Law Enacted to Stop It Here and Abroad", in *William & Mary Journal of Women and the Law*, vol. 11, 2005.

TORCHIA, L., "Sistemi di Welfare e Federalismo", in *Rivista Italiana di Diritto Costituzionale*, núm. 4, 2002.

TORNOS MAS, J., "La configuración de las prestaciones sociales como derechos subjetivos", en *El sistema de serveis socials a Catalunya*. Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2009.

TORNOS MAS, J., "Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público", en *Cuadernos de Derecho Local*, núm.6, 2004.

TRIBE L., *American Constitutional Law*. New York, Foundation Prees, 3d ed. 2000.

TUDELA ARANDA, J., *Derechos Constitucionales y autonomía política*, Civitas, Madrid, 1994.

VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social Un estudio sobre la actualidad en el Estado Social de Derecho*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

VAQUER CABALLERÍA, M., “Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad”, *Informe Comunidades Autónomas 2011*. Barcelona, Instituto de Derecho Público, 2012.

VIDAL FUERO, C., “Breve aproximación en las políticas autonómicas en materia de inmigración”, en MONTILLA, M., y VIDAL, C., *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades autónomas*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección Foro Inmigración y Ciudadanía, 2007.

VIDAL FUERO, C., *Constitución y Extranjería Los derechos fundamentales de los extranjeros*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

VIDAL PARDO, C., “Panorama del derecho comparado. Italia”, en ESCOBAR ROCA, G., (Dir.) *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Navarra, Aranzadi, 2012.

VILLA GIL, L.E., “Previsión, Seguros sociales y Seguridad social”, en VVAA, *Problemas Fundamentales de beneficencia y asistencia social*. Madrid, Secretaria General Técnica del Ministerio de Gobernación, 1967.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., “Concepto, contenido y límites de los derechos fundamentales”, en ARAGÓN REYES, M., y SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J., (Dir.) *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

VIÑA GARCÍA, J., y otros, “Los servicios sociales para colectivos determinados: mayores, discapacitados, menores de edad y víctimas de violencia de género”, en MORENEO PEREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENEO VIDA, M.N., (Coords.) *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*. Granada, Comares, 2008.

VINCÉNS OTERO, J., (Dir.), *Impacto de la inmigración el sistema de protección social*. Madrid, Consejo Económico y Social España, 2010.

VIVALDI, E., *I servizi sociali e le Regioni*. Torino, G.Giappichelli editore, 2008.

VIVALDI, E., “Il Fondo nazionale per le politiche sociali alla prova della Corte costituzionale”, in *Le Regione*, núm. 4, 2005.

VIVALDI, E., “Il finanziamento delle politiche sociali”, in BIANCHI, P., *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatori e Corte Costituzionale*. Pisa, Pisa University Press, 2006.

VIVER i Pi-SUNYER, C., “En defensa de los Estatutos de Autonomía como normas jurídicas delimitadoras de competencias. Contribución a una polémica jurídico-constitucional”, en RUIZ-RICO RUIZ, G., (Coord.) *La reforma de los Estatutos de Autonomía: actas del IV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2006.

VRENNA, M., “La distribución competencial entre Estado y Regiones en Italia en materia migratoria: Estado de la cuestión y aspectos problemáticos”, en BLÁZQUEZ RODRIGUEZ, I., (Coord.) *Regiones, Unión Europea e Integración de inmigrantes*. Barcelona, Atelier, 2008.

VRENNA, M., “Le prestazioni economico-assistenziali e gli immigranti extracomunitari”, in *Gli stranieri, Rassegna di studi, giurisprudenza e legislazione*, núm.1, 2004.

VVAA *Las personas inmigrantes con discapacidad en España*. Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009.

WILNWSKY, H., y LEBEAUX, C., *Industrial Society and Social Welfare*. 1965.

ZAGREBELSKI, G., *La giustizia costituzionale*. Bologna, Il mulino, 1988.

ZARAUZ, J., “El padrón municipal en la Ley orgánica de reforma de la LODLE”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Lex Nova, 2009.

ZAVONDY, M., “Determinants of recent immigrants location choices, in *International Migration Review*, núm 33, 1999.

## **Informes**

Informe monográfico del Defensor del Pueblo. Menores o Adultos. Procedimientos para la determinación de la edad, Defensor del Pueblo, 2012.

Informe al Parlament del Síndic de Greuges, Síndic de Greuges, 2010.

Informe anual del Síndic sobre els drets de l’Infant, Síndic de Greuges, 2011.

Informe Extraordinari del Síndic de Greuges sobre la gestió municipal de l’empadronament dels immigrants, Síndic de Greuges, 2008.

Informe Extraordinari del Síndic de Greuges sobre persones sense sostre, Síndic de Greuges, 2005.

La situación de los servicios sociales de base en la Comunidad Autónoma del País Vasco. Informe extraordinario de la Institución del Ararteko al Parlamento Vasco, Ararteko, 2010.

Informe del Defensor del Pueblo Andalúz . Vivir en la calle: La situación de las personas sin techo en Andalucía, Defensor del Pueblo Andalúz, 2006.

Informe del Defensor del Pueblo de Andalucía. Vivir en la calle: La situación de las personas sin techo en Andalucía, 2006.

Informe especial sobre la situación de los menores extranjeros no acompañados en la Comunidad Foral de Navarra, Defensor del Pueblo de Navarra, 2008.

Libro Blanco. Atención a las personas en situación de dependencia. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2004.

Informe del Sistema de Información de Usuarios de Servicios Sociales (SIUSS), Ministerio de Sanidad Política Social e Igualdad, 2008.

Configuración de una red local de atención a personas sin hogar Integrada en el Sistema Público de Servicios Sociales 100 argumentos y propuestas, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2011

El Sistema Público de Servicios Sociales Plan Concertado de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales de Corporaciones Locales 2008-2009, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2010.

Informe sobre el impacto económico de la inmigración extracomunitaria en la Comunidad Autónoma del País Vasco, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2008

Informe abriendo ventanas. Infancia, adolescencia y familias inmigradas en situaciones de riesgo social, UNICEF-Fundació Pere Tarrés, 2011.

Jóvenes de origen inmigrante ex tutelados en la ciudad de Córdoba, Informe elaborado por la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, Fundación Proyecto Don Bosco y Asociación Pro Inmigrantes de Córdoba, 2009.

La situación de los jóvenes extutelados inmigrantes de jerez de la frontera, Red de Integración Social, 2011.

La situación social de los inmigrantes acompañados por Caritas Informe 2010, Observatorio de la Realidad Social, Caritas Española, 2011.

Las condiciones de vida de los hogares inmigrantes en España. Principales dificultades y comparativa con los hogares españoles, EAE Business School, 2010.

Trafficking in Person Report, US Department of State, 2011

Trata de personas hacia Europa con fines de explotación sexual, UNODC, 2010.

Report on the implementation of anti-trafficking policies and interventions in the 27 EU Member States from a human rights perspective (2008 and 2009), On the Road, ACCEM, ALC, La Strada International, Italia, 2011.

Encuesta sobre las personas sin hogar 2010, Instituto Nacional de Estadística.

Encuesta sobre las personas sin hogar 2011, Instituto Nacional de Estadística.