

INMIGRACIÓN Y REPARTO COMPETENCIAL EN ESTADOS DESCENTRALIZADOS. UNA COMPARACIÓN ENTRE LOS CASOS ESPAÑOL E ITALIANO

Marco Aparicio Wilhelmi

Professor de Dret Constitucional de la Universitat de Girona

SUMARIO: 1. Inmigración y reparto competencial: el caso español. - 1.1. Introducción. 1.2. El reparto competencial como proceso. - 1.3. La sentencia 31/2010 como retroceso. – 2. Inmigración y reparto constitucional: el caso italiano. 2.1. Introducción. – 2.2. El marco competencial constitucionalmente establecido. – 2.3. Conflictividad competencial y derechos constitucionales de las personas inmigradas (I). – 2.4. Conflictividad competencial y derechos constitucionales de las personas inmigradas (II). – 3. Conclusiones.

Artículo recibido el 24/10/2012; aceptado el 29/06/2013.

1. Inmigración y reparto competencial: el caso español

1.1. Introducción

A diferencia del caso italiano, que será analizado a continuación, en el caso español no ha habido ninguna reforma constitucional que haya modificado la regulación que afecta al reparto de competencias. Tampoco, por ende, se ha visto alterada la regulación inicial de la materia “inmigración”. En efecto, el art. 149.1.2, según el cual el Estado tiene competencia exclusiva, legislativa y ejecutiva, en “nacionalidad, inmigración, extranjería y derecho de asilo”, sigue intacto.

No obstante, como es sabido, el carácter abierto, en cierta medida esponjoso o “dúctil”, haciendo uso de la célebre cualificación empleada por el jurista italiano Gustavo Zagrebelsky¹, del Derecho constitucional en general, y en nuestro caso específicamente de las previsiones que configuran el llamado Estado de las autonomías, nos obliga a abordar esta cuestión en el marco de su evolución tanto normativa, como social y política.

En primer lugar, cabe decir que esta naturaleza flexible se intensifica más aún en relación con la delimitación del alcance de las competencias, tanto desde un punto de vista material como funcional. Además, en el caso de la inmigración, el propio carácter cambiante del fenómeno, hace que la realidad exija respuestas institucionales también variables, dependientes de la constante adaptación al ritmo de las transformaciones que acaecen.

Cabe recordar que únicamente entre los años 2001 y 2008, el saldo (positivo) anual medio migratorio en España fue de 575.000 personas, lo que equivale al 81% del crecimiento demográfico experimentado, que en pocos años ha pasado de 41 a 46 millones de habitantes². Según cifras del Ministerio del Interior, los extranjeros con autorización de residencia se triplicaron entre 1970 y 1997, y se multiplicaron por siete entre 1995 y 2007. La División de Población de las Naciones Unidas señala que en el año 2005, España era el tercer país del mundo que más había incrementado su población inmigrada desde 1990, solo por debajo de los Estados Unidos y Alemania; y el que más lo había hecho en términos relativos. Esta tendencia lleva a que en el año 2008 se llegue a la cifra de casi seis millones de personas inmigradas, situando a España en el décimo lugar del mundo por número total de inmigración.

Es importante destacar que, como suele ocurrir en el contexto de los países de destino migratorio, el reparto por el territorio es bastante desigual. En nuestro caso, se produce un flagrante desequilibrio entre las diferentes

¹ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2003.

² Según información empleada por el Colectivo IOÉ, a partir de los datos del INE y del Ministerio de Interior en el documento “Dimensiones de la inmigración en España. Impactos y desafíos”. Puede consultarse el documento en el siguiente enlace:

www.fapac.cat/system/files/dimensiones_inmigracion_PEREDA_ACTIS_Y_PRADA.pdf

Comunidades Autónomas (*inclusive*, dentro de las mismas), siendo Madrid y todas las Comunidades de la costa mediterránea, desde Cataluña a Andalucía las que, con diferencia, mayor parte de inmigración han acogido.

Como sabemos, no se trata de una tendencia continua: actualmente vivimos un descenso significativo de la entrada de personas recién llegadas³, hasta el punto de llevar a España a una progresiva recuperación de su tradicional naturaleza de país de emigrantes⁴. Cabe mencionar, sin embargo que esta naturaleza solamente se ha revertido a partir del año 2001, con lo que ha durado poco más de una década.

Los cambios experimentados, de vértigo, deben condicionar forzosamente la concepción del vocablo inmigración, su alcance, exigencias e implicaciones de regulación y, en general, de intervención de los poderes públicos. Dicho sucintamente: modificada la naturaleza del fenómeno migratorio, queda alterada también su concepción normativa, tanto desde un punto de vista vertical como, muy especialmente, horizontal (territorial).

1.2. El reparto competencial como proceso

Una vez nombrados los factores sociales, es necesario ver también los cambios normativos que han tenido lugar, sin duda como consecuencia, en buena medida, de los primeros. Debemos establecer, primeramente, un antes y un después en la aprobación de los nuevos Estatutos autonómicos, especialmente el catalán, de 2006 (EAC, de ahora en adelante) y el andaluz, de 2007; y de la sentencia del Tribunal Constitucional (TC, de ahora en adelante) que resuelve la impugnación del EAC presentada por parte del grupo parlamentario popular (STC 31/2010).

Como indica Moya, la interpretación predominante del alcance del título competencial en inmigración fue, hasta casi mediados de los años noventa, de tendencia extensiva, “en el sentido de considerarla una competencia exclusiva y excluyente del Estado para actuar sobre cualquier ámbito relacionado con extranjería e inmigración”; esta interpretación, según el mismo autor, “fue

³ Según recoge el Banco de España en su último informe sobre la evolución de la población en España, “... el número de habitantes aumentó en casi seis millones entre 2001 y 2011, con un incremento de la población extranjera de más de tres millones y medio de personas. No obstante, la evolución no fue homogénea a lo largo de esos años; de hecho, tras el estallido de la crisis económica y financiera mundial, los flujos migratorios empezaron a ralentizarse intensificándose dicha moderación a partir de 2009. Como consecuencia del continuado deterioro económico y del fuerte crecimiento del desempleo, las entradas netas de emigrantes se tornaron negativas en 2011, llegando a producirse incluso una ligera caída en la población total hacia finales de 2012”. *Boletín Económico*, 71, enero de 2013, en su apartado referido a la “Evolución reciente de la población en España y proyecciones a corto y largo plazo”. Ver: www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/13/Ene/Fich/be1301-art2.pdf

⁴ En el año 2011, según datos del INE, el saldo migratorio fue negativo, concretamente, más de 50.000 personas; como consecuencia del descenso en la entrada de inmigración y, sobre todo, con la salida de más de medio millón de personas.

cediendo paso a una lectura más acotada y sensible de las competencias autonómicas sectoriales sobre muchos ámbitos relacionados con la inmigración (enseñanza, sanidad, servicios sociales, etc.)⁵.

Sin lugar a dudas esta variación debe entenderse, no solo en el contexto de la evolución general del sistema autonómico, sino muy especialmente en el marco del ya comentado viraje de la realidad migratoria. Tanto es así que hay autores que han apuntado que “la inmigración en tanto que materia competencial reservada íntegra y exclusivamente al Estado es algo, simplemente, anacrónico”⁶: la cuantiosa llegada de personas con vocación de permanencia y arraigo, obliga a entender la inmigración más allá de la dimensión de control de los flujos migratorios (requisitos de entrada y permanencia, diferentes estatutos o situaciones administrativas, régimen sancionador) para incluir también todos los aspectos que estén relacionados con las políticas de integración, partiendo del régimen de ejercicio de los derechos y del acceso a las prestaciones sociales. Para usar una distinción anglosajona muy común en el debate académico italiano, hablaríamos de la diferencia entre la política *de* inmigración (“immigration policy”) y la política *para la* inmigración (“immigrant policy”).

Esta mutación fue cogiendo forma a partir del ejercicio autonómico de las propias competencias sectoriales en materias como servicios sociales, ámbito laboral, educación o vivienda. Son regulaciones que, teniendo entre sus destinatarios personas inmigradas presentes en el propio territorio, implican una regulación en inmigración, políticas públicas de integración educativa, socio-laboral y cultural. Tan conscientes han sido las Comunidades Autónomas de su papel en la regulación del fenómeno migratorio que han elaborado Planes propios para la integración social de las personas inmigrantes⁷. Ante estas actuaciones no solamente no se ha reaccionado jurídicamente, reivindicando la competencia estatal, sino que la propia legislación general sobre extranjería ha incorporado explícitamente el reconocimiento del papel de las Comunidades Autónomas en las políticas para la inmigración, e incluso en la articulación del régimen jurídico de los extranjeros, entendido como un conjunto de especificidades (o restricciones) en las condiciones de ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos que les afectan.

Efectivamente, la LO 4/2000 instaura el Consejo Superior de Política de Inmigración, un órgano de coordinación permanente entre el Estado y las

⁵ David Moya, “Competència en matèria d’immigració”, *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentència sobre l’Estatut*, 2010, p. 358 (p. 352-371).

⁶ José Antonio Montilla Martos, “Las competencias autonómicas en inmigración tras la STC 31/2010”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals (REAF)*, núm. 14, octubre 2011, p. 153 (p. 152-185).

⁷ Ver Carla Bonino Covas, Jorge Aragón Medina, Fernando Rocha Sánchez, *Los planes de las CCAA para la integración social de las personas inmigrantes*, Confederación sindical de CCOO; Madrid, 2003, citado por José Antonio Montilla Martos, “Las competencias autonómicas...”, p. 156.

Comunidades Autónomas⁸. Asimismo, su reglamento de ejecución (Real Decreto 2394/2004) emprende una cierta desconcentración de algunas funciones en las Comunidades Autónomas y los entes locales, como por ejemplo la elaboración de los informes sobre la adecuación de la vivienda (requisito para la reagrupación familiar) de arraigo social (requisito de regularización).

Asimismo, resulta significativo que hasta su última reforma (por medio de la LO 2/2009), la LO 4/2000 no había incluido ninguna previsión en materia de integración social, aunque su título recoja expresamente dicha expresión (Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros y su integración social). Se podría pensar, y en buena medida así ha sido, que esta dimensión, central sin lugar a dudas en el papel de los poderes públicos en materia de inmigración se deja a manos autonómicas, como herramienta a disposición del ejercicio de sus competencias sociales.

En relación con las competencias autonómicas exclusivas, es obvio que el margen autonómico es amplio pero, como ya sabemos, por una parte el Estado cuenta con títulos transversales, como el que le permite regular las condiciones básicas que permitan garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos y libertades (art. 149.1.1º)⁹, y de otra hasta podría llegarse a ampararse en el título en materia de inmigración y extranjería, como parece ser el caso de la LO 4/2000 al incluir una previsión relativa al derecho a las prestaciones en servicios sociales (art. 14.2 y .3), en la que se contempla que los residentes tendrán, en todo caso, un régimen de equiparación a los nacionales y que los no residentes gozarán de las prestaciones básicas.

Nos encontramos aquí con un debate muy presente, como veremos, en la realidad italiana. Se trata de discernir si la previsión estatal debe ser considerada como mínimo común –que puede ser ampliado por las Comunidades Autónomas según su opción política al respecto, sus recursos financieros, tipo y cuantía de personas inmigradas, etc.–; o si, *a sensu contrario*, se trata de una regulación que incluye una opción de política migratoria, que fija por lo tanto un mínimo y un máximo, *preferente* al alcance del título competencial autonómico en materia de servicios sociales. En el caso español, podríamos concluir que la balanza se inclina del lado de la primera opción (mínimo común ampliable). Un argumento contundente lo encontramos en la STC 236/2007, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la reforma de la LO 4/2000, operada por la LO 8/2000. En esta resolución, examinando la exclusión de los extranjeros en situación irregular del derecho a

⁸ Por otra parte, la disposición adicional quinta, apartado 4º, es explícita al señalar la existencia de competencias autonómicas en materia de inmigración: “cuando las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, intervengan en alguno de los procedimientos regulados en esta Ley, se garantizará que su participación en los procedimientos informatizados [...]”.

⁹ Sobre el alcance de este título competencial, resulta imprescindible la lectura de Miguel Ángel Cabellos, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho comunitario*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

la educación posobligatoria, el TC afirma que “la supresión de la residencia en el derecho a la educación obligatoria no implicaría, como alega el Abogado del Estado, una discriminación en perjuicio de los extranjeros regulares, dado que los que no tienen autorización para residir pueden ser expulsados siguiendo los procedimientos legalmente establecidos, pero mientras se encuentren en territorio español, no pueden ser privados de este derecho por el legislador” (fundamento jurídico 8º).

Con esta situación llegamos a la aprobación de los nuevos Estatutos autonómicos catalán y andaluz¹⁰. Ambos incluyen una previsión de asunción competencial de materias propias en el ámbito de la inmigración. Concretamente, el art. 138 del EAC prevé lo siguiente:

1. Corresponde a la Generalitat en materia de inmigración:
 - a) La competencia exclusiva en materia de primera acogida de las personas inmigradas, que incluirá las actuaciones socio-sanitarias y de orientación.
 - b) El desarrollo de la política de integración de las personas inmigradas en el marco de sus competencias.
 - c) El establecimiento y la regulación de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigradas y para su participación social.
 - d) El establecimiento por ley de un marco de referencia para la acogida e integración de las personas inmigradas.
 - e) 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:
 - a) La tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena.

¹⁰ También en las reformas estatutarias acaecidas en la Comunidad valenciana (LO 1/2006, de 10 de abril), Islas Baleares (LO 1/2007, de 28 de febrero), Aragón (LO 5/2007, de 20 de abril), y Castilla y León (LO 14/2007, de 30 de noviembre), se incluyen referencias en materia de inmigración, de menor alcance, pero, que en el caso catalán y andaluz. Por ejemplo, en el caso de las Islas Baleares, el art. 30.18 otorga a la Comunidad la función ejecutiva en materia de inmigración “en los términos previstos en la Constitución”; en el caso de Aragón, se prevé la competencia compartida en “políticas de integración de los inmigrantes, en especial, el establecimiento de las medidas necesarias para su adecuada integración social, laboral y económica... mediante los procedimientos que se establezcan en las políticas de inmigración y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación, en su caso, del contingente de trabajadores extranjeros” (art. 75.6). En el caso de Castilla y León se establece el mandato a los poderes públicos de promover “la integración social, económica, laboral y cultural de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León” (art. 10.2).

- b) 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.

Por otra parte, el Estatuto andaluz incluye la siguiente previsión:

Artículo 62. Inmigración.

1. Corresponden a la Comunidad Autónoma:

- a) Las políticas de integración y participación social, económica y cultural de los inmigrantes, en el marco de sus competencias.
- b) La competencia ejecutiva en materia de autorizaciones de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Andalucía, en necesaria coordinación con la competencia estatal en materia de entrada y residencia y de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado. Esta competencia incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo, la tramitación y resolución de los recursos presentados a dichas autorizaciones y la aplicación del régimen de inspección y sanción.

2. La Comunidad Autónoma participará en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Andalucía y, en particular, la participación preceptiva previa en la fijación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título IX.

Aparece con claridad la manera en que se efectúa, como indica Moya, la asunción por vía estatutaria de la intervención en determinados sectores intrínsecamente relacionados con la inmigración en virtud de competencias autonómicas conexas, y como esto implica “un nuevo paso, hasta cierto punto natural desde esta perspectiva incremental de la intervención autonómica en inmigración, al dotar de un fundamento estatutario más sólido a algunas intervenciones autonómicas en materia de inmigración”¹¹.

Entre los ámbitos competenciales asumidos de manera específica en el caso del Estatuto catalán de 2006, algunos de ellos ya han sido objeto de desarrollo normativo. Destaca, por ejemplo, la Ley 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña, una extensa norma que, como recoge en su preámbulo, opta por incluir “además de las competencias de acogida *stricto sensu*”, otras, “concretamente, las que derivan del reconocimiento de labores que la Administración de la Generalitat ya hace años que va poniendo en funcionamiento y que representan el crecimiento lógico de la responsabilidad de gobierno en ámbitos materiales conectados, o

¹¹ David Moya, “La competencia en inmigración”, p. 356.

en relación indivisible con la acogida, como por ejemplo la integración, la sensibilización, la ocupación, la formación universitaria e investigación, formación y cualificación profesionales, análisis de la información, retorno voluntario, remesas y participación, etc. También se afirman otras competencias de diseño en las políticas, coordinación intradministrativa e interadministrativa, planificación, fomento, seguimiento de las políticas europea e internacional, etc.”.

Igualmente relevante es el Real Decreto 1463/2009, que concreta el traspaso de funciones y servicios a la Generalitat en materia de inmigración, relativas a las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros que desarrollen en Cataluña su relación laboral¹².

1.3. La sentencia 31/2010 como retroceso

Veamos ahora, de manera sintética, la respuesta que da el TC mediante su sentencia acerca del EAC. Merece la pena destacar que este es el primer pronunciamiento del TC en el que se aborda de manera central el título competencial “inmigración” recogido en el artículo 149.1.2 de la Constitución.

Como ya he tenido ocasión de indicar en otra contribución¹³, a primera vista, la decisión del TC relativa a las competencias asumidas en el EAC en materia de “inmigración” (art. 138 EAC) no parece que sea una de las más controvertidas. Aunque incluya alguna referencia a la necesidad de entender la previsión estatutaria de un modo y no de otro, es decir, aunque estemos ante un caso de limitación del alcance de las previsiones estatutarias a través de una decisión interpretativa, la primera impresión es que la lectura realizada se correspondería con el sentido propuesto por el legislador estatutario. Así lo conformarían tanto los argumentos del Gobierno de la Generalitat y del Parlamento en sus alegaciones al recurso de inconstitucionalidad, como el informe de expertos encargado por el Presidente de la Generalitat después de la publicación de la Sentencia, que, en este punto, señala que la decisión “coincide plenamente con la interpretación o comprensión del contenido de la materia defendido por las instituciones catalanas”.

No obstante, una mirada más incisiva sobre la cuestión nos debe ofrecer razones suficientes para entender que la decisión del Tribunal acoge una orientación marcadamente restrictiva del alcance de la previsión estatutaria interpretada.

¹² Este real decreto se refiere al encaje del traspaso con las previsiones competenciales de los artículos 149.1.2 y 149.1.7 de la Constitución, así como al artículo 138.2 del EAC, que recoge la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de las personas extranjeras que desarrollen su relación laboral en Cataluña. Especifica que la competencia incluye: a) la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena y b) la tramitación y resolución de recursos planteados en relación con los expedientes referidos en la letra a) y la aplicación del régimen de inspección y sanción.

¹³ Marco Aparicio Wilhelmi, “La decisió sobre les competències relacionades amb la immigració”, *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentència sobre l'Estatut*, 2010, p. 349-354.

Los recurrentes consideran que el artículo 138 del EAC (“inmigración”) sería inconstitucional en su conjunto, “sobretudo (sic.) en sus apartados 1 y 2, por atribuir a la Generalitat competencias en materia de inmigración y vulnerar así el art. 149.1.2 CE, que inequívocamente confiere al Estado la competencia exclusiva al respecto”.

El apartado primero establece que “en materia de inmigración” la Generalitat tiene competencia exclusiva en relación con la primera acogida de las personas inmigradas, “que incluye las actuaciones sociosanitarias y de orientación”; competencia sobre el desarrollo de la política de integración de las personas inmigradas en el marco de sus competencias; y, entre otros aspectos como el referente al regreso de emigrantes a Cataluña, competencia para el establecimiento y la regulación de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigrantes y para su participación social.

En lo relativo a esta asunción, el TC considera que el precepto impugnado admite una interpretación acorde con la Constitución, si se entiende “que las potestades en él recogidas no se traducen en la atribución a la Generalitat de competencia alguna en materia de inmigración, siendo lo relevante a la hora de pronunciarse sobre la constitucionalidad del precepto, no su rúbrica o la denominación de la materia o título competencial en cuestión, sino el alcance material de las concretas competencias o potestades estatutariamente atribuidas a la Comunidad Autónoma”. Recoge como argumento central el utilizado por el Abogado del Estado, según el que “la evolución del fenómeno migratorio en España impide configurar la competencia estatal ex art. 149.1.2 CE como un título horizontal de alcance ilimitado que enerve los títulos competenciales de las Comunidades Autónomas de carácter sectorial con evidente incidencia en la población migratoria”. Finalmente, cierra sus apreciaciones afirmando que “precisamente en el contexto de la integración social y económica de la población inmigrante se insertan el conjunto de competencias o potestades, de evidente carácter asistencial y social que el art. 138.1 EAC atribuye a la Generalitat”.

En virtud del apartado segundo del mismo artículo 138, corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de autorizaciones de trabajo a extranjeros cuya relación laboral tenga lugar en Cataluña. Esta competencia, prosigue el mismo precepto, “se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros”, e incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena, y la tramitación y resolución de los recursos que se deriven de este procedimiento, así como la aplicación del régimen de inspección y sanción. La parte recurrente entiende que la autorización de trabajo se puede incardinar claramente en la materia inmigración y no en la de legislación laboral, “como se desprende del hecho de que dicha autorización siempre se ha regulado en la legislación de extranjería”. Para el Tribunal, el Estado, “como titular de la competencia preferente entre las que concurren a la regulación del régimen jurídico de los extranjeros en tanto que inmigrantes, no

puede hacer entera abstracción, sin embargo, de competencias sectoriales atribuidas a las Comunidades Autónomas, como es el caso, en lo importante ahora, de la competencia ejecutiva en materia de legislación laboral”.

Finalmente, el tercer apartado prevé la participación de la Generalitat “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 mediante los mecanismos previstos en el título V”. Ante el cuestionamiento, referido en general al título V del EAC, de que estatutariamente se determine la forma en la que el Estado debe ejercer sus propias competencias, el Tribunal considera que “el Estatuto de Autonomía, en tanto que norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, no es una sede normativa impertinente, con una perspectiva constitucional, para prever, con la generalidad que se hace en el precepto recurrido, mecanismos o fórmulas cooperativas como las que en él se enuncian en asuntos tales como los relativos a la inmigración”.

La argumentación sostenida en la sentencia parte de la necesidad de encontrar un equilibrio entre la competencia estatal en inmigración y las competencias sectoriales autonómicas, y resulta suficiente para salvar la constitucionalidad del artículo 138.1 en su integridad. Pese a lo anteriormente expuesto, en su decisión, el TC parece aceptar la visión limitada del concepto de integración social, que arguye el Abogado del Estado, por la que “la atribución competencial en materia de inmigración que aparenta hacerse a la Generalitat realmente se refiere a la materia de asistencia social”. Sin poder en este momento ahondar en la cuestión, merece la pena destacar que la noción de integración social de las personas inmigrantes debe referirse, no tanto al conjunto de medidas asistenciales que puedan ofrecer las administraciones competentes sino, previamente, al régimen mismo de ejercicio de los derechos. Visto de este modo, tendrían competencia en materia de integración social de personas inmigrantes, no el Estado de manera exclusiva por el hecho de ser titular de la competencia de inmigración, sino todas las autoridades en el ámbito de su capacidad de incidencia en la configuración y desarrollo de los derechos y libertades.

En este sentido, merece la pena recoger unas palabras de Aguado expresadas con anterioridad a la reforma estatutaria: “la integración empieza con un régimen adecuado de ingreso y permanencia que es, en definitiva, la clave de los demás derechos. En este punto, existe la posibilidad de que el Estado, las Comunidades Autónomas y los entes locales colaboren en la definición y aplicación de la política migratoria para dar una respuesta adecuada a los flujos migratorios”¹⁴.

Más allá de lo que hemos analizado hasta el momento, sin lugar a dudas la cuestión más compleja de discernir es la relativa a la constitucionalidad de la

¹⁴ Vicenç Aguado i Cudolà, “La ripartizione delle competenze in Spagna in materia di immigrazione Stato, Regione e governo locale”, *Le istituzioni del Federalismo*, sept-oct 2004, p. 836 (p. 813-836).

competencia de ejecución en materia de autorizaciones de trabajo¹⁵. La parte recurrente señala, como hemos visto, que la autorización de trabajo es incardinable en la materia de inmigración y no en la laboral, “como se desprende del hecho de que dicha autorización siempre se ha regulado en la legislación de extranjería”. Ante esta afirmación, salta a la vista la oportunidad de que el Tribunal se hubiere animado a destacar las razones que llevan a que, aunque hasta el momento la autorización de trabajo haya sido el elemento central de la articulación del régimen de extranjería, desde el punto de vista estrictamente competencial se trata de una materia propia de la legislación laboral.

Una de las razones sería que, en virtud del artículo 13.1 CE, las personas extranjeras son titulares del derecho al trabajo, junto con el resto de derechos del título I, con las excepciones referentes al derecho de sufragio que establece el mismo artículo 13 en su segundo apartado. Por eso, no se puede afirmar sin más que el acceso al trabajo sea una cuestión no únicamente propia del régimen de extranjería, ya que hablamos del ejercicio de un derecho constitucional que debe desarrollarse de conformidad con las previsiones competenciales.

Una segunda razón sería que el criterio esencial para autorizar la entrada y permanencia de inmigrantes podría perfectamente desligarse de la existencia previa de un vínculo laboral. En otras palabras, la *laboralización* del régimen de extranjería, aunque se trate de una cuestión que siempre ha estado regulada en nuestra legislación de extranjería (desde 1985), no deja de ser una opción política que, en el caso de ser tomada por quien es competente según el artículo 149.1.2 CE, debe asumirse en el marco de la distribución competencial establecida por la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

Debe decirse que la previsión estatutaria impugnada contribuye a consolidar la *laboralización* expuesta con anterioridad, ya que incorpora sin más matiz la existencia de la autorización de trabajo como vía de acceso a la condición de inmigrante en situación regular. Es más, se aferra a las características específicas del actual modelo, nuevamente fruto de una opción política modificable, consistente en el hecho de que la autorización inicial de trabajo necesariamente incorpora una limitación de su alcance territorial.

La manera expeditiva por la que el Tribunal resuelve las dudas planteadas por la parte recurrente deja de lado la posibilidad de un análisis jurisprudencial más extenso de la cuestión esencial en este punto, que no es otra que la delimitación de la materia “inmigración” recogida a la vez por los artículos 149.1.2 CE y 138 EAC. Solo en dos ocasiones el TC se refiere a esta cuestión: en primer lugar, cuando afirma que “es evidente que la competencia en materia de entrada y residencia de extranjeros se inscribe en el ámbito de la

¹⁵ Una atención específica y suficientemente desarrollada de las materias relacionadas con el ámbito laboral puede encontrarse en Ferran Camas Roda (coord.), *L'atribució de competències d'immigració derivades de l'Estatut d'autonomia de Catalunya*, Barcelona, Colección IEA, núm. 74, 2010.

inmigración y la extranjería”; y en segundo lugar, al señalar que “al Estado ha de corresponder, con carácter exclusivo, la competencia en cuya virtud se disciplina el régimen jurídico que hace del extranjero un inmigrante”. Más allá de estas referencias, no se especifica qué elementos o, incluso, con qué nivel de precisión debe regular el Estado, de manera exclusiva, el régimen jurídico que convierte al extranjero en inmigrante.

Diferentes autores coinciden con el poco – o nada – satisfactorio carácter de la sentencia que comentamos, también en la materia que estamos analizando. Entiende Montilla Martos que, con la excepción de las autorizaciones de trabajo, en el resto, los estatutos andaluz y catalán en realidad se limitan a recoger la práctica existente y aceptada. Aun así, el TC “se ha enrocado en la originaria competencia exclusiva del Estado sobre la materia”¹⁶, rehusando la tarea de reconfigurar y actualizar la competencia regulada por el art. 149.1.2 CE.

Debe entenderse, aunque el Tribunal no lo precise, que el Estado debe ser competente para establecer la diferenciación misma entre nacional y extranjero, así como las líneas generales de la política migratoria o, en otras palabras, el “control de fronteras y la entrada y residencia de extranjeros”, como señala el Parlamento en sus alegaciones.

Por las razones expuestas, resulta defendible que los estatutos catalán y andaluz hayan incorporado explícitamente, y no como el “juego de palabras” al que se refiere la parte recurrente, el vocablo “inmigración” como título competencial. De esta manera, se pone de manifiesto la necesidad de entender que se trata de una materia más amplia de la que se derivaría su conexión con la extranjería y sobre la que es necesario, en un contexto en el que cada vez la inmigración afecta más aspectos de la actividad reguladora, que las diferentes instituciones asuman, de manera coordinada, como recoge con claridad el artículo 138 EAC, la regulación de la nombrada materia.

Se trata, pues, de una apuesta para adaptar el modelo de descentralización territorial a una realidad actual. Es también, sin duda alguna, una apuesta *federalizante* del modelo, una opción que aunque se pueda debatir políticamente no parece quedar fuera del marco constitucional, como pretende la parte recurrente. Esta apuesta, aunque no sea rechazada en este punto frontalmente, trata de ser frenada por el Tribunal, cuando afirma que el Estado es “titular de la competencia preferente entre las que concurren a la regulación del régimen jurídico de los extranjeros en tanto que inmigrantes”. El problema subyace en el hecho de que el Tribunal combina este carácter preferente con una insuficiente delimitación de la materia, de modo que abre las puertas a una comprensión restrictiva del ámbito competencial autonómico, cuando pueda afectarse al régimen de extranjería o a las políticas migratorias.

¹⁶ José Antonio Montilla Martos, “Las competencias autonómicas...”, p. 157.

2. Inmigración y reparto constitucional: el caso italiano

2.1. Introducción

Como acabamos de comprobar, el debate acerca de las competencias en materia de inmigración, lejos de quedar cerrado después de la STC 31/2010, está más abierto que nunca, complementado con interrogantes y retos para la reflexión académica.

Más allá de tratar de incidir sobre una posible evolución o viraje jurisprudencial, se trataría, quizás se trataría, como labor más inmediata, de contribuir a retomar el camino ya trazado con anterioridad a la sentencia. Dicho con otras palabras, los retos no son solamente jurisprudenciales, sino que transitan más bien, en el plano normativo y en el de las políticas públicas. Más allá del ruido en que tuvo lugar –y que ha generado– la resolución del TC, finalmente el peso del reparto específico de funciones de intervención conviene que recaiga en la legislación en materia de extranjería, su desarrollo, aplicación y articulación con el resto de actores, de manera muy notable en los entes autonómicos y locales.

Así pues, es importante conocer las experiencias comparadas con el fin de poder avanzar en la concreción de las posibilidades reguladoras en la materia en el seno de estados políticamente descentralizados y con un contexto migratorio similar. Entre los diferentes países del entorno, consideramos que uno de los más adecuados para realizar este estudio es Italia. Sin cuestionar la utilidad de poder reflejarnos en modelos más *federalizados*, tales como el alemán, el suizo o el canadiense, debemos reivindicar la importancia de que la comparación se realice respecto de contextos más próximos en el decurso evolutivo del fenómeno migratorio y, con él, con su concepción social, jurídica y política.

Así, a pesar de las limitaciones de su modelo de descentralización territorial, con esquemas competenciales y también jurisprudenciales de marcada inercia centrípeta, la fuerza de la dinámica política regional, las importantes diferencias entre unos y otros territorios, la pugna política y de modelos hacen que en ámbitos como el de la regulación sobre inmigración existan abundantes matices jurídicos y políticos de los que podemos extraer aprendizajes de gran utilidad.

2.2. El marco competencial constitucionalmente establecido

A diferencia del caso español, en Italia la evolución del modelo de descentralización política territorial ha ido acompañada de reformas constitucionales. En el año 2001 se realiza una profunda reforma de los títulos competenciales contenidos en el Título V de la Constitución (Ley constitucional número 3), con incidencia directa en materia de inmigración. En efecto, la reforma, cubriendo la ausencia de regulación específica previa, prevé la competencia legislativa

exclusiva del Estado en materia de “condición jurídica de los extranjeros de Estados no pertenecientes a la Unión Europea” (art. 117.2 a) e inmigración (art. 117.2 b).

Resulta interesante comprobar cómo de manera previa a la reforma, tanto la normativa estatal como regional habían ido construyendo un espacio de articulación de competencias y funciones con directa incidencia en el ámbito migratorio. Como indica Corsi, durante los años noventa, las regiones fueron asumiendo “espontáneamente un rol central en la preparación de las políticas públicas favorables a los extranjeros, llenando el silencio y retraso del estado central”; la proximidad del fenómeno migratorio a las comunidades de los entes locales empujó a los gobiernos regionales a asumir el timón en la materia¹⁷. Vemos pues una clara simetría con el fenómeno experimentado en el contexto español.

Las regiones se amparaban en su competencia en materia de beneficencia pública, pero era bastante evidente que las medidas de formación profesional, educación, integración y acceso a prestaciones sociales, constituían verdaderas políticas de inmigración.

La normativa estatal que regulaba –y que regula todavía hoy con sucesivas reformas– es el llamado Texto Único en inmigración (TU, según la abreviatura más habitual), aprobado por el Decreto Legislativo 286/1998¹⁸. El TU prevé, de manera previa a la reforma del Título V, un marco normativo en el que la acción estatal en inmigración está relacionada constantemente con la de los entes descentralizados. Empezando por el art. 1.4, que determina que sus disposiciones deben entenderse –en tanto que principios fundamentales para la legislación regional–, de acuerdo con lo que establecía la anterior redacción del artículo 117¹⁹. Más allá de la limitación de la competencia regional, la previsión presupone la necesaria interacción entre normativa estatal y regional en el ámbito regulado por el TU.

En segundo lugar, el artículo 3.5, que establece que, de conformidad con las propias atribuciones, todos los entes locales deben perseguir el objetivo de remover los obstáculos que, de hecho, impiden el pleno reconocimiento de los derechos e intereses reconocidos a los extranjeros en el territorio estatal, con

¹⁷ Cecilia Corsi, “Immigrazione e ruolo degli enti territoriali”, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n.1/2005, p. 36-38 (p. 36-50). La traducción, como toda la que se hará de textos italianos, es propia. La misma autora en este marco de consideraciones nombra a Andrea Patroni Griffi, “Il diritto dello straniero tra Costituzione e politiche regionali”, en Lorenzo Chieffi, *I diritti social tra regionalismo e prospettive federali*, Padova, Cedam, 1999.

¹⁸ Durante el mes de febrero de 1997 se presentó un proyecto gubernamental de ley en materia de inmigración, aprobado por la Ley núm. 40, de 6 de marzo de 1998. Esta ley incluía una delegación al gobierno para la elaboración de un decreto legislativo de unificación normativa, que es el llamado TU, de 25 de julio de 1998.

¹⁹ Concretamente, la anterior redacción del art. 117 preveía un conjunto de materias en las que la competencia legislativa correspondía a las regiones, “dentro de los límites de los principios fundamentales establecidos por las leyes del Estado, siempre y cuando las normas no sean contrarias a los intereses nacionales o de otras regiones...”.

particular atención a los propios de la vivienda, lengua, integración social, en el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana.

Esta previsión, concreción de la cláusula de equiparación material reconocida por el art. 3.2 de la Constitución italiana (la famosa cláusula Lelio Basso), se recoge en ámbitos concretos en el TU²⁰, como en el art. 42, donde se prevén medidas de integración social por parte de los diferentes entes públicos, así como también privados. También es necesario destacar el art. 131, que prevé que serán los municipios los encargados de la concesión de los servicios y prestaciones sociales, con el concurso de las provincias²¹.

Por otro lado, el TU incorpora también algunas formas de cooperación entre el Estado y las regiones, como por ejemplo el Comité para la coordinación y supervisión de las disposiciones del TU, incorporado por la Ley 189/2002, de 30 de julio (art. 2 bis). Este Comité incluye la presencia de un presidente regional o de provincia autónoma designado por la Conferencia de Presidentes Regionales y de las Provincias Autónomas. Igualmente, el art. 3 exige que para la elaboración del Documento programático que corresponde al Presidente del Consejo de Ministros, sea escuchada la Conferencia permanente para la relación entre el Estado y los entes descentralizados²².

Estudiados los contenidos ya incorporados por el TU y la tendencia de la intervención regional en el ámbito de las políticas en inmigración, podría llegar a verse en la reforma del Título V una lógica de centralización, pues –como lo hace el art. 149.1.2 en el caso español– asigna sin matices la competencia en extranjería e inmigración al Estado. Aunque, tanto por el contenido global de esta reforma, como por la lectura que la doctrina y la jurisprudencia han hecho de la misma, la conclusión debe ser radicalmente distinta.

Es importante subrayar que, de conformidad con el art. 117.4, la competencia en materia de asistencia social ha pasado de ser concurrente (es decir, con la legislación básica en manos del Estado) a ser propia de las regiones (“residual” en la terminología italiana). Por otra parte, la asistencia sanitaria está regulada como materia concurrente (art. 117.3). Consciente de las múltiples implicaciones competenciales que incorpora la inmigración, la

²⁰ Sigo en esta parte las consideraciones de Carmela Salazar, “Leggi regionali «sui diritti degli immigrati»; Corte costituzionale e «vertigen della lista»: considerazioni su alcune recenti questioni di costituzionalità proposte dal Governo in via principale”, Silvio Gambino, S., Guerino d'Ignazio, *Immigrazione e diritti fondamentali fra costituzioni nazionali, Unione Europea e Diritti internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 395 y ss.

²¹ Esta lógica sería ratificada en otras leyes estatales, como la Ley 3128/2000, “Ley marco para la realización del sistema integrado de intervenciones y servicios sociales”, donde numerosas acciones quedan adscritas a los entes locales, en el marco de un sistema reticular de prestaciones y recursos.

²² Otro ejemplo de la lógica de la cooperación lo encontramos en el art. 21.4.ter (introducido con la Ley 189/2002), que permite a las regiones transmitir antes del 30 de noviembre de cada año un informe en el que se incluyan las previsiones para la acogida de nuevos migrantes, según “la capacidad de absorción del tejido social y productivo”. Igualmente, el art. 45, que prevé que los diferentes entes regionales establezca programaciones anuales y plurianuales, para poder articular el acceso al reparto del fondo nacional para la política migratoria.

reforma constitucional prevé expresamente la necesidad de articular formas de coordinación en la materia entre las regiones y el Estado, que deberán ser disciplinadas por este último (art. 118).

Por lo tanto, el esquema constitucional es suficientemente parecido al que encontramos en España, y esto nos lleva a la distinción, ya comentada, entre *immigration policy* e *immigrant policy*²³: competencia estatal exclusiva en materia de inmigración y condición jurídica del extranjero, y competencias legislativas concurrentes o residuales regionales en materias de alto impacto en la política para las personas inmigradas y el conjunto de sus derechos. Es decir, como señala Vrenna, “la distinción competencial constitucional separa entre el estatus del extranjero mientras que las posibles declinaciones de este estatus en diferentes campos de la vida (salud, trabajo, asistencia social, etc.) recaen en la competencia regional”. Se trata, sin ninguna duda, de una división compleja con numerosas implicaciones en el campo práctico.²⁴

Gran parte de la doctrina parte de esta diferenciación que acabamos de efectuar. Pese a esto, algunos autores, minoritarios, entienden que la competencia estatal se extiende a la titularidad de los derechos civiles y sociales y a los criterios y modalidades para su ejercicio por parte de los extranjeros, de manera que el legislador debe ser exhaustivo en su reglamentación, es decir, no limitándose –única y exclusivamente– a la previsión de los principios fundamentales, o a la determinación del nivel esencial de prestaciones que deben asegurarse en todo el territorio nacional²⁵. Desde esta perspectiva, la competencia regional en materias tales como salud, tutela o seguridad laboral, formación profesional o asistencia social podría afectar a la posición del extranjero, pero únicamente dentro de los límites consentidos expresamente por la legislación estatal. La justificación de este carácter expansivo estaría en la exigencia de una disciplina unitaria de aspectos que se encuentran en estrecha interconexión con materias como la política exterior, las relaciones internacionales, el orden público y la seguridad²⁶.

²³ Distinción que se puede encontrar en muchas de las aportaciones doctrinales acerca de esta cuestión. Por ejemplo, Tiziana Caponio, “Governo locale e immigrazione in Italia. Tra servizi di welfare e politiche di sviluppo”, *Ist. Fed.* 5/2004, p. 805 y ss.

²⁴ Massimiliano Vrenna, “Italia. Il ruolo delle regioni e il reparto delle competenze in materia di integrazione”, *Revista delle Politiche Sociali*, 2/2010 (p. 45-64). Cita el autor, como fundamento jurisprudencial de sus conclusiones, las sentencias de la CC 50/2005, de 28 de enero, y 201/2005, de 26 de mayo.

²⁵ Paolo Bonetti, “Ordine pubblico, sicurezza, polizia locale e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione”, *Le Regioni*, 2002, p. 523, según cita de Enzo Vincenti, “Immigrazione”, *Il Diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Guido Corso e Vincenzo Lopilato, Guiffre Editore, Milano 2006, Parte especial, vol. I, p. 626-655.

²⁶ Bonetti, P., “Ordine pubblico, sicurezza...”, p. 522. Por otro lado, el mismo Vincenti nos recuerda que este criterio se podría apoyar en la, podríamos decir que pretendida, competencia estatal derivada del art. 10.2 de la Constitución, y que conecta la competencia con las actuaciones relacionadas con los tratados Internacionales de manera coherente con los intereses nacionales y de la tutela de los derechos fundamentales. El argumento lo toma Gaetano

Pero, como ya se ha afirmado, la mayor parte de la doctrina, y en buena medida, como veremos más adelante, la línea jurisprudencial de la propia CC se orienta en otros términos. Castellazzi, por ejemplo, subraya que la reforma constitucional del Título V implica una verdadera inversión en los criterios de atribución competencial. Según la autora, actualmente la fuente de competencia general y residual sería la región, mientras que la potestad legislativa estatal operaría únicamente en relación con las materias taxativamente recogidas en el art. 117.2. De esto se derivaría una necesaria interpretación restrictiva de estas materias y especialmente las que puedan tener carácter transversal, como sucede con el orden público y la inmigración²⁷.

En este contexto, y tal y como coincide la doctrina mayoritaria, debemos detenernos a leer las previsiones del TU, que como sabemos son previas a la reforma constitucional, a la luz del vigente Título V. Hemos podido, ya, hacer referencia al contenido del art. 1.4. Pues bien, de acuerdo con el nuevo redactado constitucional, las previsiones del TU serán principios fundamentales pero entendidos ahora en el marco de la competencia legislativa estatal de “determinación del nivel esencial de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales” (art. 117.2 m)²⁸. De este modo, lo contenido en el TU debe entenderse como condiciones mínimas de la garantía de los derechos que las regiones, en ejercicio de sus propias competencias, no podrán nunca restringir, pero sí ampliar²⁹.

Con el marco descrito, podemos concluir que la tendencia doctrinal, y como veremos a continuación, también en buena medida, jurisprudencial, entendería que las competencias estatales en materia de inmigración y condición jurídica de los ciudadanos de Estados no pertenecientes a la UE deben circunscribirse, de manera conjunta, “al complejo de situaciones jurídicas que tienen el extranjero como destinatario o beneficio y que individúa su posición dentro del ordenamiento italiano”. O, como señalan Ruggeri y Salazar,

D’Auria, “L’immigrazione e l’emigrazione”, Sabino Cassese, *Trattato di Diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1080-1081.

²⁷ Sara Castellazzi, “La materia «immigrazione» e l’assetto delle competenze legislative tra Stato e Regioni”, Vittorio Gasparini, *Il Diritto dell’immigrazione. Profili di Diritto italiano, comunitario e internazionale*, Modena, Mucchi editore, 2010, p. 188 (p.173-199).

²⁸ Desde esta perspectiva, gran parte de las previsiones contenidas en los capítulos tercero y cuarto del Título V del TU pueden ser entendidas como disposiciones que establecen niveles esenciales de prestaciones en servicios sociales a favor de personas inmigradas: en materia de educación (art. 38), acceso a la vivienda (40), prestaciones sanitarias (arts. 34 y 35) y medidas de integración (42).

²⁹ Se trata de una opinión compartida por una pluralidad de autores, como por ejemplo Cecilia Corsi, “Immigrazione e ruolo degli enti territoriali”..., p. 43; Sara Castellazzi, “La materia «immigrazione»...”, p. 192; Federica Biondi Dal Monte, “Regioni, immigrazione e diritti fondamentali”, *Le Regioni*, 2010; Davide Strazzari, “L’immigrazione tra Stato e Regione”, *Le Regioni* 4-5/2006. Una cuestión análoga que aparece con la Ley sobre el sistema integrado de servicios sociales (Ley nacional 328/2000), la eficacia de la cual se mantiene después de la reforma constitucional sobre la base de la competencia estatal de acuerdo con el art. 117.2 m). Así lo hace notar Renato Finocchi Gherzi, “La legge quadro sui servizi social e la riforma del Titolo V”, *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, p. 70 y ss.

se trataría de determinar la posición del extranjero extracomunitario “en su irrepetible conformación (...), su esencia”³⁰.

Desde esta perspectiva, el peso debe recaer, más bien, en la definición del conjunto de competencias implicadas en la materia de inmigración y en la configuración de las formas de coordinación de las que habla el art. 118.3 constitucional, y que ya hemos visto que son asumidas como herramienta necesaria por el TU. Castelazzi insiste en la centralidad de la coordinación, ya que nos encontramos ante un cuadro competencial legislativo y administrativo extremadamente complejo. Concretamente habla de la existencia de una enorme fragmentación, de una “*criticidad* fisiológica del sistema”, ante la cual solamente se puede dar respuesta desde la coordinación, la programación y el constante diálogo³¹.

2.3. Conflictividad competencial y derechos constitucionales de las personas inmigradas (I)

La intensa actividad legislativa regional vinculada a políticas de inmigración a lo largo de las últimas décadas ha generado un rico bagaje de conflictividad competencial, a partir del cual la Corte Constitucional ha construido una línea interpretativa que, en términos generales, coincide con la lectura doctrinal que acabamos de abordar. Esta conflictividad ha sido especialmente intensa en lo relativo a la configuración del contenido de los derechos de las personas inmigradas, en ciertos casos, ampliándolo, y otras restringiendo las posibilidades de ejercicio.

Como ya se ha mencionado, antes de la reforma del Título V no existía ninguna previsión competencial en materia de inmigración, lo que no impidió que, ante el silencio de la legislación estatal, las regiones desarrollaran una importante labor en relación con las políticas públicas a favor de los extranjeros establecidos en sus territorios. Nos encontramos pues, ante un conjunto de regulaciones regionales que compartían el objetivo de promover la integración mediante medidas de tipo social y económico³². Como señala Vincenti, el punto en común entre estas normas era el de la “paridad de trato” entre extranjeros residentes y nacionales en materia de derechos sociales. No obstante, añade el autor, normalmente las previsiones legales no fueron objeto de aplicación, actuando más bien como “leyes-manifiesto”. Seguramente este carácter tuvo

³⁰ Antonio Ruggeri, Carmela Salazar, “Ombre e nebbia nel reparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del Titolo V”, *Quad. Reg.*, 2004, p. 42.

³¹ Sara Castellazzi, “Le competenze amministrativa di Stato, Regioni ed enti locali”, Vittorio Gasparini, *Il Diritto dell’immigrazione...*, p. 211 (p. 201-251).

³² Ley regional (en adelante, L.r.) de Abruzzo, de 13 de febrero de 1990; L.r. de Calabria, 9 de abril de 1990; L.r. de Emilia Romana, 21 de febrero de 1990; L.r. De Lazio, 24 de noviembre de 1986; L.r. de Liguria, 9 de febrero de 1992; L.r. de Lombardía, 4 de julio de 1988; L.r. de Piemonte, 8 de noviembre de 1989; L.r. de Puglia, 11 de mayo de 1990; L.r. de Toscana, 22 de marzo de 1990.

un peso importante en el hecho de que la extensa actividad legislativa regional no generara conflictividad de relieve ante la CC³³.

La región de Emilia Romagna fue la primera en legislar en materia de inmigración tras la reforma constitucional de 2001, con la ley “para la integración social de los ciudadanos extranjeros inmigrados” (L.r. 5/2004). A diferencia de las anteriores, esta ley sí provocó la reacción del gobierno central. Contiene un conjunto de previsiones sobre integración socio-económica de personas inmigradas. Asimismo, incluye acciones públicas de promoción de acceso a la vivienda, al mercado laboral, programas de protección y asistencia social, formación profesional y diálogo intercultural; además de crear el Foro regional para la integración social y un Observatorio de inmigración. El Gobierno central impugnó la normativa globalmente y también parte de su articulado. Entre los preceptos impugnados, cabe mencionar el que prevé un mecanismo regional de observación y supervisión, de conformidad con la prefectura, de los centros de permanencia temporal y los centros de identificación para solicitantes de asilo; el que establece la participación de representantes de inmigrantes en el Foro regional, entendiendo que es propio de la competencia estatal la participación político-administrativa de los extranjeros; el que reconoce el derecho de los extranjeros a acceder a alojamientos sociales municipales, con el fundamento de que el TU regula este acceso exigiendo en todo caso que se trate de residentes con una autorización de dos o más años de vigencia.

En su sentencia (300/2005), la CC considera legítimas las previsiones de la Ley regional, a partir de una interpretación de la nueva regulación constitucional (art. 117 a y b) donde las competencias estatales se entienden a partir de lo que ya prevé el TU desde 1998, es decir, que en materia de inmigración es necesario un reparto de ámbitos de intervención, ámbitos que la ley respeta. La única previsión que podría generar alguna duda, la referida a las labores de supervisión en centros de detención, se considera correcta porque se vincula a la coordinación con el representante gubernamental de la región. De este modo, como indica Vincenti, la CC se apoya en la necesidad de las diferentes maneras de coordinación para dar forma a una solución “en la que las competencias regionales no cediesen sin límites a la pretensión de regulación exhaustiva estatal”³⁴. Otras sentencias posteriores ratifican este planteamiento³⁵.

³³ Así lo entiende Vincenti, apoyándose en la opinión de Andrea Patroni Griffi, “Il diritto dello straniero...”, p. 506-507; Enzo Vincenti, “Immigrazione...”, p. 632.

³⁴ Cita el autor la sentencia 30/2006 en el que, en *obiter dictum*, la CC señala “la complejidad y delicades que la problemática que el fenómeno de la inmigración está en posición de suscitar (...) lo cual exige formas de colaboración y coordinación”. Enzo Vincenti, “Immigrazione”..., p. 650 y 651.

³⁵ Por ejemplo, la sentencia 156/2006, en la que considera legítimas todas las previsiones en materia de integración social y solo declara inconstitucional la previsión según la cual en el Consejo regional de inmigración se determina la presencia de las prefecturas

Una resolución en la misma línea, pero que aporta otros aspectos para la configuración de los respectivos ámbitos de intervención, es la 432/2005, que declara inconstitucional la previsión de la L.r. de Lombardía (de 2 de enero de 2002) según la cual los extranjeros residentes, a diferencia de los nacionales, quedaban excluidos de la gratuidad del transporte público en casos de invalidez. De nuevo, la CC opta por apoyarse en el TU, que establece en materia de prestaciones de asistencia social la igualdad de trato respecto de quienes tengan una autorización de residencia de duración inferior al año, y añade que este criterio de paridad se puede considerar como “paradigma sobre el que equilibrar el escrutinio de razonabilidad”. La inconstitucionalidad, por lo tanto, no se basa en la invasión competencial regional en una materia regulada por el Estado, sino en la vulneración del test o escrutinio de razonabilidad, ofrecido, eso sí, por el TU.

Resulta interesante la lectura que hace Salazar de la sentencia que comentamos. En su opinión, la resolución parte de la idea de que si bien el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros se activa cuando se trata de derechos inviolables universales e intangibles, cuando sean casos en los que no se están directamente en liza estos derechos, el legislador no podrá, en ningún caso, prescindir del criterio de la razonabilidad; el legislador, pues, podrá introducir diferencias siempre que exista una causa justificable constitucionalmente, es decir, que no se trate de una normativa irracional o simplemente arbitraria³⁶. Tal como afirma la propia CC, el tratamiento diferenciado debería poder basarse en una “específica, transparente y racional causa justificadora (...), idónea para explicar, en el plano constitucional, las razones de la excepción”³⁷.

En definitiva, vemos como tras la reforma constitucional del 2001, la CC habilita la continuidad de la concepción del fenómeno migratorio como una materia o ámbito necesitado de intervenciones múltiples y relacionadas, donde las regiones juegan un papel determinante. Así lo ratifica el hecho de que las reformas estatutarias acaecidas en el nuevo marco competencial y organizativo regional³⁸, incorporen de manera general previsiones referentes a la inmigración³⁹. Estas, como indica Salazar, pueden ser entendidas como normas esta-

³⁶ Carmela Salazar, “Legii regionali sui...”, p. 407.

³⁷ Merece la pena ver Barbara Pezzini, “Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino”, Anuario 2009 dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Napoli, Jovene editore, 2010.

³⁸ Con anterioridad a la reforma constitucional operada en el año 2001, se aprobó la Ley constitucional 1/1999, de 22 de noviembre, sobre disposiciones relativas a la elección directa del presidente de la Junta regional y la autonomía estatutaria de las regiones, que reformó el art. 123 constitucional para trasladar a cada parlamento regional la potestad de aprobar de manera autónoma, sin intervención estatal, sus propios estatutos.

³⁹ Disposiciones dedicadas a la política de plena integración (art. 2.2 del Estatuto de Lombardía; art. 2.3 del Estatuto Liguria); la referencia al acogimiento solidario de acuerdo con el principio de pluralismo de culturas, respeto recíproco e integración social (art. 4.1 del Estatuto de Toscana); a la acogida y tutela de las diferencias y los derechos fundamentales, con especial referencia a los derechos de las personas más vulnerables, como son las

tutarias de principios y, en cualquier caso, podríamos añadir, no van más allá de lo que ya establecían las leyes regionales en la materia pero, sin duda alguna, son significativas debido a que expresan una realidad ya sólidamente consolidada⁴⁰.

Por lo tanto, la intervención de la CC ratifica lo que anteriormente ya hemos apuntado en sede doctrinal: la competencia estatal incide en la regulación de los flujos migratorios y en las condiciones de permanencia (y eventual salida), y la regulación regional se destina a promover la integración socioeconómica, determinando el contenido específico de los derechos de las personas inmigradas⁴¹, en especial los derechos sociales, partiendo, eso sí, del contenido mínimo establecido por la ley estatal, específicamente el TU.

2.4. Conflictividad competencial y derechos constitucionales de las personas inmigradas (II)

Se puede trazar una línea divisoria entre los conflictos competenciales ocurridos antes y después del denominado “Pacto de Seguridad”, impulsado por el Gobierno estatal durante la presidencia de Silvio Berlusconi. Se trata de una tendencia restrictiva en materia de derechos de las personas inmigradas, que empieza a partir de la reforma del TU por la Ley 189/2002, conocida como la ley “Bossi-Fini”, que tiene como punto álgido la introducción de un amplio abanico de medidas de “seguridad”, dirigidas a combatir la denominada “inmigración clandestina” incluyendo, entre otras, la tipificación como delito de las situaciones de inmigración irregular (Ley nacional 94/2009)⁴².

inmigradas (art. 3.1 del Estatuto de la Liguria); o el art. 7.1 del Estatuto del Lazio, que establece que la región se inspira en el principio de solidaridad y persigue el objetivo de la tutela de los sectores más débiles de la población con el objetivo de superar los desequilibrios sociales y favorecer la integración de los extranjeros en situación regular. Disposiciones parecidas se encuentran en los estatutos de Piemonte (art. 11), o en el recientemente reformado de Calabria (art. 2.2 h), que hace referencia al objetivo de promover el efectivo reconocimiento de los derechos sociales y económicos de las personas inmigradas, refugiadas y apátridas, con el objetivo de garantizar su plena inserción en la comunidad regional. Este conjunto de previsiones son nombradas por Carmela Salazar, “Leggi regionali sui...”, p. 398.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 410.

⁴¹ En el sentido de la ya reiterada separación entre *immigration policy* e *immigrant policy*, se pronuncia la CC, además de en las sentencias ya comentadas, en otras, tales como la 201/2005, 300/2005, 156/2006, 50/2008, 269 y 299/2010 y 61/2011, según cita Francesca Biondi Dal Monte, “Regioni, immigrazione e diritti fondamentali”, p. 11.

⁴² Como recuerda Vrenna, debe añadirse, sin embargo, que existen otras medidas menos conocidas con importantes impactos restrictivos en los derechos sociales de los extranjeros. Por ejemplo, la ley estatal 133/2008, que incluye recursos financieros por medidas sociales como el llamado “Pla Casa” para facilitar el acceso a la primera vivienda, limitando los destinatarios extranjeros a los casos que acrediten como mínimo 10 años de residencia al territorio nacional y cinco en la misma región. Considera el autor que se trata de una vulneración constitucional por vía financiera: sin intervenir formalmente en la competencia regional, pero vulnerándola igualmente a través de la sustracción de los correspondientes recursos económicos. Massimiliano Vrenna, “Italia. Il ruolo delle regioni...”, p. 49.

En este contexto, la conflictividad competencial se traslada fundamentalmente a las normas regionales que amplían el contenido de los derechos de los extranjeros en situación irregular⁴³. Leyes regionales como las de Toscana (L.r. 29/2009), Puglia (L.r. 32/2009) o Campania (L.r. 6/2010). La respuesta de la CC (en las sentencias 269/2010, 299/2010 y 61/2011) sirve para dar forma al régimen constitucional de los derechos de los extranjeros en situación irregular incluida su dimensión competencial. En todos los casos, el argumento del Gobierno estatal se centraba tanto en el art. 117.2 a) y b) como en el propio TU, que establece que a las personas en situación irregular se les debe aplicar la devolución, expulsión o detención. Concretamente, para el caso de la Ley de Puglia, el gobierno defiende que debería prohibirse que la región adopte “toda intervención que reconozca o amplíe los derechos a favor de los inmigrantes irregulares o en proceso de regularización, a través de regímenes no contemplados en la norma estatal” que puedan, por lo tanto, generar la inoperatividad de la regla general de ilegitimidad de la situación.

En el caso de la ley toscana, la previsión impugnada contempla la inscripción en el servicio sanitario regional de los extranjeros con autorización en tanto que solicitantes de asilo, estatus de refugiado y protección subsidiaria o humanitaria, también en fase de recurso jurisdiccional contra la denegación del correspondiente estatus (art. 6.55 d), el que amplía la titularidad más allá de la previsión del art. 34.1 TU.

En lo relativo a la ley de Puglia, la CC considera que la regulación en materia de acceso a las curas esenciales y de seguimiento, incluida la asistencia farmacéutica (art. 10.5), es competencia regional, de manera que la ampliación de contenido o destinatarios no puede ser cuestionada por el Estado.

En la sentencia 61/2011, que analiza la L.r. de Campania, la CC profundiza, como indica Biondi Dal Monte, en los argumentos que legitiman la intervención regional en la protección de los derechos fundamentales de los inmigrantes en situación irregular, señalando que, precisamente, dentro del marco competencial regional está el objetivo de remover los obstáculos que dificulten el reconocimiento de los derechos e intereses reconocidos a los extranjeros, como, además, recoge el propio TU (art. 3.5)⁴⁴.

Merece la pena recordar la previsión que da lugar al conflicto: se trata del precepto según el cual toda persona necesitada de alojamiento podrá ser

⁴³ Hay que decir que con anterioridad ya las leyes regionales ampliaban el contenido de los derechos previsto por la ley estatal a los extranjeros en situación irregular, pero esta ampliación no había suscitado respuesta por parte del gobierno estatal. Vrenna cita las leyes regionales de Emilia-Romagna 2/2003, Puglia 17/2003, Calabria 23/2003, Campania 11/2007, recordando que en realidad son normativas que desarrollan los mandatos contenidos en la ley estatal 328/2000, *Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*, donde se asigna en las regiones un papel clave en la programación, coordinación, dirección y evaluación de las actuaciones del sistema integrado de servicios sociales en su territorio. Massimiliano Vrenna, “Italia. Il ruolo delle regioni...”, p. 53.

⁴⁴ Francesca Biondi Dal Monte, “Regioni, immigrazione e diritti fondamentali”, p.11.

acogida en los centros regionales, a diferencia de lo previsto por el TU que lo exige solamente cuando la persona inmigrada se encuentre en situación regular. Rechaza la CC la pretensión gubernamental basándose en el carácter residual (exclusivo) de la competencia regional en materia de asistencia social, “expresión de la más amplia autonomía legislativa constitucionalmente reconocida”, con lo que excluye que las previsiones del TU puedan entenderse como principios fundamentales, a diferencia de lo que sucedería en el caso de competencias concurrentes. Por otro lado, siguiendo el análisis que hace Biondi Dal Monte, la CC refuerza la argumentación remarcando que la previsión regional, además, implica la protección de una necesidad urgente y básica, relativa a un derecho inviolable de la persona, y que cabe aceptar una propensión “expansiva” de la exigencia de garantizar el respeto por los derechos fundamentales. Por lo tanto, ante posibles dudas, la CC traza con claridad que el carácter de principios fundamentales de las previsiones del TU (de acuerdo con su art. 1.4) queda, después de la reforma del 2001, limitado a las competencias concurrentes, de manera que la restricción de la intervención en materia de integración y asistencia social únicamente en relación con los extranjeros en situación regular no puede ser un principio fundamental que coarte la discrecionalidad regional⁴⁵. Nuevamente: las previsiones estatales sirven como contenido mínimo, ampliable por la legislación regional, máxime cuando nos situamos en el ámbito de sus competencias residuales.

Otro caso interesante es el que resuelve la sentencia 187/2010, que declara la inconstitucionalidad del art. 80.19 de la Ley nacional 388/2000, concretamente la previsión que establece que la pensión de invalidez para extranjeros queda restringida a aquellos que estén en posesión de una autorización de residencia de carácter indefinido (*carta di soggiorno*). Considera la CC que se trata de una exclusión “manifiestamente irrazonable y en contradicción con las obligaciones internacionales”. Añade que “es posible subordinar, no irrazonablemente, la concesión de determinadas prestaciones no inherentes a remediar situaciones de urgencia, a la circunstancia de que el título de residencia demuestre el carácter no episódico o de breve duración”⁴⁶. Como apunta Salazar, lo que debe remarcarse es que esta sentencia basa la inconstitucionalidad de la previsión directamente en su carácter irrazonable, es decir, en la vulneración del principio de igualdad y, de hecho, menciona explícitamente la vulneración del art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁷.

Es necesario subrayar la forma en que la CC aborda los distintos casos apuntados: más allá de la dimensión competencial, pero en directísima relación, opta por “determinar los límites de la misma concepción de extranjería, al

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Se trata de un criterio ya presentado literalmente en la sentencia 306/2008, y después ratificado por la sentencia 61/2011, ya nombrada.

⁴⁷ Carmela Salazar, “Leggi regionali sui...”, p. 407.

señalar que la garantía de los derechos fundamentales se reconoce como cuestión central y previa, como tutela de la dignidad humana, núcleo esencial de la igualdad y de la no discriminación⁴⁸.

Esta línea es ratificada por la CC en el tratamiento del derecho a la salud en relación con las personas extranjeras. En las sentencias 105/2001, 252/2001 y 148/2008 establece que son titulares de todos los derechos que la Constitución reconoce a la persona y, en particular, del derecho a la asistencia sanitaria, del que, afirma, existe un núcleo irreducible como ámbito inviolable de la dignidad humana, que debe ser reconocido con independencia de la situación administrativa. La determinación del nombrado núcleo irreducible debería situarse en las prestaciones sanitarias urgentes y esenciales, sin las que podría derivarse un grave detrimento para la salud⁴⁹.

3. Conclusiones

A lo largo de las páginas anteriores se ha tratado de subrayar de qué manera la distribución competencial en materia de inmigración, tanto en el caso español como en el italiano, se encuentra determinada por el modo de entender la naturaleza del fenómeno migratorio y el marco de convivencia que se quiera construir, que jurídicamente parte del régimen de titularidad y ejercicio de los derechos constitucionales.

El caso italiano es un caso paradigmático en este sentido, pues sin necesidad de previsión constitucional que asignara competencias, las regiones asumieron un criterio de tendencial equiparación de derechos, avanzando en los mecanismos de su integración socioeconómica. Este planteamiento, que en la práctica situó la competencia estatal en el ámbito estricto de la regulación de los flujos migratorios, ha sido respetado después de la reforma constitucional de 2001, acompañado de una concepción de los derechos que ha permitido entender la regulación establecida por el TU como mínimos ampliables por la legislación regional, en el marco, además, de unos contenidos “irreducibles” en todo caso. Más allá de este contenido, la CC ha insistido en la necesidad de someter al escrutinio de la razonabilidad cualquier diferenciación en el régimen de ejercicio, incluido el que afecte en los extranjeros en situación irregular.

Por lo tanto, vemos cómo hasta en realidades como la italiana, en principio con un menor alcance descentralizador, se ha podido avanzar, a partir de la legislación regional y de la interpretación realizada por la jurisprudencia

⁴⁸ Francesca Biondi Dal Monte, “Regioni, immigrazione e diritti fondamentali”, p. 14.

⁴⁹ Así lo recogen Biondi Dal Monte (Ibídem) y Salazar, quien cita, además de las resoluciones mencionadas, las sentencias 267/1998, 309/1999 y 509/2000, y la circular ministerial 5/2000, que define como “urgente” aquello indiferible sin peligro para la vida o daño por la salud de la persona, y “esencial” aquello que si bien no resulta peligroso de manera inmediata, con el tiempo podría suponer un mayor daño para la salud y riesgo para la vida (complicaciones, cronicación o empeoramiento). Carmela Salazar, “Leggi regionali sui...”, p. 418. Merece la pena en este punto ver Michelangelo Salvagni, “La tutela del diritto alla salute del cittadino straniero entrato irregolarmente nel territorio nazionale”, *Riv. Giur. Lav.*, 1/2002, p. 371 y ss.

constitucional, en formas de reparto de ámbitos de intervención que permiten respuestas más ricas en el tratamiento jurídico de la inmigración⁵⁰.

Debe destacarse pues, la huella que ha dejado la tarea asumida por las regiones, determinante, según Zincone, para “ablandar la tendencia derivada de la óptica neofuncionalista basada en el perfil económico (la inmigración como factor de producción) y de seguridad (limitación de los derechos individuales bajo las exigencias del orden público), a la que se suma una óptica «neoasimilacionista»⁵¹.

En el caso español, el hecho de que la descentralización territorial asegure en principio mayores márgenes de autonomía, no ha permitido hasta la actualidad un escenario donde las Comunidades Autónomas hayan podido asumir responsabilidades más amplias en la gestión de la inmigración. Cuando menos esta sería la línea recogida con la sentencia 31/2010 del TC sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Y en buena medida, este freno se relaciona con las restricciones que el propio TC ha trazado hasta ahora en el reconocimiento de los derechos de las personas extranjeras, es decir, en la concepción misma del fenómeno migratorio y del marco de convivencia, alejado del principio de equiparación de derechos, y vinculado a una concepción del principio de dignidad que entiende de manera jerárquica los derechos y permite diferenciaciones y exclusiones no filtradas por el criterio jurisprudencial de la razonabilidad.

Debe recordarse que, como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha insistido, de varias maneras, en la potestad del legislador de establecer diferencias entre nacionales y extranjeros respecto del ejercicio de los derechos no estrictamente vinculados, o que lo están de manera más alejada, al principio de dignidad del artículo 10.1 de la CE (STC 107/1984, fundamento jurídico tercero, como punto de partida). Entre los derechos desiguales estarían, no sólo los de libre circulación y de trabajo, diferenciación que constituye el eje de la extranjería misma, sino, para citar sólo los que son objeto de las máximas garantías constitucionales (artículo 53.2 de la CE), derechos como el de asociación, incluida la sindical; reunión y manifestación, huelga o educación. Debería cuestionarse una interpretación que, sin apoyo constitucional visible, jerarquiza los derechos en función de una, cuando menos discutible, mayor o menor proximidad con la dignidad de la persona. La razón es que el debate, no solamente político sino también jurídico, se tendría que trasladar definitivamente del ámbito marcado por el principio constitucional de

⁵⁰ Uno de los ejemplos nombrados, el referente a la existencia de un mecanismo regional de observación y supervisión de los centros de permanencia temporal y los centros de identificación para solicitantes de asilo (Sentencia 300/2005 de la CC), nos ofrece un inmejorable ejemplo de la posibilidad de avanzar hacia formas coordinadas de supervisión donde, en el caso de Cataluña, perfectamente podría participar el Síndic de Greuges sin que quedara comprometida la competencia estatal en materia de extranjería.

⁵¹ Giovanna Zincone, “Il passaggio al primo piano” a Orsetta Giolo, Michele Pifferi, *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Giappichelli, Torino, 2009, según cita Carmela Salazar, “Leggi regionali sui...”, p. 420.

dignidad al principio de igualdad. Es desde estos parámetros desde donde se tendría que reflexionar sobre el alcance y la lógica de la normativa de extranjería que se ha ido creando en los últimos casi treinta años⁵².

Para acabar, es importante insistir de nuevo en la relación que existe entre el contenido de los derechos de las personas extranjeras, es decir, el concreto desarrollo de las condiciones de ejercicio, y la comprensión misma de la materia competencial que la inmigración implica. Así, una comprensión de la inmigración como un elemento estructural de nuestras sociedades y, por lo tanto, como una realidad radicalmente política, en el sentido, apuntado por de Lucas⁵³, nos tendría que llevar a comprender su dimensión jurídica desde la gramática de los derechos, y no desde la lógica economicista o meramente instrumental.

A partir de aquí, habría que rechazar toda lectura rígida y sectorial, del ámbito competencial referido a la inmigración, visiones encaminadas a permitir que el Estado, como titular exclusivo de la competencia, excluya la intervención de los entes autonómicos o la margine a aspectos adjetivos, estrictamente vinculados a sus propios títulos competenciales. Si se quiere, se trataría de entenderlo desde una extensión del principio *in dubio pro libertate*: tratándose la inmigración de un asunto de derechos, el reparto competencial se tiene que interpretar siempre de la manera más favorable a las necesidades reguladoras de los derechos que en cada caso puedan quedar afectados.

En realidad ha sido el mismo Tribunal Constitucional quien ha establecido el parámetro del análisis que proponemos cuando, en su conocida STC 236/2007 llega a reconocer (indirectamente)⁵⁴, que no se puede hacer de los derechos un mero instrumento de la política migratoria. Pues bien, siguiendo este camino, no resultaría admisible convertir el reparto competencial en un subterfugio para debilitar el profundo arraigo en el conjunto de derechos constitucionales que debe tener la comprensión del fenómeno migratorio.

⁵² Un desarrollo de esta línea le he podido realizar a Marco Aparicio Wilhelmi, “Diversitat cultural, convivència i drets. Una anàlisi en el marc de la Constitució espanyola”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 40, 2010. p. 115-143.

⁵³ Habla Javier de Lucas de “el error de partida que subyace a nuestra deficiente respuesta ante los nuevos flujos migratorios. Insistiré sobre todo en que, contra lo que pudiera parecer, la razón fundamental de esa ausencia de respuesta adecuada es la incompreensión del carácter político, en el sentido radical del término, de la inmigración”. Javier de Lucas, “[La inmigración como res política](#)” (p. 15).

⁵⁴ Concretamente en el ya nombrado contenido del fundamento jurídico 8 de la STC 236/2007, cuando, recordemos, el Tribunal desvincula la posibilidad de restringir el derecho a la educación al argumento esgrimido por el Abogado del Estado en virtud del que “la supresión de la residencia para el derecho a la educación no obligatoria entrañaría... una discriminación en perjuicio de los extranjeros regulares”.