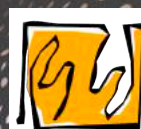




Derechos y libertades de las personas extranjeras en España



Andalucía **Acoge**

Proyecto Themis

Financiado por la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía. La entidad financiadora no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores/as.

AUTORES/AS (POR ORDEN ALFABÉTICO):

Blázquez Gallego, Loreto
Carbonell Sendra, Marina
García López, Patricia
Guarayo García, Karen
Jiménez Ruiz, Juan Luis
Pérez de Madrid, Elvira
Pérez Rosa, Elena
Rodríguez Candela, José Luis
Rondón García, Pilar
De Rossi, Liliana
Silva Cuesta, Ana

José Luis Rodríguez Candela, Elena Pérez Rosa y Ángela Méndez Izquierdo (Coordinadores)

CON LA COLABORACIÓN DE:

Robles Lozano, Sara

EDITA:

Federación Andalucía Acoge - www.acoge.org - acoge@acoge.org

DISEÑO Y MAQUETACIÓN:

LA HUERTA Agencia - www.lahuertaagencia.com

Fotografía Capítulo 9: CC University of Essex



"Derechos y libertades de las personas extranjeras en España", por José Luis Rodríguez Candela, Elena Pérez Rosa y Ángela Méndez Izquierdo (Coords.) y [AA.VV](#) (Andalucía Acoge). Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](#).

Índice

Capítulo 0. Introducción

pág. **5**

Capítulo 1. Los derechos y libertades fundamentales

pág. **7**

Capítulo 2. Los derechos políticos: derecho de reunión y manifestación, derecho de asociación, derecho a la huelga y libertad de sindicación y derecho de sufragio

pág. **13**

Capítulo 3. El derecho a la tutela judicial efectiva

pág. **27**

Capítulo 4. Derecho a la asistencia jurídica gratuita

pág. **41**

Capítulo 5. El derecho a la educación

pág. **51**

Capítulo 6. Derecho a la protección de la salud

pág. **65**

Capítulo 7. El derecho a las prestaciones y servicios de la seguridad social

pág. **79**

Capítulo 8. Derecho a la vivienda

pág. **94**

Capítulo 9. Conclusiones

pág. **101**

“La injusticia, en cualquier parte, es una amenaza a la justicia en todas partes”
Martin Luther King

Han pasado ya más de 30 años desde que se aprobó la primera Ley de Extranjería en España, en 1985, y más de 25 desde que la inmigración comenzó a adquirir presencia pública y a percibirse como una nueva realidad social. En este período España ha pasado de ser una sociedad cultural y étnicamente homogénea a contar en la actualidad con un 10,1% de personas extranjeras provenientes de decenas de países, religiones, idiomas y características físicas diferentes (INE,24/01/2018).

El equipo jurídico de Andalucía Acoge se crea en 1992 y está presente en Andalucía, Melilla y recientemente en Ceuta. Con un carácter reivindicativo, profundiza en el estudio de la legislación de Extranjería y en la defensa de los derechos de las personas extranjeras que viven en España. Además, la labor diaria de atención directa desarrollada por el equipo jurídico se realiza desde todas las asociaciones que componen nuestra Federación, siendo referentes en materia de Extranjería y profesionales especializados, ofreciendo una asistencia de calidad a personas extranjeras, además de estar presentes en diferentes foros aportando nuestra visión y nuestra experiencia. El equipo jurídico también realiza una importante labor de denuncia ante las diferentes administraciones públicas para conseguir que se respeten y reconozcan los derechos de las personas extranjeras.

En esa misma línea, el lema de nuestra Federación **“Protesta, propuesta, apuesta”** refleja una firme determinación a la hora de denunciar situaciones de injusticia, así como una clara voluntad de presentar alternativas a las actuales políticas migratorias.

En ese marco, una de las máximas de Andalucía Acoge durante su trayectoria ha sido la de actuar frente a todas aquellas cuestiones relacionadas con la vulneración de Derechos de las personas migrantes, como la campaña contra la reforma de la Ley de Extranjería por considerar que recortaba, sin ningún tipo de justificación, derechos elementales de los ciudadanos y ciudadanas extranjeras en España con aportaciones al nuevo Reglamento e informes de inconstitucionalidad.

Hace 7 años, y con motivo del vigésimo aniversario de Andalucía Acoge, el equipo jurídico realizó el estudio “20 años de lucha por los derechos de las personas migrantes”. En este documento, tras el análisis realizado por los/as juristas de Andalucía Acoge, se recogían las principales actuaciones y propuestas realizadas por la defensa de los derechos de las personas migrantes en respuesta a la publicación de diferentes leyes, reglamentos u otras normas.

Sin embargo, pese a los 27 años de luchas y reivindicaciones, seguimos comprobando en la actualidad cómo se vulneran los derechos de las personas migrantes y cómo la Frontera Sur sigue siendo inalcanzable para miles de personas que han encontrado la muerte o han desaparecido. El trabajo que aquí se presenta, elaborado por el equipo jurídico de Andalucía Acoge, hace un recorrido por la legislación vigente sobre los derechos y libertades de las personas extranjeras en España y concretamente en la comunidad autónoma de Andalucía, poniendo el foco en aquellas situaciones en las que se siguen vulnerando los derechos fundamentales de las personas migrantes y ofreciendo otros enfoques y alternativas jurídicas a dichas realidades; en línea con nuestra filosofía de trabajo de la protesta, las propuestas y las apuestas.

Andalucía Acoge tiene el firme propósito de seguir trabajando para garantizar los derechos de las personas migrantes inherentes a su condición de seres humanos.

Elena Tajuelo
Presidenta de Andalucía Acoge



0

Introducción

INTRODUCCIÓN.

Andalucía Acoge lleva desde el año 1991 luchando por los Derechos de las personas extranjeras, así como apostando firmemente por una convivencia entre iguales cuya clave de enriquecimiento sea la diversidad.

Nuestra misión es fomentar un nuevo modelo de ciudadanía inclusiva y responsable, basada en la interculturalidad y la justicia social, a través del trabajo con toda la población, la incidencia social y política, la participación social, el estudio e investigación y el trabajo en red. Fruto de ello ha nacido este proyecto que pretende, mediante el análisis de los derechos y libertades recogidas por nuestro ordenamiento jurídico, dotar a los y las profesionales que trabajan diariamente con y para el colectivo de personas extranjeras de una herramienta útil.

Durante el desarrollo de los próximos capítulos se abordará en un primer momento los derechos y libertades fundamentales desde una perspectiva general. Posteriormente, cada capítulo concretará el reconocimiento de cada uno de esos derechos para las personas extranjeras en el ordenamiento jurídico español. El análisis se realizará partiendo de lo recogido por los instrumentos internacionales y la Constitución Española, pasando por la legislación de extranjería, la doctrina jurisprudencial, la normativa específica que resulte de aplicación y lo establecido por las comunidades autónomas, y concluyendo cuando sea necesario por la normativa local. Cada uno de los capítulos recogerá en ese orden los siguientes derechos: derechos políticos, derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a la asistencia jurídica gratuita, derecho a la educación y los tres derechos sociales por excelencia derecho a la protección de la salud, servicios sociales y vivienda.

Todo ello nos va a permitir dibujar un mapa de la situación actual a la que se enfrentan las personas extranjeras que se encuentran en territorio español, ahora más que nunca es necesario velar por el cumplimiento de estos derechos. Pues en los últimos tiempos estamos presenciando un incremento en el acoso a la población inmigrante en toda Europa. Prueba de ello son las redadas masivas o los lamentables hechos que venimos presenciando en los últimos meses en la Frontera Sur.

Sirva este trabajo para generar espacios de participación y construcción de una sociedad inclusiva, plural e intercultural donde ninguna realidad caiga en la invisibilidad.



1

Los derechos y libertades fundamentales

CAPÍTULO I. LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES.

En el desarrollo de este primer capítulo queremos realizar un análisis del panorama de los derechos y libertades fundamentales que gozan las personas extranjeras que residen, cualquiera que sea su situación administrativa, en nuestro país. Partimos de lo recogido en nuestra Constitución Española (en adelante CE) y lo expuesto en relación a ella por la doctrina constitucional del Tribunal Constitucional (en adelante TC), permitiendo obtener una visión global de la situación actual a la que se enfrentan aquellas que viven en España.

Tras la Segunda Guerra Mundial, los derechos humanos se constituyen como el valor esencial de toda la comunidad internacional. Como consecuencia de dicho planteamiento se adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (en adelante, DUDH), que va a generar el marco de referencia al que deben ajustarse todas las leyes y actuaciones políticas en esta materia. España además de ratificar la DUDH, ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y, en el ámbito europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹. De los mecanismos de control de cumplimiento de estos convenios, el más importante es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha dotado de una enorme eficacia al Convenio Europeo de Derechos Humanos citado.

Dichos instrumentos internacionales recogen el principio de igualdad, el derecho a la vida, a no sufrir torturas, el derecho al asilo, la libertad de expresión y de conciencia, pero también el derecho a la educación, la vivienda y el acceso a la salud y la cultura entre otros. Promoviendo así que todas las personas puedan vivir en un entorno seguro, de libertad, justicia y de paz.

El análisis de los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en España en nuestro ordenamiento jurídico hay que realizarlo desde distintos planos. En primer lugar debemos partir de los recogidos en nuestra carta magna (arts. 13.1, 10.1 y 2 y el contenido literal de los artículos que concretamente atribuyen esos derechos y libertades), debemos acudir también a la Ley Orgánica sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España, y a los ya mencionados tratados internacionales (por remisión del mismo art. 13 de la CE), y por último, la jurisprudencia del TC.

Todo ello sirve para determinar, por una parte, el contenido constitucional de esos derechos y libertades y por otra, la titularidad y ejercicio de dichos derechos y libertades por parte de los extranjeros en España.

El art. 13.1 dice literalmente que “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.” Tal disposición no implica “que se haya querido eliminar de la CE la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la CE no dice

1] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (BOE de 30 de abril de 1977), el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (BOE de 30 de abril de 1977), el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (BOE de 1 de diciembre de 1990) y, en el ámbito europeo, el Convenio de Roma de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950.

que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyen los tratados y la ley”, sino de las libertades “que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados, dentro de su específica regulación, de la protección constitucional².

En relación a la regulación que realiza la legislación de extranjería respecto de estos derechos, debemos acudir a la Ley Orgánica sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España que fue regulada en un primer momento por la LO 7/1985, de 1 de julio, y que posteriormente fue sustituida por la LO 4/2000, de 11 de enero, (en adelante “ley de extranjería”), esta última con un enfoque más amplio como es el hecho de buscar la integración de los extranjeros.

Un año antes de dicha Ley Orgánica, el TC llevó a cabo una interpretación en la Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, del primer párrafo del art. 13 que aclaraba el contenido constitucional de esos derechos, alcance y límites. Por ello a continuación vamos a exponer el punto de partida que supuso la mencionada sentencia al respecto de los derechos y libertades fundamentales³.

El TC marcó los límites de las restricciones de los derechos y libertades de los extranjeros, afirmando que el art. 13.1, aunque autoriza al legislador a restringirlos, no le otorga una ilimitada libertad. Esta limitación proviene por un lado del art. 10.1 de la CE (“aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 constituye fundamento del orden político español”) y por otro del art. 10.2, ya que no puede afectar al contenido delimitado para el derecho “por la Constitución o los tratados internacionales suscritos por España”, pues una cosa es “autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales”.

Respecto a la titularidad y el ejercicio de los derechos de los extranjeros en España, el TC continuaba en la Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, exponiendo que:

“...existen derechos que corresponden igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la CE, según dispone el art. 13.2, y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo que dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”.

Partiendo de este planteamiento, el problema consistiría en hallar el criterio clasificador que permita incluir en una categoría u otra a los distintos derechos y libertades. Tal criterio podría buscarse en la propia CE ya que mientras en algunos usa términos como “toda persona” o “todos”, en otros expone “los españoles” o “los ciudadanos”, incluso en otros se utilizan fórmulas impersonales como “se reconoce el derecho a” o “se garantiza el derecho a”.

Es así como adquiere suma importancia dicha sentencia del TC que junto a la LO 7/1985

2] STC 107/1984, BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984.

3] STC 107/1984, BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984.

de 1 de julio, solucionaron en parte la problemática al encuadrar determinados derechos en una categoría u otra. Siguiendo el mismo esquema de la sentencia citada, pueden ahora clasificarse los derechos y libertades de los extranjeros: los que correspondan igual a españoles y extranjeros y su regulación haya de ser igual para ambos; los que no pertenecen en absoluto a los extranjeros, y aquellos otros que pertenecerán o no a los extranjeros según se disponga en los tratados y las leyes, pudiendo ser diferente la regulación de su ejercicio respecto de los españoles.

El contenido de la **primera categoría** de derechos ha sido abordado por la Sentencia del TC 115/1987 de 23 de noviembre, incluyendo de manera no exhaustiva los siguientes: los que se predicen de la persona en cuanto tal y no como ciudadanos o “de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana...”, derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles”. En esta categoría también se incluye la tutela judicial efectiva en su art. 24.1 que es uno de los derechos incluidos entre los que pertenecen a la persona en cuanto tal, y ello es así “no sólo por la dicción literal del citado artículo -todas las personas...-, sino porque a esa misma conclusión se llega, interpretando, según exige el art. 10.2 de la CE, en relación al art. 10 de la DUDH...”. Así, en la mencionada sentencia se afirma la igualdad de trato de extranjeros y españoles respecto del derecho a la tutela judicial efectiva que la CE predica de “todas las personas”, pero sólo la extiende en igualdad para unos y otros a las garantías judiciales vinculadas a los derechos fundamentales del art. 53.2 de la CE, derecho de amparo que se predica en su literalidad únicamente de los ciudadanos. También se ha incluido dentro de este grupo de derechos el de libertad individual contenida en el art. 17 de la CE, “el cual es un derecho inherente a la persona humana, de aquellos que, corresponden por igual a los españoles y a los extranjeros”⁴.

Los derechos enmarcados en la **segunda categoría**, según la citada STC 107/1984, de 23 de noviembre, son aquellos que “pertenecerán o no a los extranjeros según dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”. Estos derechos son los contemplados en la ley de extranjería.

En efecto, el desarrollo legal del art. 13.1 de la CE era indispensable y es a este imperativo al que respondía el Título I (derechos y libertades de los extranjeros) de la Ley Orgánica 7/1985, y que se mantiene en el mismo título de la LO 4/2000. En su art. 4.1 (art. 3.1 de la actual ley de extranjería) se formula una norma de carácter general según la cual “los extranjeros gozan en España de “derechos y libertades reconocidos en el Título I de la CE en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos” y en ella se modula el ejercicio de derechos y libertades fundamentales. Eso sí, se toma como punto de partida la situación administrativa regular o irregular de la persona extranjera en el territorio español, para el pleno ejercicio de los derechos y libertades. Y así se expone en el Preámbulo que “asegura la plenitud de los derechos y las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España”.

El ejercicio de algunos derechos y libertades fundamentales fueron regulados por la Ley, aun cuando éstos estuvieron recogidos bajo el término “todos” en la CE, como el derecho

4] STC 115/1987 de 23 de noviembre, BOE núm. 180, de 29 de julio de 1987

de fundar sindicatos que fue negado por el art. 10, o el de reunión o asociación cuyas restricciones previstas en la Ley fueron posteriormente declaradas inconstitucionales en la STC 115/1987, de 7 de julio, y siempre desde luego, diferenciando entre las situaciones administrativa regular o irregular de los extranjeros.

De la misma manera, el TC argumenta en torno a la aplicación del art. 22.1 también a los extranjeros en relación al derecho de asociación lo siguiente:

"El art. 13.1 de la Constitución (...) ha de respetar en todo caso las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato contenido en el artículo 22.4 de la CE. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales".

En la **tercera categoría** de derechos, es decir, aquellos que se atribuyen únicamente a los nacionales, habría que diferenciar entre dos subcategorías.

Por un lado está el art. 23 CE respecto a los derechos políticos, como el derecho al sufragio, y el de acceder a las funciones y cargos públicos, que el art. 13.2 atribuye literalmente "solamente" a los españoles, quedando así limitado a las personas extranjeras. Este es un derecho que ha sido posteriormente matizado, pues en determinados casos las personas extranjeras podrán votar en las elecciones municipales, en el capítulo tercero expondremos con más detalle dicha apreciación.

Por otra parte, aquellos que la CE atribuye a los españoles pero sin impedimentos en que el poder legislativo los haga extensible a las personas extranjeras. Son derechos no constitucionales en relación a las personas extranjeras, en los que el art. 13.1 no impone un núcleo mínimo (no caen bajo la sección 1ª, del título I, "libertades públicas") y que pueden ser regulados por la ley o los tratados de igual o desigual manera para españoles o extranjeros.

El TC, en la analizada STC 107/1984, de 23 de noviembre, ha declarado que cuando el art. 14 de la CE "proclama el principio de igualdad lo hace refiriéndose con exclusividad a los españoles" y continúa "el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos depende del derecho afectado". Así, a priori, el principio de igualdad se limita a los españoles, lo cual no obsta, interpretando la mencionada sentencia a sensu contrario, que los tratados o la ley puedan regular igualitariamente para los extranjeros y los españoles su ejercicio o que hagan diferencias entre ellos sin que la CE se vea afectada. Entre ellos se encuentran los derechos sociales: derecho a la salud, derecho a la protección social, derecho a la educación, etc. que, sin ser tampoco legítimos derechos subjetivos para los españoles, pueden extenderse a los extranjeros a través de tratados o de la ley regulando su ejercicio de manera igual o desigual para unos y otros. Partiendo de esta premisa se analizarán a lo largo de los capítulos siguientes.

Antes de finalizar este capítulo, hay que subrayar que el art. 13.1 de la CE ha sido desarrollado por la legislación de extranjería, pero que ésta, a pesar de su pretensión de universalidad, ya que se declara aplicable a todos los extranjeros, comprendiendo por tales en su art. 1 "a quienes carezcan de la nacionalidad española", no concluye toda la normativa del régimen jurídico de los extranjeros en nuestro ordenamiento jurídico,

pues esta Ley no se aplica a determinados extranjeros en virtud de su procedencia o en virtud de las actividades que realizan en España. Así, la normativa aplicable a asilados o refugiados o la normativa comunitaria aplicable a los ciudadanos de la Unión Europea.



2

「**Los derechos políticos:**
derecho de reunión y
manifestación, derecho de
asociación, derecho a la huelga
y libertad de sindicación y
derecho de sufragio

CAPÍTULO II. LOS DERECHOS POLÍTICOS: DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN, DERECHO DE ASOCIACIÓN, DERECHO A LA HUELGA Y LIBERTAD DE SINDICACIÓN Y DERECHO DE SUFRAGIO.

A lo largo de este capítulo abordaremos el tratamiento constitucional, legislativo y jurisprudencial que los derechos políticos han experimentado en nuestro país. Las diferentes reformas en materia de extranjería y la jurisprudencia del TC han ido moldeando el alcance de estos derechos en su ejercicio por las personas extranjeras dando lugar a la configuración de nuevos regímenes jurídicos, como veremos a continuación.

A. El derecho de reunión y manifestación.

La CE reconoce el derecho a la reunión y manifestación en el art. 21: "1.-Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa."

La expresión de este reconocimiento deriva de instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 20.1, el art. 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) y el Convenio Europeo sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH) en su art. 11. Además, el derecho de reunión y manifestación se encuentra desarrollado por la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

La jurisprudencia del TC ha venido a clarificar y delimitar el contenido de este derecho, así la Sentencia del TC 85/1988, de 28 de abril, afirma que el derecho de reunión y manifestación, aunque ejercido de forma colectiva, es de titularidad individual por su propia naturaleza⁵. Asimismo la Sentencia del TC 170/2008, de 15 de diciembre, en su fundamento 3 lo define como:

"cauce del principio democrático participativo, cuyos elementos configuradores son, según la opinión dominante, el subjetivo -una agrupación de personas-, el temporal -su duración transitoria-, el finalístico -licitud de la finalidad- y el real u objetivo -lugar de celebración-⁶."

Por otra parte, el TC también vinculó en su Sentencia 42/2000, de 14 de febrero el derecho de reunión, en cualquiera de sus manifestaciones, con el derecho de libertad de expresión, dicha sentencia estableció que:

"el derecho de reunión cuando se ejercita en lugares de tránsito público es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, de la defensa de intereses o de la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo por tanto un

5] STC 85/1988, de 28 de abril, BOE núm. 128, de 28 de mayo de 1988.

6] STC 170/2008, de 15 de diciembre, BOE núm. 8, de 9 de enero de 2009.

cauce relevante del principio democrático participativo”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se ha pronunciado en varias ocasiones al respecto, recogiendo en su doctrina también esta vinculación, y consideró que la protección de las opiniones y la libertad de expresarlas, constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión⁸.

El reconocimiento pleno del derecho de reunión para los extranjeros, ha evolucionado desde la primera Ley de extranjería, donde en el art. 7 se limitaba su ejercicio a las personas extranjeras residentes legales, asimismo podían prohibirse sus manifestaciones o reuniones por la autoridad administrativa en determinadas circunstancias⁹.

Tras la derogación de la citada normativa, la ley de extranjería equipara en su art. 7¹⁰ este derecho sin distinción alguna para todas las personas extranjeras, al utilizar la expresión “extranjeros que se encuentren en España”. Por otra parte también eliminó la necesidad de autorización previa, salvo las previstas en las leyes que regulan el derecho de reunión y que son aplicables tanto a nacionales como extranjeros.

Esta nueva y positiva regulación duró poco tiempo, ya que fue reformada por la Ley 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 que modificó el apartado primero y limitó este derecho a las personas extranjeras con autorización de estancia o residencia legal, dicha exclusión entraba en colisión con lo establecido en los convenios internacionales que se mencionaron al comienzo de este apartado.

Quedando redactado, tras la reforma producida, el mencionado art. 7 de la siguiente forma:

1. “Los extranjeros tendrán el derecho de reunión, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”.

Llegados a este punto, el Parlamento de Navarra recurre el art 7 .1 (además de otros artículos que mencionaremos más adelante) a través del Recurso de Inconstitucionalidad

7] STC 42/2000, de 14 de febrero, BOE núm. 66, de 17 de marzo de 2000.

8] Véanse los siguientes casos: TEDH caso Stankov de 13 de febrero de 2000 FJ 85 y otra como la STEDH caso Rekvényi de 20 de mayo de 1999 FJ 58 y STEDH caso Partido de la Libertad y Democracia de 8 de diciembre de 1999, FJ 37.

9] Ley 7/1985 de 1 de julio. Art. 7 “...Para poder promover la celebración de reuniones públicas en local cerrado o en lugares de tránsito público, así como manifestaciones, los extranjeros deberán tener la condición legal de residentes y solicitar del órgano competente su autorización, el cual podrá prohibirlas si resultaran lesivas para la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los españoles”

10] Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social “Artículo 7. Libertades de reunión y manifestación. 1. Los extranjeros que se encuentren en España podrán ejercitar, sin necesidad de autorización administrativa previa y de conformidad con lo dispuesto en las normas que lo regulan, el derecho de reunión recogido en el artículo 21 de la Constitución. 2. Los promotores de reuniones o manifestaciones en lugares de tránsito público darán comunicación previa a la autoridad competente con la antelación prevista en la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Reunión, la cual no podrá prohibirla o proponer su modificación sino por las causas previstas en dicha Ley.”

1707-2001, que dio lugar a la famosa Sentencia del TC 236/2007, de 7 de noviembre, que declaró inconstitucional dicho precepto¹¹. Esta declaración de inconstitucionalidad deviene del contenido del derecho, que como hemos visto más arriba, por una parte se vincula a la libertad de expresión protegida también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y, por otra, es un derecho que como recogen los instrumentos de protección internacional, mencionados al comienzo (DUDH, PIDCP y CEDH), se refiere a la dignidad de la persona. De igual forma se relaciona su protección constitucional que como dijimos al comienzo se encuentra en el art 21.1 de la CE regulada conforme al contenido expresado en el art 10.2. El fundamento jurídico (en adelante FJ) 6 de la mencionada sentencia establece:

"el ejercicio del derecho de reunión y de manifestación forma parte de aquellos derechos que, según el art. 10 de la norma fundamental, son el fundamento del orden político y de la paz social", por lo que "el principio de libertad del que es una manifestación exige que las limitaciones que a él se establezcan respondan a supuestos derivados de la Constitución y que en cada caso resulte indubitadamente probado que se ha traspasado efectivamente el ámbito de libertad constitucional fijado".

Este argumento, que además ya venía consolidándose en la Jurisprudencia Constitucional, en las STC 101/1985, de 4 de octubre, FJ 3 y STC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 4. Y finalmente la Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, recoge que el legislador no puede establecer condiciones para su ejercicio como la obtención de la estancia o residencia, pues ello vulnera la Constitución en los términos expresados anteriormente.

Por otra parte, la declaración de inconstitucionalidad no conllevó a la anulación del precepto por parte del Tribunal dejando así libertad de regulación al legislador –a quien considera encargado de regular las materias de extranjería– para que en un plazo breve configure la norma conforme a los criterios constitucionales. La vigente redacción del artículo 7 introducida por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 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 ha quedado redactado de la siguiente manera: "1. Los extranjeros tienen el derecho de reunión en las mismas condiciones que los españoles".

Para el recurso de inconstitucionalidad 1707-2001 ya mencionado, Andalucía Acoge elaboró un informe¹² dónde se expresaba el argumento que finalmente ha recogido el Tribunal Constitucional en la mencionada Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, tanto para este Derecho como para los contemplados en el art 8 y 11 de la ley de extranjería, así se recogía en la página 5 de dicho documento:

"... El único límite que permite el convenio en el párrafo 2º del art. 11, para el ejercicio de estos derechos es el derivado de las medidas necesarias para la protección de una sociedad democrática, seguridad nacional, seguridad pública, defensa y orden, prevención del delito, salud o moral o los derechos y libertades ajenos, que en modo alguno coinciden con la eliminación del ejercicio de este derecho a los extranjeros irregulares."

11] STC 236/2007, de 7 de noviembre, BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007.

12] Informe para la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la ley 8/2000. Se puede encontrar en el siguiente enlace: <http://redacoge.org/mm/file/2015/Jur%C3%ADdico/Inconstitucionalidad8-2000.pdf>

B. El derecho de asociación.

El derecho de asociación se recoge en el art. 22 CE de la siguiente forma:

- "1. Se reconoce el derecho de asociación.*
- 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.*
- 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.*
- 4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.*
- 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar".*

Al igual que el derecho de reunión y manifestación el reconocimiento del derecho de asociación también deriva de los mismos instrumentos internacionales, concretamente se encuentra su regulación en los artículos 20.1 de la DUDH, art. 21 del PIDCP y el art. 11 del CEDH, ambos derechos se encuentran recogidos en los mismos artículos.

Este derecho se reconocía de forma amplia en la Constitución de 1978, pero el desarrollo legal para su ejercicio no se realizó hasta el año 2002. Hasta ese momento, la regulación legal era la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones promulgada en periodo pre-constitucional. La Ley Orgánica 1/2002 de 22 de Marzo, reguladora del Derecho de Asociación y sus preceptos no orgánicos son supletorios respecto de cualquier otra norma reguladora de tipos específicos de asociaciones (partidos, sindicatos, organizaciones empresariales). La CE regula de forma autónoma tanto los partidos políticos (art. 6) como los sindicatos (art. 7), así como los colegios profesionales (art. 36) y las organizaciones profesionales (art. 52). Esta Ley también excluye de este reconocimiento a las actividades de sociedades con ánimo de lucro.

Al igual que el Derecho de reunión y manifestación, el Derecho de asociación fue equiparado para nacionales y extranjeros, independientemente de su condición administrativa, a través de la jurisprudencia constitucional.

A continuación se expone la evolución normativa del reconocimiento de este derecho para las personas extranjeras hasta conseguir la equiparación plena con los nacionales. La Ley de Extranjería ya derogada (LO 7/1985 sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España), regulaba el derecho de asociación en su art. 8 reconociendo este derecho únicamente a aquellas personas extranjeras que hubiesen obtenido la documentación. Además establecía en el mismo artículo 8 apartado segundo¹³ que las asociaciones formadas por extranjeros podían ver suspendidas sus actividades por el Consejo de Ministros sin la garantía de control judicial prevista en la Constitución.

En este contexto se dicta la Sentencia del TC 115/1987, de 4 de octubre, cuyo fallo declaró inconstitucional el apartado 2 del art. 8 de la LO 7/1985 al considerar que el legislador había configurado libremente el contenido del derecho recogido en el art.

13] Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Art. 8.2: "El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro del Interior, previo informe del de Asuntos Exteriores, podrá acordar la suspensión de las actividades de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros, por un plazo no superior a seis meses, cuando atenten gravemente contra la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los españoles."

22.4¹⁴ de la CE, y así textualmente se expone en el FJ 7 de la mencionada sentencia:

"... aunque el art 13.1 de la CE habilita al legislador para establecer excepciones en los extranjeros a la regla general, no se pueden incluir dichas excepciones al margen del mandato constitucional..."; ello suponía en palabras del Tribunal: "...una intervención administrativa que resulta totalmente incompatible con la garantía al derecho de asociación reconocida en el art. 22.4 de la Constitución..."

Este argumento viene ya recogido por la ley de extranjería 8/2000 que derogó a la LO 7/1985. Introdujo un nuevo art. 8¹⁵ que, sin embargo, tampoco completaba la equiparación del Derecho entre extranjeros y españoles según el mandato constitucional, y, pese a eliminar los contenidos de la ley anterior declarados inconstitucionales, se reconoce el Derecho de asociación en iguales condiciones exclusivamente para los extranjeros que hayan obtenido residencia legal.

Como ya dijimos en el apartado anterior el Parlamento de Navarra fue el impulsor del recurso de inconstitucionalidad núm. 1707-2001 que dio lugar a la mencionada Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, dicha sentencia en su FJ7 se pronunciaba así al respecto del derecho de asociación:

"... La nueva redacción dada al art. 8 de la Ley Orgánica 4/2000 por el art. 1, punto 6, de la Ley impugnada, al excluir cualquier ejercicio de este derecho por parte de los extranjeros que carecen de autorización de estancia o residencia en España, ha vulnerado el art. 22 CE en su contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.2 CE." Y, el Tribunal afirma en el mismo FJ que: "El derecho de asociación se encuentra, pues, vinculado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad por cuanto protege el valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona y en cuanto elemento necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática". Y se trata de: "un derecho cuyo contenido está unido a esa dimensión esencial, la Constitución y los tratados internacionales lo «proyectan universalmente» y de ahí que no sea constitucionalmente admisible la negación de su ejercicio a los extranjeros que carezcan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España".

En definitiva expone el TC que la protección de este derecho no puede limitarse, puesto que sus características le confieren una dimensión social y personal protegida universalmente. Así viene recogido en la Constitución Española para todas las personas sean o no nacionales, por lo tanto no puede la ley de extranjería excluir de su ejercicio a ningún extranjero independientemente de su situación administrativa. Si bien finalmente este artículo fue declarado inconstitucional en la citada sentencia, ésta declaración no supuso la nulidad del precepto, así se establece en el FJ17¹⁶ ya que el TC considera que la inconstitucionalidad de un precepto no tiene por qué derivar en la nulidad del mismo,

14] Constitución Española. Art. 22.4 "...Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada"

15] Ley de extranjería, conforme a redacción de la Ley 4/2000 modificada por Ley 8/2000 y por la Ley 14/2003. Art. 8.1.6: "Todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.»

16] STC 236/2007, de 7 de noviembre, BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007.

y lo argumenta basándose en una amplia doctrina jurisprudencial¹⁷, por lo tanto, limita su pronunciamiento a la “declaración de inconstitucionalidad” y opta por dejar libertad al legislador sobre su configuración normativa –afirma la sentencia que no le corresponde al Tribunal Constitucional decidir sobre opciones en materia de extranjería–salvo la exigencia conforme al marco constitucional. Asimismo, emplaza al legislador para que en un plazo de tiempo razonable, regule las condiciones del derecho de asociación de los extranjeros que carecen de autorización de residencia o estancia.

Esta regulación no llegó hasta el año 2009 donde se consolida la exigencia contenida en la Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre. La nueva redacción del 8 equipara el Derecho de asociación entre españoles y extranjeros sin ninguna condición, quedando así redactado: “Todos los extranjeros tienen el derecho de asociación en las mismas condiciones que los españoles”.

Añadido a esta plena equiparación del derecho no podemos olvidarnos de la importancia de este derecho como una herramienta de integración social. En ese sentido se han recogido en distintas normas legales la promoción e implicación del derecho de asociación en la integración social para las personas extranjeras. Así lo hace la misma ley de extranjería en el art. 69 cuando establece que:

“Los poderes públicos impulsarán el fortalecimiento del movimiento asociativo entre los inmigrantes y apoyarán a los sindicatos, organizaciones empresariales y a las organizaciones no gubernamentales que, sin ánimo de lucro, favorezcan su integración social, facilitándoles ayuda económica, tanto a través de los programas generales como en relación con sus actividades específicas.”

En el mismo sentido el art. 70 del mismo cuerpo legal establece la configuración del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes:

“1.- El Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, constituido de forma tripartita y equilibrada, por representantes de las Administraciones Públicas, de las asociaciones de inmigrantes y de otras organizaciones con interés e implantación en el ámbito migratorio, incluyendo entre ellas a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, constituye el órgano de consulta, información y asesoramiento en materia de integración de los inmigrantes.”

Por último y a nivel autonómico andaluz, encontramos el Decreto 124/2014, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el III Plan Integral para la Inmigración en Andalucía¹⁸. El propio documento expone que pretende servir como instrumento fundamental para la integración, en condiciones de igualdad, de la población inmigrante en nuestra sociedad. Dicho Plan viene a dar cumplimiento a uno de los principios rectores que el reformado Estatuto de Autonomía de Andalucía recoge explícitamente en su artículo 37¹⁹.

17] Doctrina jurisprudencial: STC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 7; STC 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; STC 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13; STC 138/2005, de 26 de mayo, FJ 6.

18] Instrumento de planificación y coordinación de todas las políticas de la Junta de Andalucía en materia de inmigración y que consolidó un modelo de intervención en este área que tenía por objeto lograr la verdadera integración de las personas inmigrantes en Andalucía (Decreto 1/2002, de 9 de enero, aprueba el I Plan Integral para la Inmigración en Andalucía y el Decreto 92/2006, de 9 de mayo, aprueba el II Plan Integral para la Inmigración en Andalucía 2006-2009)

19] Estatuto de Autonomía de Andalucía. Reformado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo. Art. 37: Principios rectores: Los poderes de la Comunidad Autónoma orientarán sus políticas públicas a garantizar y asegurar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Capítulo anterior y alcanzar los objetivos básicos

C. Derecho de huelga y la libertad sindical.

Los Derechos a la libertad sindical y a la huelga parecen situarnos, a priori, más bien en el plano laboral. Sin embargo, el ejercicio de estos derechos acarrea una innegable dimensión política²⁰ al desprenderse de su ejercicio una intención clara de perseguir cambios en políticas sociales y económicas concretas que trascienden el mero conflicto laboral. A lo largo de este epígrafe analizaremos el contenido y la dimensión política de estos dos derechos en su ejercicio por las personas extranjeras en España.

Ya apuntábamos en la introducción que estos derechos, junto a la libertad de reunión y manifestación y el derecho de asociación, constituyen el grupo de derechos que más debates generaron en la contrarreforma de la actual Ley de extranjería en cuestiones referentes a su titularidad y ejercicio, y su vinculación a la situación administrativa de las personas extranjeras²¹.

La CE reconoce el derecho de sindicación en el art. 28.1, si bien, previamente, en el Título Preliminar recoge la figura de los sindicatos -junto a los partidos políticos-. De esta manera, el ejercicio de la libertad sindical se consagra como un elemento fundamental del sistema constitucional. Así, dicho artículo 28.1 de la CE establece que:

"Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a formar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato".

Como puede observarse, la expresión que abre el primer párrafo del art. 28, "todos tienen derecho a sindicarse", no introduce distinción entre nacionalidades, sino más bien se refiere a todos los trabajadores. En ese sentido nuestra Constitución recoge el mismo tratamiento del derecho de libre sindicación que los Tratados Internacionales²².

establecidos en el artículo 10, mediante la aplicación efectiva de los siguientes principios rectores: "...16.º El fortalecimiento de la sociedad civil y el fomento del asociacionismo."

20] ARCE JIMÉNEZ, C.: Los Derechos Políticos de los Extranjeros, tesis doctoral, p. 245, 2012. La dimensión política de estos derechos es forzada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 123/1992, de 28 septiembre.

21] TARABINI CASTELLANI, M.: "Los derechos de los trabajadores extranjeros: puntos críticos", Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, número 63, p. 207, 2006.

22] Así, véanse: El artículo 23 de la DUDH establece "toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses", el art. 8 PIDESC, proclama el "derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección" y el artículo 22 del PIDCP que señala "toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos para la protección de sus intereses". Los tres preceptos mantienen en común del reconocimiento del derecho a la libertad sindical de "toda persona". Paralelamente deben mencionarse dos Convenios Internacionales ratificados por España, que hablan del derecho a la libertad sindical de "todo trabajador". Nos referimos a dos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT): el Convenio núm. 87, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación que garantiza en su artículo 2 el derechos de "los trabajadores" a constituir organizaciones que estimen convenientes, como el de afiliarse a estas organizaciones; y el Convenio núm. 98, que en su art. 1 proclama que "los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo".

Por su parte, el derecho de huelga, recogido en el art. 28. 2, queda configurado de la siguiente manera:

"Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad".

El tratamiento de la titularidad y ejercicio de los derechos a la libertad sindical y de huelga por los extranjeros en nuestro ordenamiento jurídico viene determinado por las distintas modificaciones legislativas que en materia de extranjería se han producido y por la interpretación que el TC aportó en la dos sentencias referentes, la citada STC 236/2007, de 7 de noviembre y la STC 259/2007, de 19 de diciembre. En este sentido, se torna necesario presentar resumidamente esta evolución y la jurisprudencia citada.

Primeramente, la Ley de Extranjería de 1985 establecía como condición imprescindible que la persona extranjera se encontrara en situación regular en España. El Reglamento de Ejecución de dicha ley del año 1996, no exigió explícitamente este requisito, estableciendo en su artículo 6:

"los trabajadores extranjeros tienen el derecho de afiliarse libremente al sindicato u organización profesional españoles de su elección, así como el ejercicio del derecho de huelga, en las mismas condiciones de los trabajadores españoles, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Constitución".

Seguidamente, la ley de extranjería en su redacción originaria dio un importante paso hacia adelante, prescindiendo del requisito de la regularidad de la estancia o residencia del trabajador en nuestro país, y extendió el derecho a la libertad sindical y de huelga a todas las personas extranjeras con independencia de su situación administrativa. Sin embargo, la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, limitó de nuevo en su art. 11 el ejercicio de estos derechos únicamente a las personas extranjeras que se encuentren de forma regular en nuestro país.

Como dijimos en apartados anteriores el Parlamento de Navarra interpuso un Recurso de Inconstitucionalidad sobre varios artículos de la mencionada reforma legislativa, el artículo 11.1 es uno de ellos. Así el TC, en su Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, declaró la inconstitucionalidad del art. 11.1 de la LO 8/2000, pero "exclusivamente respecto al derecho a sindicarse libremente". No pudo pronunciarse el Tribunal en ese momento sobre el derecho de huelga pues no fue impugnado por el Parlamento de Navarra en el Recurso de Inconstitucionalidad mencionado anteriormente que dio lugar al dictado de esta sentencia.

Por tanto, tras el dictado de esta importante sentencia, el ejercicio del derecho a la libertad sindical se ejercerá por cualquier persona extranjera, con independencia de su situación administrativa.

Respecto al derecho de huelga hubo que esperar a que se dictara la Sentencia 259/2007, de 19 de diciembre, -la cual se dictó a raíz del Recurso de Inconstitucionalidad presentado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra la Ley de Extranjería 8/2000 contra el inciso "cuando estén autorizados para trabajar" respecto del derecho a Huelga-, en la que el TC declaró la inconstitucionalidad y nulidad del inciso "cuando estén autorizados para trabajar" respecto del derecho de huelga.

Es, en definitiva, esta tesis de la inconstitucionalidad un recordatorio al legislador de la improcedencia de la restricción impuesta por medio del permiso de residencia al ejercicio del derecho fundamental a la libre sindicación y al derecho de huelga que excede a las restricciones admitidas por las normas internacionales, convenios que han sido además ratificados por nuestro país, dejando sin sentido esa orientación²³.

Pasando ya a la regulación actual, cabe señalar respecto la libertad sindical que el derecho a la libertad sindical recogido en la vigente Ley de extranjería comprende el derecho de las personas extranjeras a afiliarse a los sindicatos de su elección. Concretamente su art. 11.1 establece literalmente que “Los extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles”.

A la vista del precepto, puede afirmarse que los trabajadores extranjeros cuentan íntegramente con las facultades correspondientes al contenido esencial de la libertad sindical²⁴ que se recoge en el art. 2.2 de la LO 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical (en adelante LOLS) incluyendo el derecho a la fundación de sindicatos por las personas extranjeras, que quedaba impedido con la anterior ley de extranjería de 1985²⁵.

El art. 2.1 LOLS establece que:

“1. La libertad sindical comprende:

- a) El derecho a fundar sindicatos sin autorización previa, así como el derecho a suspenderlos o a extinguirlos, por procedimientos democráticos.*
- b) El derecho del trabajador a afiliarse al sindicato de su elección con la sola condición de observar los estatutos del mismo o a separarse del que estuviese afiliado, no pudiendo nadie ser obligado a afiliarse a un sindicato.*
- c) El derecho de los afiliados a elegir libremente a sus representantes dentro de cada sindicato.*
- d) El derecho a la actividad sindical.”*

Para finalizar este apartado y en cuanto al derecho de huelga, su desarrollo legislativo para personas nacionales y extranjeras cuenta con la peculiaridad de efectuarse con una norma preconstitucional, el Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo.

En lo que respecta al ejercicio de este derecho en nuestro país por las personas extranjeras, como ya vimos, la primera ley de extranjería de 1985 no reconocía la titularidad del derecho de huelga a los trabajadores extranjeros en situación de irregularidad documental en su art. 10²⁶. Sin embargo, la Ley de extranjería hoy vigente sí reconoce en el art. 11.2 a los

23] En el mismo sentido: MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A: “Los derechos de sindicación y huelga”, recurso electrónico disponible en La Ley Digital núm. 12589/2011, p. 4, que forma parte de la doctrina recogida en el libro Los derechos de los extranjeros en España, edición número 1, editorial La Ley, 2010.

24] En el mismo sentido, TARABINI CASTELLANI, M., op. cit., p. 208, en referencia al artículo 2.2 de la LOLS.

25] Ley 7/1985 de 1 de julio. Establecía concretamente el artículo 10 de la mencionada ley: “Se reconoce a los trabajadores extranjeros que se hallen legalmente en España el derecho a afiliarse al sindicato español de su elección y el derecho de huelga, que ejercerán en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con lo previsto en las respectivas normas reguladoras”.

26] Ley 7/1985 de 1 de julio. El mencionado artículo 10 establece literalmente: “Se reconoce a los trabajadores extranjeros que se hallen legalmente en España el derecho de afiliarse libremente al sindicato u organización

trabajadores extranjeros en situación documental irregular la titularidad del derecho a la huelga, pero acompañado de una clara privación de su ejercicio. La diferencia entre titularidad y ejercicio del derecho se impone en este supuesto del derecho de huelga, como se deduce de la literalidad del art. 11.2, que establece “Los extranjeros podrán ejercer el derecho a la huelga en las mismas condiciones que los españoles”.

Puede observarse que las referencias genéricas de este precepto conllevan un riguroso acatamiento del ordenamiento jurídico español. En cuanto al concepto de trabajador en él implícito, supone la previa existencia de un contrato laboral válido. Es decir, se ha pasado de un concepto formal de trabajador a una materialidad en la que se impone una relación contractual como requisito para el ejercicio de este derecho, de ahí la exclusión de las situaciones de irregularidad documental²⁷.

Ahora bien, en el caso del trabajador extranjero que cuenta con un contrato laboral válido, es importante detenernos en las consecuencias del ejercicio del derecho a huelga en caso de que lo ejerza. Pues, si el/la trabajador extranjero va a participar en la huelga, no se interrumpiría el cómputo de la autorización para trabajar en España con la que cuenta, art. 36.1 de la ley de extranjería. De modo genérico ni la misma ley ni el Reglamento de Extranjería prevén causas de suspensión del cómputo de las autorizaciones de residencia y trabajo²⁸.

Esta circunstancia lleva a distintos organismos y administraciones a presentar recursos de inconstitucionalidad frente al mencionado artículo. Para Andalucía Acoge el derecho de huelga es un derecho fundamental que no puede depender de la situación documental de los trabajadores extranjeros. Es por ello que en ese sentido y para apoyar lo anterior elaboró un informe de inconstitucionalidad al respecto²⁹.

Finalmente, es preciso cerrar el cuadro de la regulación del derecho de huelga señalando que la doctrina constitucional viene en un primer momento a confirmar el criterio de prevalencia material. El hecho de que el recurso que dio origen a la STC 236/2007 no impugnara el art. 11.2 de la ley de extranjería, impidió al TC pronunciarse en la STC 236/2007 sobre si era constitucional hacer depender el derecho de huelga de la previa obtención del permiso de trabajo y por lo tanto de la previa obtención de la autorización de estancia.

Días después del dictado de esa sentencia, el TC estimó el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra la Ley de Extranjería 8/2000 contra el inciso “cuando estén autorizados para trabajar”, entendiendo que el derecho de huelga de los extranjeros no puede estar condicionado a la obtención de previa autorización para trabajar. Confirmará por tanto el TC su inconstitucionalidad en la STC 259/2007, pero además, y separándose de lo declarado en relación con el derecho de sindicación, reunión y asociación, declarará su nulidad.

profesional españoles de su elección y el derecho de huelga, que ejercerán, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con lo dispuesto en las respectivas leyes reguladoras”.

27] En el mismo sentido, ARCE JIMÉNEZ, C., en op. cit., p. 247, mantiene la tesis recogida por el Abogado del Estado en su oposición que dio lugar al recurso de inconstitucionalidad que dio lugar a la STC 236/2007.

28] En el mismo sentido, TARABINI CASTELLANI, R., op. cit., p. 212.

29] Véase: NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “La doctrina del Tribunal Constitucional español sobre los derechos sociales de los extranjeros no comunitarios”, Revista La Ley, Relaciones Laborales, Nº 15/16, Sección Monografías, Agosto 2009, Año XXV, p. 335, tomo 2.

D. El derecho de sufragio.

El derecho de sufragio es reconocido en la CE en el art. 23 de la siguiente forma:

*"1.- Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.
2.- Asimismo tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes."*

El TC en su Sentencia 144/1999, de 22 de julio, define este derecho como el "más importante ejercicio de soberanía por los ciudadanos". Por tanto, es un derecho político por excelencia que desde Andalucía Acoge, entendemos como un elemento facilitador de la integración de las personas a la ciudadanía plena.

El término "ciudadano" expresado en el art. 23 bien podría ser extensible a todas las personas que forman parte de una colectividad en sentido sociopolítico, sin embargo, el art. 1.2 CE establece que: "La soberanía nacional reside en el pueblo español" limitando este derecho a las personas de nacionalidad española.

No obstante, esta limitación dejó de ser efectiva parcialmente con la entrada en vigor del denominado "Tratado de Maastricht" (en adelante TCEE) de 7 de febrero de 1992, tratado fundamentado en la Directiva Europea 94/80/CE del Consejo de Europa, con el fin de consagrar el principio de igualdad y no discriminación entre ciudadanos nacionales en la UE. Debido a su art. 8.B.1 se reformó el apartado 2 del art. 13 CE que quedó redactado de la siguiente forma: "Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales", y para evitar controversias sobre la atribución de éste derecho a los no nacionales con lo preceptuado en el mencionado art 1.2 CE, el Tribunal Constitucional, en el año 1992 a petición del Gobierno de la Nación, declaró que la soberanía nacional sigue residiendo en los nacionales, al estar la potestad legislativa reservada a las Cortes Generales que solo pueden ser elegidas por el pueblo español³⁰.

En ese sentido el TC resolvió el conflicto interpretando que todos los extranjeros pueden ser titulares del derecho al sufragio activo y pasivo, pero sólo en las elecciones municipales ya que estas carecen de potestad legislativa. Evitando con esta fórmula los posibles conflictos que pudieran surgir, permitiendo la aplicación del mandato europeo impuesto por el TCEE y del mandato constitucional impuesto por la CE.

Por tanto no solo los ciudadanos comunitarios a los que se les reconozca el derecho en virtud de tratado o ley y en condiciones de reciprocidad podrán acceder al derecho a sufragio en las elecciones municipales, sino todos los extranjeros residentes en el país. A continuación veremos la regulación legal que se ha seguido con este derecho y las posibles limitaciones al mismo.

La regulación legal de este derecho para las personas extranjeras se concreta en la ley

30] Declaración 1 julio 1992. Requerimiento 1.236/1992 del Gobierno de la Nación en relación con la existencia o inexistencia de contradicción entre el art. 13.2 de la C.E. y el art. 8 B, apartado 1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en la redacción que resultaría del art. G B, 10, del Tratado de la Unión Europea.(FJ 3.C)

de extranjería que establece en su art. 6.1 “Los extranjeros residentes en España podrán ser titulares del derecho de sufragio, en las elecciones municipales, en los términos establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales, en su caso y en la Ley.” En este primer precepto legal analizado se impone la primera de las limitaciones, las personas extranjeras cuya situación administrativa no está regularizada por carecer de residencia legal no podrían votar.

Por otra parte, la Ley 5/1985 de 19 de junio del Régimen Electoral General (en adelante LOREG) regula en los arts. 176 y 177 respectivamente los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, donde se reconoce el derecho de sufragio activo a los “residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el voto a los españoles en dichas elecciones, en los términos de un Tratado” (art. 176.1 de la LOREG).

La LOREG exige, por tanto, el criterio de reciprocidad para que las personas extranjeras no comunitarias con autorización para residir en España puedan gozar del derecho de sufragio en las elecciones municipales, es decir, que sus correspondientes países de procedencia permitan a su vez el voto a los españoles en las elecciones municipales. Aunado a lo anterior, requiere para su efectividad la existencia de un instrumento internacional que fije las condiciones. Aunque el instrumento para ello sería el Tratado Internacional en la práctica, en España, y con el fin de evitar la lentitud que supone la elaboración de un Tratado, para el reconocimiento al sufragio de las personas extranjeras no comunitarias se utiliza la fórmula del Acuerdo o el de Canje de notas³¹.

Finalmente, para la efectividad del voto de las personas extranjeras, era necesario elaborar el censo electoral de residentes en España, esto se produce por primera vez en 1995. El Real Decreto 202/1995 de 10 de febrero, permite finalmente el voto a las personas extranjeras originarias de países con los que España cuente con un Acuerdo de reciprocidad, y que además sean mayores de 18 años, que estén inscritas en el padrón municipal de habitantes, y que hayan residido el tiempo establecido en cada uno de los distintos convenios: 3 años para los nacionales de Noruega y 5 para el resto de países³².

En diciembre de 2014, último censo realizado a estos efectos, residían en España 4.925.089 personas extranjeras³³, de las cuales solo 464.074 consiguieron votar en las últimas elecciones municipales en el año 2015. Los/as ciudadanos/as extranjeros/as que pudieron votar fueron los procedentes de: Bolivia, Cabo Verde, Chile, Colombia, Corea, Ecuador, Islandia, Noruega, Nueva Zelanda, Paraguay, Perú y Trinidad y Tobago. Con Argentina, Paraguay y Venezuela no se acabaron firmando los acuerdos, principalmente porque las condiciones exigidas por esos países para ejercer el sufragio no son equiparables en nuestro ordenamiento jurídico.

En el caso de Marruecos con 770.735 personas residentes³⁴, la comunidad más grande entre los países no europeos -y la segunda después de Rumanía-, el voto no es posible a día de hoy puesto que no se ha firmado un acuerdo de reciprocidad que fije estas

31] Canje de notas es un acuerdo internacional bilateral que requiere menos formalidad. Actualmente son catorce los acuerdos bilaterales en vigor que permiten el voto: Argentina, Bolivia, Cabo Verde, Colombia, Chile, Ecuador, Islandia, Noruega, Nueva Zelanda, Paraguay, Perú, Trinidad y Tobago, Corea y Uruguay.

32] Real Decreto 202/1995 de 10 de febrero, BOE núm. 38, de 14 de febrero de 1995.

33] Fuente: Observatorio Permanente de la Inmigración (OPI) Año 2014. Publicado el 2015.

34] Fuente: El diario.es. Sección Política “solo el 10% de los residentes extranjeros podrá ejercer el derecho al voto en las municipales”. Publicado el 03 Mayo de 2015.

condiciones y permita ejercitar este derecho a los/las marroquíes residentes en España.

Por lo que podemos concluir que la declaración expresa del criterio de reciprocidad y la necesidad de ser regulado por un instrumento jurídico (aunque adopte formas menos complejas que el Tratado) es un gran obstáculo para el reconocimiento del derecho al sufragio de los extranjeros. Algunos autores se decantan por una interpretación flexible que reconozca de forma tácita el sufragio local a los residentes extranjeros de países que también lo reconozcan a los españoles³⁵.

Ante esta dificultad que vienen encontrando las personas extranjeras para ejercer su derecho al voto, Andalucía Acoge ha venido desarrollando varias campañas para exigir una modificación del art. 13.2 de la CE que permita a las personas extranjeras acceder a sus derechos, y en concreto al derecho al voto, en lugar de la activación de convenios de reciprocidad³⁶.

“Aquí vivo, aquí voto” en el año 2003 fue la primera de las campañas y como continuación de la primera, se puso en marcha la denominada “Aquí Vivo, Aquí Voto. Por una Ciudadanía Plena” en el año 2006. En ambas se ha pedido desde Andalucía Acoge una acción legislativa encauzada hacia la consecución, para todas las personas extranjeras con residencia legal de carácter estable, de mayores cotas de participación en los asuntos públicos: a través del sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, del acceso a funciones y cargos públicos, del ejercicio de la acción popular o de la participación en el Tribunal del Jurado³⁷.

Al respecto, algunos autores señalan que al ser un derecho político por excelencia favorece “el desarrollo de una ciudadanía inclusiva...” y apuestan también por la extensión del derecho pleno al sufragio a los y las ciudadanas extranjeras en base a una interpretación más amplia del concepto “pueblo”, incluyendo en éste a los/as extranjeros/as según la dimensión subjetiva del concepto de ciudadano establecido por el art. 23 CE, cuando se utiliza la palabra “ciudadanos” como titulares del derecho al sufragio y no “ciudadanos españoles” como ocurre en otros ordenamientos³⁸. Aunque como hemos citado, la jurisprudencia constitucional se inclina por lo contrario³⁹.

35] ROSA, F. Esteban de la; “Artículo 6. Participación pública”, en ESPLUGUES, C. (coord.); Comentarios a la ley de extranjería. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 142-178.

36] Ya en 1999, en la publicación “Propuestas para una política alternativa sobre inmigración”, la Federación proponía una nueva configuración de los derechos civiles y políticos, planteando que la acción legislativa debía encauzarse hacia la consecución para todos los extranjeros con residencia de carácter permanente, de mayores cotas de participación en los asuntos públicos a través del sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y del acceso a funciones y cargos públicos que no supongan el ejercicio de autoridad, entre otros. Dicha publicación se encuentra disponible en el siguiente enlace: <http://acoge.org/publicaciones-sobre-politicas-alternativas/>

37] Federación Andalucía Acoge: 20 años del equipo jurídico. (1991-2011). Puedes descargarla en: <http://acoge.org/publicaciones-e-informes/> Este planteamiento de una nueva configuración de los derechos civiles y políticos, figura también en la publicación “Propuestas para una política alternativa sobre inmigración”, del año 1999. Dicha publicación se encuentra disponible en el siguiente enlace: <http://acoge.org/publicaciones-sobre-politicas-alternativas/>

38] García Soriano, M. V. (2007), Sobre la viabilidad de la participación política de los extranjeros en las elecciones municipales. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, 60/61, páginas 259-72.

39] Tribunal Constitucional STC 103/2008, de 11 de septiembre de 2008. Viene a consolidar el concepto de soberanía exclusivamente al pueblo español.



3

Derecho a la tutela judicial efectiva

CAPÍTULO III. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. _____

Este capítulo pretende apuntar desde una perspectiva teórica la estructura jurídico-normativa práctica que es posible activar en España por parte de la ciudadanía, en general, y por personas extranjeras de forma particular, a la hora de tutelar las diversas garantías que envuelven el derecho a un debido proceso. Particularmente, al derecho a la tutela judicial efectiva. Se trata de un estudio complejo que debe llevar a conocer cuáles son los recursos básicos fundamentales localizados sobre este derecho en el sistema jurídico español. Naturalmente se incluye en esta expresión las normas surgidas en sistemas internacionales a los que España se vincula.

El punto de partida para la tutela de éste derecho es también y de cualquier otro derecho fundamental en España se encuentra en la Constitución, concretamente debemos acudir a los art. 24, 25 y 26 de la CE⁴⁰. En su vertiente internacional, como derecho humano, el derecho a la tutela judicial efectiva, está como tal reconocido en buena parte de los tratados, pactos y convenios internacionales ratificados por España.

Dicho lo anterior, se especifica que mediante el desarrollo de este estudio, se va a realizar un breve análisis de la normativa y contenido del derecho a la tutela judicial efectiva en el ordenamiento jurídico español. Se tratará de despejar cuestiones relativas a su contenido, titularidad, tutela, etc.

Dada la complejidad del derecho tratado y para trazar un orden lógico, el análisis comenzará a partir de la normativa internacional general (ONU), pasando por el sistema internacional regional europeo (Consejo de Europa y Unión Europea), lo que permitirá “aterrizar” en el ordenamiento jurídico español, en el que se considerará tanto el nivel nacional, como autonómico.

A. La regulación internacional del derecho a la tutela judicial efectiva.

a) Sistema internacional General: ONU

A nivel internacional general se ha de partir de la Carta de Naciones Unidas y de la propia DUDH, la que junto con los dos Pactos de 1966, y sus Protocolos Facultativos, componen lo que se ha convenido en denominar como Carta Internacional de los Derechos Humanos. Tomando como base los textos reseñados se ha creado una compleja estructura para

40] Constitución Española. Artículo 24: se transcribe a continuación en el punto IV.

Artículo 25: 1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. 2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad. 3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

Artículo 26: Se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales.

la promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito internacional y se ha organizado una serie de mecanismos para su salvaguarda. Pueden ser clasificados en: mecanismos convencionales, surgen en virtud de derecho convencional (pactos y convenciones); o no convencionales, derivan directamente de la Carta de ONU (Consejo de Derechos Humanos y Alto Comisionado para los Derechos Humanos):

- La DUDH fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, mediante su Resolución 217 A (III). Se proclamó como un ideal común para todos los pueblos y naciones. La controversia sobre su capacidad jurídica (al ser proclamada como una resolución de la Asamblea General de ONU) fue superada, al menos en España, al ser situada en la CE como criterio interpretativo de nuestro propio catálogo de Derechos (art. 10.2). Sus preceptos se dirigen como se indica en el Preámbulo a "...todo miembro de la familia humana". Por tanto este texto y sus preceptos tienen como objetivo proteger la dignidad de todo ser humano, sin distinciones, por cuanto respecta a su nacionalidad, capacidad jurídica, o de ninguna otra clase. Los preceptos directamente vinculados al derecho que analizamos son los arts. 8, 9, 10 y 11⁴¹.

Sobre el paradigma que supone la DUDH se levantaron las, hasta ahora nueve⁴² convenciones internacionales -denominadas "básicas"- más importantes de carácter universal, -enmarcadas en ONU-, que crean mecanismos de protección de Derechos Humanos. Dicha protección es llevada a cabo a través de sus respectivos Comités los que, con competencias asimétricas entre sí, disponen de mecanismos contenciosos⁴³ y no contenciosos⁴⁴ para la tutela de estos derechos. Con ánimo exhaustivo se presentan brevemente a continuación los mecanismos convencionales aludidos y se indica cuáles son los preceptos controvertidos con los derechos que orbitan en torno al derecho a la tutela judicial efectiva. Se reseña también, en su caso, el instrumento de ratificación español, así como su fecha de publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE), en la medida en que su publicación satisface los presupuestos del art. 96.1 CE, y por tanto, jurídicamente, es lo que les hace gozar de la consideración de "...derecho interno".

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, que instituye como órgano rector al Comité de Derechos Humanos. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

41] Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 8: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 9: Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 10: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11: 1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

42] Se recomienda consultar la Guía elaborada por ONU y publicada por la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, titulada: Procedimientos para presentar denuncias individuales en virtud de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, Folleto informativo nº 7, Nueva York-Ginebra, 2013. Disponible a través del enlace: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet7Rev2_sp.pdf (Consultado en fecha 30/06/2018).

43] Mecanismos de carácter contencioso, principalmente quejas individuales y quejas interestatales.

44] Fundamentalmente informes periódicos, investigaciones de oficio a Estados en caso de violaciones

Instrumento de ratificación por España, publicado en BOE de 30 de abril de 1977. Por cuanto respecta a los derechos sobre los que indagamos, conviene revisar los arts.: 9, 10 y 11⁴⁵.

- Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965). Instituyó el Comité para la eliminación de la Discriminación racial. Entrada en vigor el 4 de enero de 1969. Publicado en BOE de 17 de mayo de 1969. Al menos sus arts. 5.a) y 6⁴⁶ contienen disposiciones controvertidas con las garantías a un debido proceso.

- Convención contra la tortura y otras penas o tratos inhumanos o degradantes, de 1984. Regido por el Comité contra la Tortura. Su instrumento de ratificación por España se publicó en BOE de 9 de noviembre de 1987. Incluye diversas indicaciones que podrían ser invocadas ante supuestos de tortura, siempre perfeccionados por servidor público o a su instancia (arts., 7.3, 8 y 9⁴⁷, entre otros).

masivas y sistemáticas).

45] Artículo 9: 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales (sic.). Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Artículo 10: 1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

Artículo 11: Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.

46] Art. 5.a): a) El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia.

Art. 6: Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.

47] Art. 7.3: Toda persona encausada en relación con cualquiera de los delitos mencionados en el artículo 4 recibirá garantías de un trato justo en todas las fases del procedimiento.

Artículo 8: 1. Los delitos a que se hace referencia en el artículo 4 se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes. Los Estados Partes se comprometen a incluir dichos delitos como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro. 2. Todo Estado Parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado, si recibe de otro Estado Parte con el que no tiene tratado al respecto una solicitud de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente a tales delitos. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigibles por el derecho del Estado requerido. 3. Los Estados Partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán dichos

- Convención sobre los derechos del niño (1989): Comité de los derechos del niño. Instrumento de ratificación publicado en BOE de 31 de diciembre de 1990. En casos controvertidos con menores de edad, deben revisarse al menos los arts. 37.d) y 40⁴⁸, que ofrecen garantías y prohibiciones.

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), que articula el Comité para la eliminación contra la mujer. Instrumento de

delitos como casos de extradición entre ellos, a reserva de las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido. 4. A los fines de la extradición entre Estados Partes, se considerará que los delitos se han cometido, no solamente en el lugar donde ocurrieron, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 5.

Artículo 9: 1. Los Estados Partes se prestarán todo el auxilio posible en lo que respecta a cualquier procedimiento penal relativo a los delitos previstos en el artículo 4, inclusive el suministro de todas las pruebas necesarias para el proceso que obren en su poder. 2. Los Estados Partes cumplirán las obligaciones que les incumben en virtud del párrafo 1 del presente artículo de conformidad con los tratados de auxilio judicial mutuo que existan entre ellos.

48] Art. 37.d): Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción. Art. 40: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. 2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron; b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales; iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad; Todo niño que sea considerado acusado o declarado culpable de haber infringido las leyes tiene derecho a que se respeten sus derechos fundamentales y, en particular, el derecho a beneficiarse de todas las garantías de un procedimiento equitativo, incluso de disponer de asistencia jurídica o de otra asistencia adecuada en la preparación y presentación de su defensa. Siempre que sea posible, se evitará recurrir a procedimientos judiciales y al internamiento en instituciones. v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley; vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado; vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento. 3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales. 4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

ratificación por España, publicado en BOE, de 21 de marzo de 1984. Sus disposiciones persiguen alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres. En su art. 3 se introdujo una cláusula de igualdad de derechos entre mujer y hombre.

- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006): Comité de los derechos de las personas con discapacidad. Instrumento de ratificación por España, publicado en BOE, de 21 de abril de 2008. Conviene revisar al menos su art. 13, "acceso a la justicia"⁴⁹.

- Convención para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006): Comité contra las desapariciones forzadas. Instrumento de ratificación por España, publicado en BOE, de 18 de febrero de 2011. En casos relativos a desapariciones forzadas, debe revisarse al menos los arts. 12.1⁵⁰.

- Convención sobre los derechos de trabajadores migratorios y sus familias (1990); también con su respectivo comité. Sin embargo ni esta convención, ni en consecuencia sus mecanismos, son vinculantes para España –ni para ninguno de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) pues, hasta la fecha, no han procedido a su ratificación.

Todos estos comités llevan a cabo actividades contenciosas y no contenciosas para el desempeño sustancial de sus objetivos, por ejemplo: reciben informes de los Estados parte, adoptan observaciones generales dentro de las funciones de cada comité, pueden llevar a cabo investigaciones sobre Estados parte, etc. En múltiples casos, y en determinadas circunstancias, admiten la presentación de quejas por parte de particulares, etc. En la actualidad son ocho los Comités que admiten denuncias de los particulares, todos, a excepción del Comité que administra la Convención sobre los derechos migratorios y sus familias, que como se ha especificado anteriormente, aún no ha sido ratificado por España.

Por cuanto respecta a los mecanismos no convencionales de protección dependientes directamente de la Carta de ONU, hemos de señalar:

- El órgano que surgió inicialmente denominado como Comisión de Derechos Humanos, subsidiario del Comité Económico y Social (ECOSOC), y fue reformulado en 2006, a través de la Resolución de la Asamblea General 60/251, pasando a ser llamado como Consejo de Derechos Humanos⁵¹. Desde entonces comenzó a ser un órgano dependiente

49] Art 13: 1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares. 2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

50] Artículo 12: 1. Cada Estado Parte velará por que toda persona que alegue que alguien ha sido sometido a desaparición forzada tenga derecho a denunciar los hechos ante las autoridades competentes, quienes examinarán rápida e imparcialmente la denuncia y, en su caso, procederán sin demora a realizar una investigación exhaustiva e imparcial. Se tomarán medidas adecuadas, en su caso, para asegurar la protección del denunciante, los testigos, los allegados de la persona desaparecida y sus defensores, así como de quienes participen en la investigación, contra todo maltrato o intimidación en razón de la denuncia presentada o de cualquier declaración efectuada.

51] Para conocer este órgano, véase la información disponible en su web oficial, accesible a través del enlace: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/Home.aspx> . Consultado en fecha: 30/06/2018.

de la Secretaría General de la ONU. Es el principal órgano intergubernamental de la ONU con importantes funciones de coordinación y defensa para la protección de los Derechos humanos en el seno dicho organismo. Su procedimiento de denuncias, ejercitable on line, aborda las comunicaciones presentadas por personas, grupos u organizaciones no gubernamentales que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos o que tengan conocimiento directo y fehaciente de tales violaciones.

- Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁵², con sede en Ginebra. Se adscribe directamente a la Secretaría General de la ONU. Esta figura es encarnada por el principal funcionario de la ONU para los Derechos humanos, quien ostenta importantes atribuciones para cumplir con su cometido.

b) Sistema internacional regional europeo: Consejo de Europa y Unión Europea

Por cuanto respecta al sistema internacional regional europeo, en el que lógica y naturalmente se instala el Estado español, se encuentran dos sujetos internacionales de suma relevancia no solo europea sino que global: El Consejo de Europa y la Unión Europea. Estamos pues ante dos sujetos internacionales diversos, entre cuyos objetivos tienen en común la promoción y protección de los Derechos humanos y fundamentales, entre los que se encuentra el derecho a la tutela judicial efectiva.

- En el ámbito del Consejo de Europa, el documento más relevante en materia de protección de Derechos humanos es el Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos y libertades fundamentales (CEDH), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Los derechos que recoge pueden ser tutelados jurisdiccionalmente ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) por parte de los Estados, en caso de incumplimiento del CEDH por otro Estado parte (art. 33 del CEDH); y también por los particulares (art. 34⁵³ del CEDH) en caso de vulneración por parte de algún Estado. Sin embargo, como regla general, hay que señalar –desde la perspectiva del individuo- que es necesario agotar la vía jurisdiccional propia de los Estados para acudir ante este tribunal (art. 35, condiciones de admisibilidad). Tienen legitimación para recurrir a él los particulares (art. 34), independientemente de su nacionalidad. Por tanto las personas extranjeras podrán acudir en cualquier momento que requieran de la protección de este tribunal independientemente de su situación administrativa. De interés sobre las garantías procesales son, al menos, los arts. 6 y 7⁵⁴. Además existen otros organismos del Consejo de Europa para supervisar a los

52] Para conocer esta figura, así como sus funciones, consúltase su web, a través del enlace: <https://www.ohchr.org/sp/aboutus/Pages/WhoWeAre.aspx> . Consultado en fecha 30/06/2018.

53] Demandas individuales: El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.

54] Art. 6: Derecho a un proceso equitativo 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente

Estados miembros. Se trata de mecanismos convencionales de este nivel, dedicados a diferentes especialidades, son: La Oficina del Comisario de Derechos Humanos, el Comité para la Prevención de la Tortura, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, y el Comité de Derechos Sociales. Cada uno de ellos vela por sus respectivos objetivos y poseen también sus propios y particulares mecanismos. También resulta fundamental la Carta Social Europea (-CSE-Turín, 18/10/1961), ratificado por España el 6/05/1980, como criterio interpretador de nuestro propio catálogo de Derechos fundamentales. Sin embargo no es posible acudir al TEDH a través de la CSE.

Por su parte, en el marco de la UE, el principal texto para la protección de los Derechos fundamentales es la Carta de Derechos fundamentales y Libertades públicas de la UE. Cuenta con el mismo valor que los Tratados y es jurídicamente vinculante desde su entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009. La misma presenta un contenido controvertido con las garantías procesales, en su Título VI "Justicia", en él se encuentran los derechos y garantías procesales, en los arts. 47 "Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial", 48 "Presunción de inocencia y derechos de la defensa", 49 "principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas" y 50 "Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción"⁵⁵. Todos estos derechos son previstos para todas las personas sin ninguna excepción.

declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; 10 11 b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

Art 7. No hay pena sin ley: 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.

55] Art. 47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial: Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

Art. 48. Presunción de inocencia y derechos de la defensa: 1. Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente. 2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa.

Art. 49. Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas: 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones. 3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.

Art. 50. Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción: Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley.

De suma importancia aunque situados en un nivel jerárquico inferior respecto a los anteriores, se encontrarían reglamentos, directivas y decisiones de la UE, referidas al ámbito que tratamos. Por la limitación física que limita este trabajo sólo se procederá a la exposición de las más relevantes, sin trasladar o comentar su contenido:

- La Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016 relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención.

- La Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.

- La Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

- La Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003 destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios.

- Colateralmente se encuentran previsiones sobre la tutela judicial efectiva también en el nuevo Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), cuya efectividad práctica cobrará vigencia a partir del 25 de mayo de 2018.

Apuntar para finalizar esta reseña, que la UE también dispone de mecanismos no jurisdiccionales para la protección de los Derechos fundamentales tales como el Defensor del Pueblo Europeo, la Agencia Europea de Protección de Datos, Informe al Parlamento Europeo, o bien la queja ante la Comisión Europea –la que indirectamente podría acabar instando un recurso por incumplimiento ante el TJUE por parte de la Comisión-.

B. El derecho a la tutela judicial efectiva: regulación nacional.

Tras el análisis realizado de los mecanismos internacionales, contamos con una visión del panorama internacional por cuanto respecta al derecho a la tutela judicial efectiva. Se recuerda que todas esas normas deben tener la consideración de derecho interno español donde son jurídicamente vinculantes y producen sus efectos. Continuaremos ahora revisando las previsiones normativas, de producción nacional, dirigidas al mismo derecho efectuando las particulares previsiones para personas extranjeras.

Tal como se mencionó al comienzo de este apartado las garantías procesales con el rango de derechos fundamentales se encuentran recogidas en los arts. 24 y 25 de la Constitución. El derecho a la tutela judicial efectiva está previsto en el art. 24 de la CE⁵⁶,

⁵⁶] Se recomienda revisar la sinopsis de estos artículos, ofrecida en la web oficial del Congreso de los Diputados, pues se presenta un resumen dogmático individualizado, además de cuantiosas reseñas jurisprudenciales de gran utilidad. Art. 24 CE, a través del enlace: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/>

que dice:

*"1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión.
2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos."*

Es evidente que la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva no se vincula al concepto de ciudadanía (como hemos visto en el caso de derechos fundamentales de naturaleza política, como es el sufragio). Tampoco se requiere tener capacidad de obrar, lo que normalmente ocurre cuando las personas alcanzan la mayoría de edad. Se trata por tanto de un grupo de derechos concebidos para la salvaguarda de la dignidad humana, en las particulares relaciones que se den frente a la Administración de Justicia y en cualquier tipo de proceso. Son por tanto ejercitables desde el punto de vista del derecho español, por cualquier persona que se encuentre bajo sus competencias jurisdiccionales.

Por tanto existe una equiparación en la titularidad y ejercicio del derecho entre los nacionales y las personas extranjeras. El acceso a la justicia por las personas extranjeras constituye la garantía y salvaguarda de sus derechos y los deberes.

Sin embargo, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva para las personas extranjeras sí que presenta especiales características y también dificultades en cuanto a su desarrollo práctico. Ello como consecuencia de las específicas circunstancias en las que se viene desarrollando la intervención de órganos administrativos y judiciales y también por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a la hora de tutelar, o permitir su tutela, de estos derechos, a personas extranjeras en determinadas circunstancias. Considérese a modo de ejemplo las dificultades con las que se encuentran las personas extranjeras en las fronteras con la denegación de la entrada e incluso con la práctica de una orden administrativa de expulsión del país. Ello por no mencionar el engendro jurídico que han convenido en denominar como "devolución en caliente"⁵⁷. Figura que ha

[sinopsis.jsp?art=24&tipo=2](http://www.congreso.es/consti/constitucion/index/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2) ; y art. 25, a través del enlace: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/index/sinopsis/sinopsis.jsp?art=25&tipo=2>

57] Esta figura, nunca estuvo institucionalizada en el sistema jurídico español, hasta su previsión, con naturaleza orgánica en la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Se recuerda que esta norma, reforma y deroga a la anterior (Ley Corcuera), emitida por el Gobierno socialista de Felipe González, Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. A los efectos que tramos introdujo en la LO 4/2000 la Disposición adicional X, que reconoce un régimen especial para Ceuta y Melilla, y literalmente dispone: "Disposición adicional décima. Régimen especial de Ceuta y Melilla. 1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. 3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.". Qué duda cabe de que este "mérito" normativo debe ser atribuido a sus promotores, el antiguo Ejecutivo y a quien ocupaba por entonces la Cartera de Interior, el ministro Jorge Fernández Díaz, defensor a ultranza de tal modificación.

costado la enésima condena a España por vulneración del CEDH, dada por la Sentencia de la Sección Tercera del TEDH, de 3 de octubre de 2017, caso: N.D. Y N.T. c. ESPAÑA⁵⁸. Esta condena fue recurrida por el Gobierno del anterior Ejecutivo, lo que provocó su envío a estudio y revisión por la Gran Sala⁵⁹.

Como se ha dicho anteriormente, el derecho a la tutela judicial efectiva se reconoce en el art. 24.1 CE y engloba a cualquiera persona física o jurídica, esto es, tanto a los nacionales como a las personas extranjeras. Ahora bien la posibilidad de acceso por parte de las personas extranjeras a los tribunales para la defensa de sus derechos se ha reconocido desde el principio por parte del TC. La STC 99/1985, de 30 septiembre, de la que se hizo eco la STC 115/1987, de 7 julio, ha reconocido a las personas extranjeras, con independencia de su situación administrativa, la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva.

En concreto la STC 115/1987, de 7 de julio, en su fundamento jurídico 3 ha reconocido expresamente que:

"...el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho que la Constitución reconoce directamente para los extranjeros, aún más, es uno de los derechos de los que este Tribunal ha declarado que han de ser gozados por igual, sin consideración de nacionalidad, por españoles y extranjeros (STC 93/1985, de 30 de septiembre)."

Está doctrina se ha mantenido en el tiempo, así en la STC 95/2003 de 22 de mayo, se dice, y se aplica "a los extranjeros con independencia de su situación jurídica, la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva", evocando la jurisprudencia anteriormente mencionada y los tratados internacionales.

En el mismo sentido, también se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en su STS de 21 de abril de 1987 que recordó la consagración de derechos constitucionales de los extranjeros y justificó

(...) "la necesidad de la intervención judicial en la revisión de determinadas resoluciones que conllevan la salida o expulsión de extranjeros o que implican la privación de la libertad, justamente como garantía de ésta; (pues de otro modo) estás solemnes declaraciones contenidas en la Constitución y en la Ley de extranjería de 1985 quedarían vacías si se impidiera la actuación de los Tribunales al no ser admisibles los recursos o se les priva de conocimiento total de las causas y hechos en que se basan las resoluciones administrativas".

En el mismo sentido que lo establecido por el TC y el TS se presenta la regulación que hace la ley de extranjería sobre este derecho, para ello debemos acudir al art. 20.1 que, como no puede ser de otro modo, realiza un reconocimiento expreso y directo del derecho a la tutela judicial efectiva. El precepto señala claramente que: "Los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva".

58] Asunto N.D y N.T. c España. Demandas nº 8675/15 y 8697/15. Véase esta sentencia, en español, a través del enlace: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2017/10/TEDH-STC.pdf>

59] El 11 de junio de 2018, el Ministerio de Justicia del nuevo Gobierno del Partido Socialista Obrero Español, presidido por Pedro Sánchez, solicitó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos un aplazamiento de la vista (fijada inicialmente para el 4 de julio) con objeto de revisar el recurso presentado por el anterior Gobierno. En virtud de lo anterior, el Tribunal de Estrasburgo decidió posponer la audiencia hasta el 4 de septiembre de 2018.

Por tanto no existe en este caso concreto ningún género de duda sobre que las personas extranjeras puedan acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. En este punto resulta esencial el reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita, de la que hablaremos en el siguiente capítulo, pues desde Andalucía Acoge entendemos que el problema de la ausencia de recursos para litigar constituye uno de los principales obstáculos para la defensa de los derechos de las personas extranjeras.

El derecho a la tutela judicial efectiva engloba: el derecho a obtener una resolución fundada en derecho mediante la que se tutele su derecho o interés legítimo afectado, el derecho a utilizar los recursos que la ley prevea -apuntamos aquí que el derecho a los recursos es un derecho de configuración legal por lo que en consecuencia las personas extranjeras sólo tendrán derecho a los recursos cuando vengan expresamente previstos por la ley -, y por último el derecho a la ejecución forzosa de lo acordado⁶⁰.

Respecto a la regulación que del mismo derecho se realiza en nuestra comunidad autónoma debemos acudir al vigente Estatuto de Autonomía de Andalucía que se materializa en la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. En primer lugar su art. 9.1 reconoce para todas las personas residentes en Andalucía todos los derechos reconocidos por los principales textos internacionales y aquellos instrumentos que los protegen. Como hemos visto en el primer apartado de este capítulo, entre ellos se encuentra la tutela judicial efectiva.

De este modo, recoge expresamente el reconocimiento de los derechos contenidos en los textos de naturaleza internacional relacionados anteriormente, lo que viene a reafirmar desde la perspectiva jurídica autonómica andaluza, la virtualidad jurídica de dichos instrumentos internacionales.

Art. 9.1: "Todas las personas en Andalucía gozan como mínimo de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás instrumentos europeos e internacionales de protección de los mismos ratificados por España, en particular en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea."

De especial interés es también el art. 29 del Estatuto andaluz, sobre acceso a la justicia, que dice: "En el ámbito de sus competencias, la Comunidad Autónoma garantiza la calidad de los servicios de la Administración de Justicia, la atención de las víctimas y el acceso a la justicia gratuita."

En el ámbito español podemos clasificar los mecanismos de protección de derechos fundamentales en mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales. Cómo se ha expuesto a lo largo de este capítulo, a dichos mecanismos pueden también acceder las personas extranjeras en iguales condiciones que los nacionales.

Respecto a los mecanismos jurisdiccionales, cabe señalar que para su tutela jurisdiccional se ideó el denominado recurso de amparo (art. 53 CE)⁶¹. Este se presenta en dos

60] STC 37/1995, de 7 febrero, STC 59/2003, de 24 de marzo y STC 105/2006 de 3 de abril.

61] La Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del TC, prevé tres modalidades de recurso de amparo: a)

modalidades: i) ordinario: marcado por los principios de preferencia y sumariedad ejercitable ante tribunales ordinarios y, subsidiariamente, sólo ante la eventualidad de que no operara adecuadamente, podría interponerse un ii) recurso de amparo ante el TC (art. 53.2 CE). Reténgase que en su caso, sería necesario interponer la demanda de amparo en su modalidad ordinaria, para poder acceder seguidamente, en amparo, al TC. Esta, en resumidas cuentas, sería sucintamente indicada la vía jurisdiccional a seguir en caso de lesión de los derechos que analizamos, vía que preceptivamente habría que agotar para acceder a instancias jurisdiccionales internacionales, como la que representaría en su caso el recurso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Debemos recordar nuevamente en este inciso la importancia que posee el derecho a la gratuidad del acceso a la justicia que veremos posteriormente para que se produzca el derecho a la tutela judicial efectiva y adquiera realmente la dimensión protectora que de él dimana.

Finalizamos señalando brevemente los mecanismos más importantes de naturaleza no jurisdiccional previstos constitucionalmente para la salvaguarda de los derechos fundamentales. En tal caso, qué duda cabe que el Defensor del Pueblo Español (en adelante así o DPE), previsto en el art. 54 CE, como Alto Comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos constitucionales, debe figurar al inicio. También es reconocido por Naciones Unidas, conforme a los Principios de París (1991), como Institución Nacional de Derechos Humanos. Su figura se desarrolla a través de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, es el mecanismo por excelencia para estos menesteres. Su acceso⁶² es sencillo a la vez que ágil y cuenta con capacidades no sometidas a supervisión alguna –más allá que la legal- para cumplir con sus funciones. Su acceso es gratuito y al puede acudir cualquier individuo, extranjero, o no. Tras la ratificación por España del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (2002), las Cortes Generales atribuyeron la encomienda al DPE de las funciones propias de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura⁶³. El DPE actúa genéricamente frente a las acciones de las Administraciones Públicas o legislación que pudiera ilegítimamente menoscabar estos derechos. También puede actuar cuando aparezcan problemas relacionados con el derecho a la asistencia jurídica gratuita y al turno de oficio. Actúa a su vez ante retrasos o dilaciones en los procesos civiles, penales, contencioso-administrativos y laborales. Por el

recurso de amparo contra decisiones parlamentarias (art. 42); b) recurso de amparo contra decisiones gubernativas y administrativas (art. 43); c) recurso de amparo contra decisiones judiciales (art. 44). Por cuanto respecta a la legitimidad para su interposición señalar que toda persona, natural o jurídica, que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal podrán interponer un recurso de amparo. Para la interposición de este recurso frente a decisiones gubernativas o administrativas, y contra decisiones judiciales, es necesario agotar la vía judicial previa, así como haber invocado en ésta, tan pronto como fuera posible, la vulneración del derecho fundamental que se pretende hacer valer. Por cuanto respecta a los plazos de interposición: contra decisiones gubernativas o administrativas y del recurso de amparo contra decisiones judiciales es de veinte y treinta días, respectivamente, desde la notificación de la resolución que pone fin a la vía judicial previa. El plazo para la interposición del recurso de amparo contra decisiones parlamentarias es de tres meses desde que conforme con la normativa interna de las Cámaras sean firmes.

62] Para conocer en más profundidad esta figura, así como las vías para recurrir a él, se recomienda visitar su web oficial, disponible a través del enlace: <https://www.defensordelpueblo.es/> (Consultado en fecha: 13/05/2018).

63] Las Cortes Generales otorgaron al DPE la condición de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, lo que se hizo a través de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que introduce una disposición final única en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo.

contrario no entra a conocer quejas sobre casos individuales de los que haya conocido o esté conociendo un juez. Ello sin perjuicio de actuar, en su caso, sobre asuntos generales de la Justicia. El Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado colaboran con el Defensor del Pueblo para resolver las quejas en este ámbito.

En este aspecto y en relación a lo mencionado anteriormente también nos parece importante reseñar la figura del Defensor del Pueblo Andaluz quien tiene atribuido por ley, poderes para la "...defensa de los derechos y libertades comprendidos en el título primero de la Constitución". Por tanto sus facultades también se extienden sobre los preceptos que tratamos, dispersos entre los arts. 24 y 25 de la CE. Para conocer con mayor profundidad este mecanismo, se recomienda visitar su web oficial⁶⁴, a través de la cual es posible también además de recabar su contacto, la presentación de una queja.

64] Defensor del Pueblo Andaluz. Accédase a través del enlace: <http://www.defensordelpuebloandaluz.es/>. Consultado en fecha 30/06/2018.



4

「 **Derecho a la asistencia
jurídica gratuita**

CAPÍTULO IV. EL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. _____

En el capítulo anterior, dedicado a la tutela judicial efectiva, se reflexionaba sobre la importancia del reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita para que el ejercicio de ese derecho fundamental fuera efectivo. Es por ello que en el desarrollo de este capítulo vamos a exponer la relación existente entre ambos derechos y la evolución histórica que el derecho a la asistencia jurídica gratuita para las personas extranjeras ha sufrido en nuestro país. Finalizaremos con un análisis del panorama actual en que se encuentra el colectivo de personas extranjeras que quieren ejercitar este derecho.

El punto de partida para la regulación de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico es el art. 119 de la CE. Este precepto se integra en el Título VI, referido al Poder Judicial; de ahí que resulte lógico que la asistencia jurídica gratuita se proyecte a priori en los procesos judiciales. La conexión entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva permite observar, como así lo ha hecho la doctrina constitucional, que no puede haber efectividad en la tutela del derecho fundamental si no se dispensa la justicia de forma gratuita ante casos de insuficiencia o ausencia de recursos económicos.

La consecuencia de este planteamiento, cómo mencionábamos al comienzo de este capítulo, es el reforzamiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita debido a su vinculación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Así se explica que aunque el derecho a la asistencia jurídica gratuita tenga configuración legal, según el propio art. 119 de la CE, que textualmente dice que “La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley...”, se asocie directamente con el núcleo duro del derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales. La asistencia jurídica gratuita se proyecta, como ya decíamos, en los procesos judiciales pero el propio enunciado del artículo citado permite plantear la cuestión relativa a la posible extensión del beneficio de la justicia gratuita a los procedimientos administrativos. Veremos en el desarrollo de este capítulo qué ocurre con los procedimientos administrativos y cómo las personas extranjeras se ven afectadas intensamente por la actuación de las administraciones públicas en relación a la extranjería, de la que dimanan numerosos procedimientos administrativos. Esta circunstancia, unida a la brevedad de los plazos en esta materia y las dificultades que puede tener la población inmigrante, nos obliga a dedicarle especial atención a la extensión del beneficio de la justicia gratuita a los procedimientos administrativos.

Por otra parte antes de adentrarnos en la evolución histórica, mencionar que el beneficio de asistencia jurídica es un derecho fundamental reconocido por el Consejo de Europa, y multitud de convenios y tratados internacionales ratificados por nuestro ordenamiento jurídico. Así el art. 6 del CEDH, establece que toda persona tendrá derecho a que su causa sea oída equitativamente. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prevé, en su art. 47.3, la concesión de asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre que dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del derecho de acceso a la justicia.

La Unión Europea cuenta con la Directiva 2003/8/CE, del Consejo de 27 de enero, con objeto de mejorar el acceso a la justicia en los asuntos transfronterizos. Esta Directiva garantiza la concesión de una asistencia judicial adecuada, en determinadas condiciones, a las personas que no puedan hacer frente a los costes de un proceso debido a su situación

económica. La única indicación al respecto que realizan los instrumentos internacionales es que las personas beneficiarias de la gratuidad de la justicia residan habitualmente en los Estados, equiparando así a los nacionales de los estados con las personas extranjeras que residan en ellos.

Aunque no es motivo del análisis de esta guía, no está de más recordar que el derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende, en líneas generales, las siguientes prestaciones:

- Asesoramiento y orientación gratuitos con carácter previo al inicio del proceso.
- Asistencia de Abogado al detenido o preso.
- Defensa y representación gratuitas por Abogado y Procurador en el procedimiento judicial.
- Inserción gratuita de anuncios o edictos, en el curso del proceso, que preceptivamente deban publicarse en periódicos oficiales.
- Exención de tasas judiciales, así como del pago de depósitos para la interposición de recursos.
- Asistencia pericial gratuita en los términos establecidos en la ley.
- Obtención gratuita de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales.
- Reducción del 80% de los derechos arancelarios que correspondan por determinadas actuaciones notariales.
- Reducción del 80% de los derechos arancelarios que correspondan por determinadas actuaciones de los registros de la propiedad y mercantil.

A. Evolución histórica

La primera ley de extranjería, la LO 7/1985⁶⁵, tan solo hacía una referencia al derecho a la asistencia letrada en el art. 30, dónde se contemplaba que se concedería de oficio en los supuestos de detención de la persona extranjera expedientada. Por ello, y como pone de manifiesto Aguelo Navarro⁶⁶, no cabe ninguna duda del carácter preceptivo que siempre tuvo en nuestro ordenamiento jurídico la asistencia letrada en materia de extranjería en la fase administrativa.

La primera regulación completa del derecho de asistencia jurídica gratuita para las personas extranjeras la encontramos en la ley de asistencia jurídica gratuita⁶⁷, donde el art. 2.a limitaba el derecho a los españoles, a los nacionales de los estados de la Unión Europea y a los extranjeros que residan legalmente en España. Tan solo el apartado c) amplía este derecho, incluso a la vía administrativa previa y por supuesto la judicial, en los casos de solicitud de asilo, aún cuando no se sea residente legal. "En el orden contencioso-administrativo así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en todos aquellos procesos relativos a su solicitud de asilo."

Por su parte el art. 2.3 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se

65] Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. BOE núm. 158, de 3 de julio de 1985

66] Aguelo Navarro, P "Comentarios a la Ley de extranjería" obra colectiva Dir. Aguelo Navarro, p, Colex 2013, pag.153.

67] Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. BOE núm. 11, de 12/01/1996

aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 aprobado a los pocos días de la Ley de asistencia jurídica gratuita, solo se refería al derecho de los extranjeros a la asistencia letrada en caso de detención, que se proporcionará de oficio, en su caso. Reconocimiento absurdo pues el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim.) ya reconocía el derecho de toda persona detenida a la asistencia letrada.

Frente al art. 2.a de la Ley de asistencia jurídica gratuita se alza el Defensor del Pueblo incitado por varias organizaciones sociales, entre las que se encontraba Andalucía Acoge (en esos momentos y al hilo de lo anterior se diseña la campaña “No a la privación del derecho fundamental a la justicia gratuita para los extranjeros sin residencia legal”), para interponer recurso de inconstitucionalidad por no respetar el contenido esencial del art. 24 de la CE.

El TC en su Sentencia del pleno 95/2003, de 22 de mayo de 2003⁶⁸ declaró la inconstitucionalidad del inciso “legalmente” y realizó una sentencia interpretativa del término “residan”, en el sentido de referirse a la “situación puramente fáctica de los que se hallan en territorio español, sin que quepa atribuir a la referida expresión un significado técnicamente acuñado de residencia autorizada administrativamente”, por lo que a partir de la publicación de la sentencia, el derecho a la asistencia jurídica gratuita se extiende a todos los extranjeros que se encuentren en España con independencia de su situación legal. Lo único que sí queda claro es que el derecho no puede extenderse a quien no se encuentre en territorio nacional.

La ley de extranjería 4/2000, en su versión original, recogía en el apartado 2º del art. 20 el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita para cualquier jurisdicción a los extranjeros residentes, legales se entiende, ya que esa mención es previa a la sentencia del TC antes citada, y a los demás con la única condición de que se encuentren empadronados en algún municipio del territorio nacional, lo que adelantaba la exigencia de la sentencia antes citada. La norma no se quedaba ahí, pues en el párrafo 1º ampliaba el derecho a la asistencia jurídica gratuita incluso para los procedimientos administrativos que pudiesen llevar aparejada la denegación de entrada, expulsión o salida obligatoria, así como en los procedimientos de asilo, ya reconocido por la ley de asistencia jurídica gratuita. La referencia a los procedimientos judiciales que pudiesen provocar la denegación de entrada, expulsión o salida obligatoria, ampliaba el derecho incluso a aquellas personas extranjeras en situación irregular no empadronadas.

Se echa en falta la mención a los procedimientos de devolución, entonces regulados en el art. 54 y denominados retornos. Esta omisión quedaba subsanada desde el punto y hora que el art. 26.3 de la ley de extranjería vigente entonces establecía que “la salida será obligatoria en los siguientes supuestos:

- a) Expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el Código Penal.
- b) Expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa en los casos previstos en la presente Ley.
- c) Denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, salvo que la solicitud se hubiere realizado al amparo del art. 29.3.”

68] STC 95/2003, de 22 de mayo, BOE núm. 138, de 10 de junio de 2003.

Por ello, al ser la devolución una salida obligatoria, el extranjero estaba amparado por la justicia gratuita incluso sin estar empadronado. Lo mismo podía predicarse de la vía administrativa previa, y de la contenciosa, para el recurso frente a las denegaciones de autorizaciones de residencia, por llevar estas aparejadas una salida obligatoria, como acabamos de ver.

Tras la reforma operada por la LO 8/2000, también anterior a la sentencia del TC antes citada, se modifica el ámbito subjetivo de las y los beneficiarios de la justicia gratuita, exigiéndose en el art. 22, con carácter general, la residencia, que entonces se interpretaba como residencia legal, ampliándose a la vía administrativa previa, no solo en los casos de asilo, que ya reconocía la ley de asistencia jurídica gratuita, sino también en los casos de denegación de entrada, devolución y expulsión, alcanzando también en estos casos a la jurisdicción contenciosa con el único requisito de hallarse en España. Lo que se excluyó fue el derecho de asistencia jurídica gratuita en la vía administrativa previa y contenciosa ulterior ante denegaciones de autorizaciones de residencia, al hacer desaparecer la referencia a los supuestos de salida obligatoria. Como pone de manifiesto Losada González⁶⁹, una vez más la situación administrativa del extranjero determina el reconocimiento del derecho.

Este precepto fue recurrido en inconstitucionalidad dando lugar a la famosa Sentencia del TC 236/2007 de 7 de noviembre⁷⁰. El tribunal entendió que la referencia a la residencia “supone la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia para que los extranjeros puedan acceder a la asistencia jurídica gratuita...”

Y eso, como ya se declaró, vulneraba el art. 24 de la CE. Antes el TC interpretó el “que residan” como que se hallen en España, pero ahora al decir extranjeros “residentes”, considera que se exige la legalidad y anula ese requisito.

B. Regulación y reconocimiento actual del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Será, por tanto, con la LO 2/2009 cuando se le da la actual redacción al art. 22 de la ley de extranjería. Será esta regulación la que definitivamente consagre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de todos los extranjeros que se encuentren en España sin hacer distinciones en función de su legalidad o ilegalidad administrativa.

Según dicho precepto para tener derecho a la asistencia jurídica gratuita es preciso, en primer lugar, que la persona extranjera se halle en España, con o sin título para permanecer legalmente. Sin embargo y pese a este requisito el inciso último permite acceder a la justicia gratuita desde el exterior, siempre que esta se tramite a través de la misión diplomática. Es difícil llegar a comprender la contradicción existente en este precepto, pues por un lado exige la estancia en España, pero por otro lado se permite su tramitación desde el extranjero. Para dar una interpretación coherente tan solo se nos ocurre interpretarlo en el sentido de que cuando surgió el procedimiento para el que

69] Losada González, H “Estatuto legal de los extranjeros en España” obra colectiva Tratado de extranjería Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales” coord.. Palomar Olmeda. Thomson Aranzadi 2007, pag.159.

70] STC 236/2007, de 7 de noviembre, BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007.

la persona extranjera solicitara justicia gratuita esta debía encontrarse en España, aún cuando posteriormente haya salido, en cuyo caso podrá solicitar y tramitar la justicia gratuita desde el exterior. Con esta interpretación lo que si quedaría fuera del derecho es aquella persona extranjera que no se encontraba en España en el momento del inicio del procedimiento administrativo o judicial, por ejemplo quienes solicitan un visado y este le es denegado.

También se concede la justicia gratuita para cualquier jurisdicción, ampliándolo a la vía administrativa previa, pero en este caso solo para los procedimientos administrativos de denegación de entrada, devolución, expulsión y en todos los procedimientos de protección internacional.

El apartado tercero es difícilmente comprensible, sobre todo en lo que a la manifestación de la voluntad de recurrir se refiere⁷¹.

Este apartado exige la tramitación de la oportuna solicitud de asistencia justicia gratuita para impugnar la resolución que se haya dictado en la vía administrativa previa. En opinión de Aguelo Navarro⁷² no nos estamos refiriendo a una "nueva solicitud", pues esa era la exigencia que constaba textualmente en el texto del proyecto que tras el informe del Consejo General de la Abogacía y del Consejo General del Poder Judicial, se transformó en "oportuna solicitud". Sin embargo no se alcanza a comprender la referencia a la oportuna solicitud en el apartado tercero cuando se refiere al procedimiento contencioso-administrativo, sobre todo si partimos de la base de que para la vía administrativa previa ya debió existir, también, esa oportuna solicitud. Por ello entendemos que lo que se está exigiendo es una nueva solicitud, aún cuando en la vía administrativa previa ya se haya disfrutado del beneficio de justicia gratuita. Lo razonable sería que si ya ha sido reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita en esa vía administrativa previa, sus efectos se extendiesen a la vía judicial, como reconoce la ley de asistencia jurídica gratuita para la segunda instancia en su art. 7, pero no ha sido así, por lo que deberá formularse por parte de la persona extranjera una nueva solicitud, aun cuando haya transcurrido escasas semanas o incluso días.

Más incomprensible aún es la exigencia de la manifestación de la voluntad de recurrir, de la que ha de dejarse constancia en la forma prevista en la LEC, forma que en dicha ley no existe, pues el ejercicio de las acciones se manifiestan con su uso. Además es absolutamente irrelevante, pues incluso si no existiese esa manifestación de la voluntad de recurrir, el ejercicio en tiempo y forma del recurso jurisdiccional sería suficiente para que este se tramitase, no pudiendo suponer esa manifestación un requisito preprocesal que pudiera suponer una causa de inadmisión, pues no está así previsto en ninguna de las leyes procesales.

La redacción de este apartado pretendía evitar los problemas de representación que se estaban produciendo cuando la persona extranjera ya había sido devuelta a su país

71] "3. En los procesos contencioso-administrativos contra las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa en materia de denegación de entrada, devolución o expulsión, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita requerirá la oportuna solicitud realizada en los términos previstos en las normas que regulan la asistencia jurídica gratuita. La constancia expresa de la voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente deberá realizarse de conformidad con lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o en caso de que el extranjero pudiera hallarse privado de libertad, en la forma y ante el funcionario público que reglamentariamente se determinen."

72] Aguelo Navarro, P. "Comentarios..." op. cit. pág. 156.

de origen o incluso en aquellos supuestos en que se encontraba en ignorado paradero y por parte de los letrados de la administración de justicia se exigía la acreditación de la representación procesal a los letrados actuantes, que se veía imposibilitado/a para acreditar pese a ser designado/a de oficio.

El TC declaró en su Auto 274/2009 de 30 noviembre que:

"la designación de abogado de oficio en vía administrativa no supone atribuir al designado la representación del interesado a los fines de interponer recurso contencioso-administrativo"

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo sala tercera, sección 5ª, de 11 de marzo de 2008, dictada en el recurso de casación 270/2004. Sin embargo esa redacción, ni solucionaba el problema, ni podía solucionarlo, ya que la representación solo podía realizarse mediante poder notarial o apoderación apud acta ante cualquier letrado/a de la administración de justicia. Por ello hay quien opina que la remisión a LEC, lo es al art. 24 que regula las formas de representación voluntaria.

Como bien ponen de manifiesto Jover Gómez-Ferrer, Ortega Carballo y Ripol Caruña⁷³ el legislador confunde la manifestación de la voluntad de recurrir, con la forma jurídica de la representación procesal.

Hubiera sido necesario, y así se propone desde Andalucía Acoge que se modifique la ley de asistencia jurídica gratuita, para que la designación de oficio de letrado, en aquellos procedimientos en los que no es preceptiva la intervención de procurador, se extienda también y de forma automática, a la representación procesal en el caso de que la pueda ostentar el abogado, de ahí que el artículo 6 debería modificarse en este sentido.

No obstante ya existen resoluciones de tribunales superiores de justicia⁷⁴ que ponen de manifiesto que lo dispuesto en el art 2º letra e) de la ley de asistencia jurídica gratuita es norma especial, que como tal prevalece sobre la norma general, es decir que mientras en el art 6º apartado 3 se establece como regla general que no procede el nombramiento de procurador cuando este no es preceptivo, lo cual es lógico, pues podrá actuar ante la jurisdicción en su propio nombre, en el art 2 apartado 2º letra e), se prevé que aun en dicho supuestos, cuando se trata de recurrir una orden de expulsión o devolución, el extranjero podrá actuar con procurador nombrado por el turno de asistencia jurídica gratuita". Es decir que en estos casos debe designarse procurador de oficio aun cuando su intervención no sea obligatoria, lo que solucionaría el problema de la representación⁷⁵.

C. El derecho a la asistencia jurídica gratuita en la Ley de Asilo.

La directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional en su art. 20.1 reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita para los procedimientos de recurso en materia de protección internacional, siendo obligatorio

73] Jover Gómez-Ferrer, R. Ortega Carballo, C y Ripol Caruña, S "Derechos Fundamentales de los extranjeros en España" Lex Nova 2010, pág.267.

74] Autos 187/2018 de 2 de julio y 192 de 9 de julio de la sección 2ª del TSJA con sede en Málaga.

75] Véase infra.

para los estados su reconocimiento solo para los recursos jurisdiccionales, art. 21.2. A su vez permite, junto al reconocimiento del derecho estatal a la asistencia jurídica en vía de recursos administrativos, que los Estados puedan también ampliarlo a los procedimientos en primera instancia, art. 20.2.

Así, la Ley de asilo, en su art. 16.2 y 18 reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita para todos los/as solicitantes de protección internacional. Ese derecho se extenderá a la formalización de la solicitud y a toda la tramitación del procedimiento, en primera instancia o ulteriores recursos administrativos. Junto a ello tenemos la ley de asistencia gratuita y la ley de extranjería, que como hemos visto reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a las personas solicitantes de asilo tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional, por lo que España ha reconocido el máximo de derechos permitido por la directiva.

Bien es cierto que la directiva también permite negar el derecho cuando los solicitantes ya no se encuentren en el territorio del Estado miembro, que es lo que hace la normativa nacional al exigir, con carácter general que el extranjero se halle en España, si bien es cierto, como ya pusimos de manifiesto, que deja la puerta abierta a la solicitud de la asistencia jurídica gratuita se pueda hacer desde el extranjero, art. 22.3 de la ley de extranjería.

El apartado 3º del art. 20 de la directiva permite, incomprensiblemente, negar la asistencia jurídica gratuita si el recurso tiene pocos visos de prosperar, lo que supondría un prejuicio insostenible y ello pese a que el mismo precepto pretenda garantizar el recurso jurisdiccional efectivo, permitiendo así a la persona extranjera ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva que analizábamos en el capítulo anterior. Evidentemente no puede vincularse el derecho a la asistencia y representación gratuita al resultado del recurso. Afortunadamente dicha previsión no ha sido adoptada en nuestro derecho interno.

También el art. 19.4 reconoce a los/as solicitantes de asilo el derecho a entrevistarse con un/a abogado/a en las dependencias de los puestos fronterizos y centros de internamiento de extranjeros. En los supuestos de asilo en frontera, de los del art. 21 de la ley de asilo, la asistencia jurídica es preceptiva, por lo que si no designa letrado/a se le proporcionará de oficio. No hemos de olvidar que conforme al art. 25.2 de la ley de asilo las solicitudes de protección internacional en centros de internamiento se equiparan a los asilos en fronteras.

Por el contrario, en los demás casos la asistencia letrada es renunciable, pero si el/la solicitante la desea se le ha de otorgar irremisiblemente.

D. El derecho a la asistencia jurídica gratuita de las personas extranjeras en la legislación autonómica, Junta de Andalucía.

En nuestro país, corresponde a las comisiones de asistencia jurídica gratuita —de demarcación territorial provincial— el reconocimiento del derecho a esta asistencia jurídica gratuita. Es por ello que debemos hacer expresa mención a lo recogido de forma autonómica respecto a este derecho puesto que la organización y el funcionamiento de estas comisiones se regulan también en las normas dictadas por varias comunidades autónomas, entre las que se encuentra Andalucía.

El Estatuto de Andalucía, garantiza en su art. 29 la asistencia jurídica gratuita.

En desarrollo de dicha garantía se dictó el decreto 67/2008 , que establece determinadas especialidades respecto a los/as ciudadanos/as extranjeros/as, tales como que no precisan aportar la documentación acreditativa de su situación económica, si su situación de irregularidad administrativa se lo impidiese, para la obtención de la asistencia jurídica gratuita en procedimientos administrativos o judiciales sobre denegación de entrada, devolución, retorno o expulsión del territorio español, así como en los procedimientos de asilo, art. 15.2.

Por su parte el art. 18.1 establece que:

"en todo caso, se producirá la designación de procurador o procuradora para los procedimientos judiciales cuando el interesado se encuentre privado de libertad en virtud de un procedimiento administrativo o judicial."

Esta mención sí pretende paliar, en parte, el problema de la representación del letrado/a al que antes aludíamos pero solo para el caso de que la persona extranjera pudiese estar privada de libertad en un centro penitenciario o en un centro de internamiento, de ahí la mención a la privación de libertad administrativa. Y esto es así pues el procurador/a designado/a de oficio no precisa acreditar la representación, pues la designa colegial es suficiente, según ha venido reconociéndose por los tribunales. Sirva como ejemplo la Sentencia 1200/2015 de 8 de mayo de 2015 del Tribunal Superior de justicia de Andalucía, sala de lo contencioso-administrativo de Málaga, sección 3ª , en tanto la designación de letrado/a no implica atribución de la representación, per se, de la representación procesal, mientras esto no es así en el caso de nombramiento de procurador/a el único a quien explícitamente se le encomienda el ejercicio de la representación procesal de la persona solicitante de justicia gratuita.

Desde el reglamento andaluz de asistencia jurídica gratuita de 1999, el anexo 2º recogía la vía administrativa previa a la jurisdicción contenciosa, donde se enmarcaban las indemnizaciones en las materias que establecía la ley de extranjería. La orden de 9 de marzo del año 2009, por la que se aprueban los módulos y bases de compensación económica por los servicios de asistencia jurídica gratuita en Andalucía hace desaparecer la vía administrativa previa entre las bases de compensación, lo que suponía una limitación al derecho a la asistencia letrada de las personas extranjeras, que sí tenían reconocida esta vía previa en la ley de extranjería. Por ello Andalucía Acoge interpuso un recurso contencioso administrativo, tras el cual la Consejería de Gobernación y Justicia, aprobó la Orden de 16 de abril de 2010, por la que se modifican los módulos y bases de compensación económica de los servicios de asistencia jurídica gratuita en el turno de oficio, aprobados mediante Orden de 9 de marzo de 2009 , reconociendo y con efectos retroactivos desde el 1 de Enero del 2009 las indemnizaciones por los asuntos de extranjería, dando con ello satisfacción extraprocesal. Desde entonces y conforme al anexo primero se indemnizaban los:

"recursos administrativos interpuestos en materia de extranjería, en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada, permiso de trabajo, permiso de residencia, alegaciones expedientes de expulsión, recursos de revisión, contra resoluciones sobre visados de tránsito/estancia y sus prórrogas, contra resoluciones de denegación de entrada, de retorno y devolución y en todos los procedimientos en materia de asilo, fuera de los supuestos contemplados como puntos de entrada masiva."

En este sentido iba mucho más allá el reconocimiento del derecho en el ámbito de la comunidad autónoma, que incluso indemnizaba a los/as letrados/as que actuaban de oficio ante denegaciones de autorizaciones de residencia y trabajo e incluso de visados, sin que fuesen procedimientos de denegación de entrada, devolución o devolución, como exigía la redacción de la LO 2/2009 ya en vigor.

Sin embargo esta situación ha revertido con la reciente aprobación de la Orden de 13 de febrero de 2018, que deroga la Orden de 2009 y que limita el módulo correspondiente al procedimiento administrativo en materia de extranjería, asilo y protección internacional, a las intervenciones letradas en la tramitación de los expedientes administrativos para los que se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita en la Ley de extranjería y en la ley de asilo, art. 6.1. Es decir los procedimientos de denegación de entrada, devolución, expulsión y protección internacional.

También se mantiene el módulo de compensación por “puntos de entrada masiva”, término peyorativo, por lo que desde Andalucía Acoge optamos por referirnos a entradas colectivas o marítimas, limitándose la asistencia a 12 personas por profesional en aras de la calidad del servicio, art. 6.2. Este límite ya se incluyó en la reforma operada en la orden del 2009 por la orden de 16 de abril del 2010 ya citada. Si bien allí se establecía una base de indemnización diferente en función de que las personas atendidas fuesen menos de 6 o entre 6 y 12. Ahora, con el límite de 12 personas atendidas por cada letrado/a, se indemnizará con el importe de 37´50 €/persona, lo que incluye la asistencia propiamente dicha y la tramitación de los procedimientos administrativos que fueran pertinentes, en concreto los recursos de alzada.

El Defensor del Pueblo en su informe monográfico sobre asistencia jurídica a los extranjeros ya manifestó que el número de personas a asistir por cada letrado no debe exceder de las posibilidades para prestar una asistencia adecuada de carácter individual.



5

El derecho a la educación.

CAPÍTULO V. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.

La educación constituye un derecho básico de la persona, garantizado en nuestra Constitución y que debe corresponder por igual a todos y todas, independientemente de la situación administrativa. Por ello el acceso normalizado de la población inmigrante a la educación ha sido una de las principales reivindicaciones de Andalucía Acoge desde sus comienzos⁷⁶.

A modo de consideración previa, cabe mencionar que podemos encontrar información complementaria sobre el derecho a la educación en la Guía sobre el Derecho a la Educación para personas extranjeras mayores de 16 años, publicada por Andalucía Acoge⁷⁷.

A. Regulación y reconocimiento.

El art. 27 de la CE dispone que “todos tienen el derecho a la educación” (apartado 1), la cual “tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales” (apartado 2), correspondiendo a los poderes públicos garantizar “el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza” (apartado 5) “que cuando es básica es obligatoria y gratuita” (apartado 4).

Por su parte, en los convenios internacionales que obligan a España, el derecho a la educación se consagra en términos similares. Por ejemplo, el art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que:

“Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. (...) La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada, el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos”.

A su vez, el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) establece que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación”, añadiendo que la enseñanza secundaria en todas sus formas y la superior deben hacerse accesibles a “todos”.

Es decir, el derecho a la educación consagrado en el art. 27 de la CE, e interpretado a la luz de los instrumentos internacionales citados, corresponde a “todos”, independientemente de su condición de nacional o extranjero y de su situación administrativa regular o irregular.

En la ley de extranjería encontramos que, tras la reforma realizada en el año 2009 a la ley de extranjería, el derecho a la educación de las personas extranjeras queda

76] Ya en 1999, en la publicación “Propuestas para una política alternativa sobre inmigración”, Andalucía Acoge planteaba propuestas para garantizar a los inmigrantes el derecho a la educación, fundamentalmente en dos ámbitos: el acceso al sistema educativo y la adaptación e integración escolar. Dicha publicación se encuentra disponible en el siguiente enlace: <http://acoge.org/publicaciones-sobre-politicas-alternativas/>

77] Guía disponible en: <http://acoge.org/wp-content/uploads/2018/01/GuiaEducacion.pdf>

reconocido en su art. 9 de la siguiente forma⁷⁸:

1. *"Los extranjeros menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza posobligatoria. Este derecho incluye la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles. En caso de alcanzar la edad de dieciocho años en el transcurso del curso escolar, conservarán ese derecho hasta su finalización.*
2. *Los extranjeros mayores de dieciocho años que se hallen en España tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa. En todo caso, los extranjeros residentes mayores de dieciocho años tienen el derecho a acceder a las demás etapas educativas posobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles. (...)"*

De la redacción de este artículo cabe deducir lo siguiente:

- El derecho a la educación incluye el acceso al nivel educativo correspondiente, la obtención de la titulación académica y el acceso al sistema público de becas y ayudas.
- Las personas extranjeras menores de 16 años tienen, con independencia de su situación administrativa regular o irregular, el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria.
- Las personas extranjeras con edades comprendidas entre los 16 y los 18 años tienen, al margen de su situación administrativa, derecho a la educación, incluida su etapa no obligatoria. Además, si alcanzan la mayoría de edad en el transcurso del curso escolar, mantienen el derecho hasta que finalice.
- Las personas extranjeras mayores de 18 años que sean titulares de una autorización para residir en España disfrutan del derecho a la educación en las mismas condiciones que las/los españoles.
- Las personas extranjeras mayores de 18 años que se hallen en España en situación administrativa irregular tienen derecho a la educación no obligatoria, eso sí, en la forma y con las condiciones que establezca la legislación educativa.

La Ley Orgánica de Educación 2/2006 de 3 de mayo, en su art. 1, reconoce entre los principios y fines de la educación "la equidad, que garantice la igualdad de oportunidades, la inclusión educativa y la no discriminación y actúe como elemento compensador de las desigualdades personales, culturales, económicas y sociales (...)."

Más allá de esta referencia a la equidad, no existe ninguna mención específica al alumnado extranjero hasta su disposición adicional decimonovena, dedicada específicamente a este colectivo y que establece lo siguiente:

"Lo establecido en esta Ley en relación con la escolarización, obtención de

78] Ley Orgánica 2/2009, de 11 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.

títulos y acceso al sistema general de becas y ayudas al estudio será aplicable al alumnado extranjero en los términos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y en la normativa que la desarrolla”.

Nos encontramos ante una doble remisión normativa, dónde la Ley de Extranjería remite a la Ley de Educación y esta, a su vez, a la de extranjería. Esta doble remisión deja un vacío normativo en cuanto a la regulación a nivel estatal de la situación del alumnado extranjero mayor de edad sin autorización de residencia, con respecto al acceso a la educación postobligatoria.

En el ámbito de la jurisprudencia, cabe hacer referencia a dos sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional sobre el derecho a la educación de las personas extranjeras y que resultan fundamentales en esta materia. Se trata de las Sentencias 236/2007, de 7 de noviembre y 55/2015, de 9 de julio de 2015⁷⁹.

En la Sentencia 236/2007, como ya hemos mencionado en el primer capítulo, el alto tribunal dio la razón al Parlamento de Navarra en el recurso planteado contra la redacción del apartado 3 del art. 9 de la Ley de Extranjería (derecho a la educación de las personas extranjeras) que resultó tras la reforma realizada a dicha ley en diciembre del año 2000 y que establecía lo siguiente⁸⁰:

“Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas”⁸¹.

En virtud de esta sentencia, quedó eliminado por inconstitucional el inciso “residente”. De este modo, el TC anuló la exigencia de la residencia y declaró el derecho de educación en España un derecho universal para todos y todas, independientemente de su nacionalidad, situación administrativa, edad y ciclo de estudios que se desee cursar: infantil, educación obligatoria, bachillerato, ciclos formativos, estudios universitarios etc.

Por su parte, en la Sentencia 155/2015, de 9 de julio, el TC desestimó el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Parlamento de Navarra contra la actual redacción del segundo párrafo del art. 9 de la ley de extranjería que regula el acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros mayores de edad. Pese a tratarse de una decisión desestimatoria, el alto TC viene de nuevo a confirmar el carácter universal del derecho a la educación e insiste en que cualquier persona extranjera mayor de edad, con

79] STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, BOE núm. 295 de 10 diciembre de 2007.

80] La Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre reformó la Ley de Extranjería.

81] El art. 9 de la Ley de Extranjería, en la redacción resultante tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre establecía:

1. “Todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas.

2. En el caso de la educación infantil, que tiene carácter voluntario, las administraciones públicas garantizarán la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo

independencia de su situación administrativa, es titular de dicho derecho.

De este modo, pese a que el acceso a la educación de los “no residentes” mayores de 18 años queda garantizado, lo está, eso sí, en la forma y con las condiciones que pueda establecer la legislación educativa en su conjunto⁸². Legislación que, como vimos, no establece condición alguna y únicamente se remite a la ley de extranjería. Por tanto, a día de hoy cabe afirmar el carácter universal del derecho a la educación para las personas extranjeras en España.

Lo anterior, sin perjuicio de que en un futuro dicho derecho pueda matizarse en algún aspecto, tal y como de hecho ya ha ocurrido respecto del acceso a becas y ayudas.

En ese sentido, cabe referirnos a dos sentencias clave en materia de acceso a becas y ayudas para el estudio por parte de las personas extranjeras. A saber, la Sentencia de la Audiencia Nacional (AN) de 28 de septiembre de 2010 y la dictada por el TS el 8 de noviembre de 2011.

La decisión de la Audiencia Nacional resolvió positivamente un recurso interpuesto por la Red Acoge contra la resolución de 2 de junio de 2008 de la Secretaría de Estado de Educación y Formación, por la que se convocan las becas y ayudas al estudio de carácter general, para el curso académico 2008-2009, para el alumnado que curse estudios postobligatorios no universitarios⁸³.

En dicha sentencia, la AN anula un precepto que obligaba a acreditar a los extranjeros no comunitarios su condición de residentes para acceder a las becas y ayudas en este tramo educativo, concluyendo que no se le puede negar dicho acceso al alumnado extranjero que no posea autorización de residencia en España.

Por su parte, la Sentencia del TS de 8 de noviembre de 2011, desestimó el recurso de casación planteado por Andalucía Acoge contra la Sentencia de 30 de septiembre de 2010 de la Audiencia Nacional, recaída en el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Federación solicitando la anulación de la Resolución de convocatoria de becas para los alumnos que vayan a iniciar estudios universitarios en el curso 2008/09, que exigía

solicite.

3. Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas.

4. Los poderes públicos promoverán que los extranjeros residentes que lo necesiten puedan recibir una enseñanza para su mejor integración social, con reconocimiento y respeto a su identidad cultural.

5. Los extranjeros residentes podrán acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes. Asimismo podrán crear y dirigir centros de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes”.

82] STC 155/2015 de 9 de julio de 2015. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-9197>.

83] La norma que en esta sentencia se impugna es la RESOLUCIÓN de 2 de junio de 2008, de la Secretaría de Estado de Educación y Formación, por la que se convocan becas y ayudas al estudio de carácter general, para el curso académico 2008-2009, para alumnado que curse estudios postobligatorios no universitarios. BOE núm. 148, de 19 de junio de 2008. En su artículo 1 indica los estudios comprendidos, que son: Primer y segundo cursos de bachillerato, Formación Profesional de grado medio y de grado superior, Enseñanzas artísticas profesionales, Enseñanzas deportivas, y Estudios de idiomas realizados en escuelas oficiales de titularidad de las administraciones educativas, incluida la modalidad de distancia.

a los estudiantes extranjeros no comunitarios acreditar su condición de residente para poder concurrir a la convocatoria⁸⁴.

No obstante, pese a que en su decisión del año 2011 el TS niega el derecho de los estudiantes extranjeros no residentes a disfrutar de la gratuidad de la educación superior en las mismas condiciones que las personas españolas a través del acceso a becas y ayudas para cursar estudios universitarios, el alto tribunal vuelve a incidir en el carácter universal del derecho a la educación, que corresponde a "todos, con independencia de su condición nacional o situación como extranjero".

A continuación se expondrá brevemente la regulación específica de cada etapa educativa, extrayendo de dicho análisis las principales dificultades que se encuentran las personas extranjeras cuando quieren ejercer su derecho a la educación ya sean estas menores o mayores de edad.

B. Educación infantil.

La vigente Ley de extranjería no se pronuncia respecto a este nivel educativo, existiendo así un vacío legal, por lo que debemos acudir a la normativa específica de educación para ver las referencias que se hace en ella respecto a las personas extranjeras.

Así la vigente Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo de Educación, en su art. 12 recoge lo siguiente:

"La educación infantil es la etapa educativa con identidad propia que atiende a niñas y niños desde el nacimiento hasta los seis años de edad. Tiene carácter voluntario y se ordena en dos ciclos. El primero comprende hasta los tres años, y el segundo, desde los tres a los seis años de edad."

Comprende la legislación de educación a todos los niños y niñas sin distinción ninguna, por lo que podemos afirmar que los requisitos de acceso a este tipo de formación son independientes de la situación administrativa del solicitante, por lo que todo menor extranjero tiene derecho a acceder a esta etapa educativa⁸⁵.

Las normas de acceso están reguladas en normativa correspondiente⁸⁶, y de ella no se desprende ningún tipo discriminación para el colectivo extranjero y sus hijos. De igual

84] RESOLUCIÓN de 2 de junio de 2008, de la Secretaría de Estado de Educación y Formación, por la que se convocan becas de carácter general y de movilidad, para el curso académico 2008-2009, para alumnado universitario y de otros estudios superiores. BOE núm 152, 24 de junio de 2008.

85] Los criterios de acceso de primer y segundo ciclo vienen determinados en Andalucía, en Decreto-ley 1/2017, de 28 de marzo, de medidas urgentes para favorecer la escolarización en el primer ciclo de la educación infantil en Andalucía y Decreto 9/2017, de 31 de enero, por el que se modifica el Decreto 40/2011, de 22 de febrero, por el que se regulan los criterios y el procedimiento de admisión del alumnado en los centros docentes públicos y privados concertados para cursar las enseñanzas de segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, educación especial, educación secundaria obligatoria y bachillerato, respectivamente.

86] Para primer ciclo de infantil: Orden EDU/1965/2010, de 14 de julio, por la que se regulan los requisitos que han de cumplir los centros que impartan el primer ciclo de la educación infantil y diferentes aspectos relacionados con la admisión de alumnos, la participación, la organización y el funcionamiento de dichos centros en las ciudades de Ceuta y Melilla.

modo, podrán acceder al segundo ciclo de educación infantil (que será gratuito en todo caso), primaria, secundaria y bachiller, sin discriminación alguna, mientras cumplan con el resto de requisitos académicos exigidos en la legislación vigente⁸⁷.

Aunque la educación infantil no es obligatoria, los poderes públicos deberán procurar proveer las plazas de acuerdo con la demanda existente. No obstante, en la actualidad, numerosas entidades, entre las que se encuentra Andalucía Acoge, denuncian la escasez de plazas públicas en este nivel educativo, que se convierte en muchas ocasiones en un privilegio casi exclusivo para aquellas personas que pueden pagar un centro privado.

Desde Andalucía Acoge venimos detectando dificultades en el acceso a la educación infantil por parte de la población inmigrante ya que entre otras cosas se les exige para su identificación, erróneamente, la presentación del NIE (Número de Identidad de Extranjero), lo que en la práctica discrimina a las personas extranjeras en situación administrativa irregular. Para acreditar la identidad de las personas es suficiente aportar su pasaporte, ya que este es un documento oficial que acredita su identidad.

Conforme a la normativa vigente de extranjería⁸⁸, no es posible asignar NIE a las personas extranjeras en situación irregular. Es un error improcedente remitir a estas personas desde los centros educativos a las comisarías de policía. Perseverar en la exigencia de NIE es tanto como pedir un requisito imposible y equivale en la práctica a denegar a estas personas su derecho constitucionalmente reconocido a la educación.

C. Educación primaria y educación secundaria obligatoria.

Las personas extranjeras menores de 16 años tienen, con independencia de su situación administrativa regular o irregular, el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria⁸⁹. En el caso de que el alumno alcanzara la mayoría de edad en el transcurso del curso escolar, conservaría este derecho hasta su finalización.

Estas dos etapas educativas se han agrupado debido al carácter obligatorio de ambas en nuestro sistema educativo.

Según la legislación educativa vigente, Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo de Educación, art. 16, "La educación primaria es una etapa educativa que comprende seis cursos académicos, que se cursarán ordinariamente entre los seis y los doce años de edad. Tiene carácter obligatorio."

El art. 22 de esta misma ley establece que "La educación secundaria obligatoria comprende cuatro cursos, que se seguirán ordinariamente entre los 12 y los 16 años de edad."

87] Para segundo ciclo de infantil, primaria, secundaria y bachillerato: Orden ECD/724/2015, de 22 de abril, por la que se regula la admisión de alumnos en los centros públicos y privados concertados que imparten el segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, educación secundaria y bachillerato en las Ciudades de Ceuta y Melilla.

88] Art. 206 del Reglamento de Extranjería, RD 557/2011, de 20 de abril. BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011.

89] Art 9 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, según redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

En relación a los requisitos de acceso, la obtención del título y la obtención de becas y ayudas no se prevén diferencias respecto a los requisitos exigidos para los menores nacionales.

En esta etapa educativa hemos detectado dificultades de acceso a la educación secundaria obligatoria entre los jóvenes extranjeros/as de entre 16 y 18 años. Los centros educativos rechazan en numerosas ocasiones las peticiones de esas personas de cursar la ESO, por entender que a partir de los dieciséis años no es obligatorio. Se produce entonces una confusión entre la obligatoriedad y el derecho que tienen estos adolescentes según la normativa aplicable.

Dicha confusión entre una parte del personal educativo responsable de matricular se traduce en última instancia en la imposibilidad de ejercitar el derecho que les corresponde.

En esa misma línea, se observa cómo a jóvenes de 17 años, cuando intentan matricularse en la ESO, desde los centros educativos se les deriva erróneamente a la educación de adultos, a la que no pueden acceder por no tener los 18 años cumplidos.

Por otro lado, los recursos de apoyo para el aprendizaje de la lengua vehicular en los centros educativos resultan en muchas ocasiones insuficientes.

En materia de obtención de becas y ayudas, se observa que existen obstáculos que impiden a efectos prácticos ejercitar a las personas que se encuentran en situación administrativa irregular su derecho a la educación garantizados por ley. En efecto, las plataformas electrónicas de solicitud no contemplan la opción de identificar al solicitante con su pasaporte y se les exige ser titulares de una cuenta bancaria.

Resulta evidente que tales obstáculos prácticos han de erradicarse en tanto en cuanto no pueden impedir el ejercicio de componentes fundamentales de un derecho constitucional y legalmente garantizado.

D. Bachillerato y Grado Medio.

El bachillerato forma parte de la educación secundaria postobligatoria y comprende dos cursos académicos. En régimen ordinario, el alumnado podrá permanecer cursando bachillerato durante cuatro años, consecutivos o no (art. 32.4 LO 2/2006). Normalmente el alumnado debería acceder al bachillerato con una edad comprendida entre los 16 y los 18 años.

Por su parte, el ciclo formativo de grado medio es el segundo de los tres niveles de la enseñanza profesional y tiene por finalidad preparar a las alumnas y alumnos para la actividad en un campo profesional. Su duración se organiza en módulos profesionales de duración variable. La edad de acceso al grado medio, según los requisitos del art. 41 Ley 2/2006, no puede ser inferior a los 15 años.

La situación administrativa del alumnado extranjero es irrelevante hasta el cumplimiento de la mayoría de edad o hasta la finalización del curso escolar en el que la persona cumpla la mayoría de edad (art. 9.1 de la ley de extranjería), en ese momento dónde se plantean las principales dificultades de esta etapa educativa. Las personas extranjeras mayores

de 18 años que sean titulares de autorización de residencia también tienen reconocido el derecho a la educación postobligatoria. El problema, por lo tanto, se plantea para las personas extranjeras mayores de 18 años sin autorización para permanecer en España, que no hayan iniciado o no hayan finalizado sus estudios de educación postobligatoria y quieran hacerlo.

En relación a lo anterior se pronunció también la citada Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, dónde el TC declaró el derecho a la educación como un derecho universal para todos y todas, independientemente de su nacionalidad, situación administrativa, edad y ciclo de estudio. Dicha sentencia vino así a solventar las dudas existentes sobre el acceso a la educación para las personas extranjeras mayores de 18 años, de manera que estas tienen derecho a matricularse y obtener la titulación sin restricciones.

En cuanto a los requisitos para la obtención del Título de Bachiller se encuentran regulados en el art. 37 de la Ley de Educación, mientras que el art. 43 contiene los requisitos de evaluación de los ciclos formativos de grado medio. Dichos requisitos son de carácter exclusivamente académico, por lo que cualquier persona extranjera que los cumpla, independientemente de su situación administrativa en España, tiene derecho a la obtención del título académico correspondiente. Igualmente tienen derecho a la expedición del correspondiente título ya que, ni la legislación educativa, ni la de extranjería ni la que regula la expedición de los títulos académicos supedita la expedición del título a la tenencia de una autorización de residencia por parte del extranjero.

En cuanto al acceso a ayudas y becas, el TC ha afirmado, en su Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, ya citada:

"(...) el sistema de becas constituye un instrumento esencial para hacer realidad el modelo de Estado social y democrático de derecho que nuestra Constitución impone (art. 1.1 CE), determinando en consecuencia que los poderes públicos aseguren que la igualdad de los individuos sea real y efectiva (art. 9.2 CE). De este modo se garantizan también la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que suponen la base de nuestro sistema de derechos fundamentales".

En ese sentido, nos debemos referir a dos normativas específicas que regulan el sistema de becas y ayudas para estudios postobligatorios, se trata del Real Decreto 1721/2007 de 21 de diciembre sobre régimen de becas y ayudas al estudio personalizadas, cuyo art. 4.3 hace referencia a las condiciones que han de cumplir los beneficiarios. De igual forma, la actual Resolución de 3 de agosto de 2017 de la Secretaría de Estado, de Educación Formación Profesional y Universidades sobre convocatoria de becas y ayudas para el curso 2017/2018 en estudios postobligatorios, en su art. 13 d) viene a establecer los requisitos que han de cumplir los beneficiarios.

En dicho cuerpo normativo se establece la equiparación con las personas españolas de las personas nacionales de Estados miembros de la UE, siempre que puedan acreditar residencia permanente o contrato de trabajo en vigor, excepto para las becas de matrícula, donde no se exigirá esto último.

En cuanto a los extranjeros no comunitarios, se establece que "se aplicará lo dispuesto en la normativa sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social". En la ya citada sentencia dictada por la AN el 28 de septiembre de 2010, concluye

(sin establecer diferencia alguna entre personas menores y mayores de 18 años) que, no se le puede negar el acceso a las becas y ayudas al alumnado extranjero que no posea autorización de residencia en España y que curse Bachillerato, Formación Profesional de Grado Medio ni cualquier otro de los estudios postobligatorios no universitarios citados.

E. Formación profesional de grado superior.

Según la Ley de Educación, arts. 3.5 y 39, la formación profesional de grado superior es el tercero de los niveles de la enseñanza profesional, forma parte de la educación postobligatoria superior y comprende un conjunto de ciclos formativos de duración variable y contenidos teórico-prácticos adecuados a los diversos campos profesionales.

El art. 41 de la misma ley, regula el acceso y la admisión a la formación profesional de grado superior, exigiendo para éste el cumplimiento de alguna de las siguientes condiciones:

- Estar en posesión del título de Bachiller, de un título universitario, o de un título de Técnico o de Técnico Superior de Formación Profesional.
- Estar en posesión de un certificado acreditativo de haber superado todas las materias de Bachillerato.
- Haber superado una prueba de acceso, y tener 19 años cumplidos en el año de realización de dicha prueba.

Los requisitos de acceso a este tipo de formación son independientes de la situación administrativa del solicitante, por lo que toda persona extranjera mayor de 18 que cumpla con lo establecido en el art. 41 de la Ley de Educación tiene pleno derecho a la formación profesional de grado superior.

En relación a la obtención del título no se prevé ninguna referencia distinta a los requisitos exigidos para el acceso, quedando igualmente garantizada la obtención del título siempre que se superen las pruebas correspondientes.

En cuanto a la obtención de becas y ayudas por parte de las personas extranjeras para cursar estudios de formación profesional de grado superior, resulta de aplicación la citada Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de Septiembre de 2010 que concluyó que no se le puede negar el acceso a las becas y ayudas al alumnado extranjero que no posea autorización de residencia en España y que curse estudios postobligatorios no universitarios, entre ellos la formación de grado superior.

Tal y como sucedía en la educación obligatoria, las principales dificultades detectadas están relacionadas con el acceso a becas y ayudas. Por un lado, los datos bancarios que se requieren para tramitar el ingreso de la beca exigen que el solicitante figure como titular o cotitular de la cuenta bancaria. Debido a que las entidades bancarias ponen numerosas trabas/veto para que las personas que se encuentran en situación administrativa irregular aparezcan como titulares o cotitulares en una cuenta, la exigencia de este requisito se traduce en la práctica en una imposibilidad de acceso a la beca.

Además, para tramitar la solicitud de beca en el portal telemático de la web de la Consejería de Educación, los solicitantes, una vez registrados en el portal, éste les exige introducir un número de DNI o NIE. Es decir, la plataforma no permite señalar la opción

de pasaporte, lo que finalmente se traduce en la imposibilidad de acceder a la solicitud. Lo mismo sucede, cuando se pretende realizar la solicitud en formato papel.

Urge, por tanto, que la administración modifique los portales telemáticos y formularios a la mayor brevedad para que sea posible introducir DNI, NIE y otros documentos de identidad, tales como el pasaporte del solicitante. En su defecto, la Administración educativa debería proporcionar entonces un número de identificación personal al solicitante, que le permita ejercer su derecho de acceso.

F. Enseñanza universitaria.

Según la Ley Orgánica de Educación, art. 3, la enseñanza universitaria se regula por sus normas específicas. En materia de acceso, debemos acudir al Real Decreto 412/2014, de 6 de junio, por el que se establece la normativa básica de los procedimientos de admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado. Su art. 3, indica las diferentes formas en las que puede acceder una persona a los Grados universitarios, de las que cabe destacar:

- Estudiantes en posesión del título de Bachiller español o equivalente.
- Estudiantes en posesión de títulos, diplomas o estudios de Bachillerato de sistemas educativos de la Unión Europea o de Estados con los que exista acuerdo internacional de reciprocidad.
- Estudiantes en posesión de un título de Técnico Superior en Formación Profesional y/o Artes Plásticas y Diseño y/o Técnico Deportivo Superior del sistema educativo español o de equivalentes u homologados.

En todo caso, y tal y como establece el art. 4 del Real Decreto 412/2014, cuando se exija la homologación de un título educativo extranjero, las universidades podrán admitir condicionalmente a quienes hayan presentado la solicitud de homologación, mientras aquella se resuelve.

Una vez cumplidos los requisitos académicos para la obtención del título universitario, se solicitará la expedición del mismo. No se prevé ninguna referencia distinta respecto de las personas extranjeras, quedando en principio garantizada la obtención del título siempre que se superen las pruebas correspondientes.

La normativa específica sobre becas y ayudas establece que las personas nacionales de Estados miembros de la UE se equiparan a las españolas, siempre que puedan acreditar residencia permanente o contrato de trabajo en vigor, excepto para las becas de matrícula, donde no se exigirá esto último⁹⁰.

En el supuesto de extranjeros no comunitarios, se indica que se aplicará lo dispuesto en la legislación sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Al acudir a la normativa de extranjería, arts. 9.1 y 9.2, encontramos que los extranjeros que hayan alcanzado la mayoría de edad y sean titulares de una autorización

90] La normativa básica a este respecto es la siguiente:

- Real Decreto 1721/2007, de 21 de diciembre, por el que se establece el régimen de las becas y ayudas al estudio personalizadas. BOE núm. 15, de 17 de enero de 2008. Su artículo 4 indica que, tendrán acceso a las becas universitarias quienes tengan una autorización de residencia en vigor, de acuerdo con la normativa vigente de extranjería, y, además, que las personas extranjeras de la UE se equiparan a las españolas,

para residir en España, tienen el derecho a acceder al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles.

Por otro lado, respecto de los extranjeros mayores de dieciocho años que se encuentren en situación administrativa irregular existe una remisión recíproca entre el art. 9.2 LO 4/2000 y los artículos anteriormente citados sobre becas y ayudas al estudio. Ante este vacío legal, la citada Sentencia del TS de 8 de noviembre de 2011, Sección 4ª, resolvió negativamente el recurso presentado por Andalucía Acoge y estableció que los estudiantes extranjeros no residentes no tienen reconocido el derecho a becas para cursar estudios universitarios.

Nos encontramos así ante un sorprendente y diverso panorama que clasifica a los extranjeros y les da acceso a unas posibilidades u otras dependiendo no sólo de su situación administrativa sino también del régimen de extranjería que les sea aplicable en cada caso.

Especialmente grave resulta la exigencia del requisito de residencia permanente o contrato de trabajo en vigor a los residentes comunitarios que deseen cursar estudios universitarios para acceder a una beca (a excepción de las de matrícula); mientras que, en virtud del artículo 9.1 y 2 de la LOEX, los y las extranjeras no comunitarias residentes tienen el derecho a acceder al sistema público de becas para dicho nivel de estudios en las mismas condiciones que los españoles.

En nuestra opinión, esta regulación constituye una discriminación contraria a los principios de la Unión Europea en perjuicio de los residentes nacionales de los países miembros. Además, el art. 4.1.d del Real Decreto 1721/2007, de 21 de diciembre, al exigir residencia permanente o contrato de trabajo a los comunitarios, supone la vulneración del art. 1.3 de la LOEX, que claramente establece que "los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables".

Por otro lado, la principal dificultad encontrada en esta etapa educativa es en materia de homologación de títulos extranjeros. La dificultad se presenta cuando se decide estudiar una carrera universitaria proviniendo de un sistema educativo no español. Los plazos de homologación, la mayoría de las veces, se hacen eternos y aunque la normativa específica de acceso a la universidad autoriza a las universidades a admitir condicionalmente a quienes tengan la solicitud presentada de homologación, el desconocimiento de las propias personas interesadas y, en ocasiones, del propio funcionariado, provoca que en algunos supuestos sea muy complicado poder formarse en igualdad con el resto de personas.

siempre que puedan acreditar residencia permanente o contrato de trabajo en vigor, excepto para las becas de matrícula, donde no se exigirá esto último.

La letra d) del número 1 del artículo 4, que hace referencia al acceso de estudiantes de estados miembros UE, fue redactada por el apartado uno de la disposición final segunda del R.D. 472/2014, de 13 de junio, por el que se establecen los umbrales de renta y patrimonio familiar y las cuantías de las becas y ayudas al estudio para el curso 2014-2015, y se modifica parcialmente el R.D. 1721/2007, de 21 de diciembre, por el que se establece el régimen de las becas y ayudas al estudio personalizadas. B.O.E núm. 144, de 14 de junio de 2014, entrando en vigor el 15 de junio de 2014.

- Real Decreto 726/2017, de 21 de julio, por el que se establecen los umbrales de renta y patrimonio familiar y las cuantías de las becas y ayudas al estudio para el curso 2017-2018. BOE núm. 174, de 22 de julio de 2017.

En todo caso, cabe recordar que, para solicitar la homologación, no se exige ser titular de una autorización para residir en España ya que, al formalizar la solicitud, únicamente es necesario aportar un documento válido de identidad, como el pasaporte.

G. Referencia a la situación en Ceuta y Melilla

Andalucía Acoge también viene trabajando desde hace años en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. En ellas la situación respecto al acceso a la educación presenta dificultades. En este último apartado del capítulo abordaremos sucintamente la regulación específica que en materia de acceso a la educación tienen ambas ciudades autónomas para luego aterrizar en la problemática con la que se encuentran las personas extranjeras que quieren acceder a los diversos niveles educativos.

En materia de acceso a la educación en Ceuta y Melilla debemos acudir en primer lugar a la Orden ECD/724/2015, de 22 de abril, modificada por la Orden 114/2018, de 19 de febrero, que regula el procedimiento para la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados que imparten el segundo ciclo de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato en las ciudades de Ceuta y Melilla, que establece en su artículo 14.1⁹¹ que el requisito para ser admitido en un centro educativo es el de la edad, remitiendo en todo caso al ordenamiento jurídico vigente en materia de educación. En el mismo texto en su artículo 16.1, se establece que el único documento exigido, es el acreditativo de que el estudiante reúne los requisitos de edad, lo que se puede probar mediante cualquier documento de identidad (NIE, pasaporte, etc.). Esta redacción equivale a lo recogido en la Ley de Extranjería, tras la Sentencia del TC 236/2007, de 7 de noviembre, tras la anulación del inciso que hacía referencia a “residentes”, ya que dicha ley autoriza a todas las personas a poder ser escolarizadas hasta los 18 años, en igualdad de condiciones que las españolas.

En la práctica, el acceso a la educación en ambas ciudades autónomas ha generado ciertas dificultades a las personas extranjeras que querían ejercer su derecho. Desde hace algún tiempo se han venido detectado por parte de algunas organizaciones no gubernamentales que trabajan en la zona, entre las que se encuentra Andalucía Acoge, trabas administrativas para la admisión en los centros educativos, pues contrariamente a lo que se exige en el ordenamiento jurídico vigente, se ha venido exigiendo el padrón para la admisión de las personas extranjeras en los distintos centros docentes.

En ese sentido, según apunta el Defensor del Pueblo en su última visita realizada el pasado 11 de julio de 2018⁹² a ambas ciudades autónomas, en la ciudad de Melilla continúan exigiendo el padrón para admitir a los extranjeros en los centros educativos, en contravención del derecho a la educación de los niños y niñas. Respecto de Ceuta,

91] Orden ECD/724/2015, de 22 de abril, por la que se regula la admisión de alumnos en los centros públicos y privados concertados que imparten el segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, educación secundaria y bachillerato en las Ciudades de Ceuta y Melilla. Artículo 14. Requisitos y presentación de solicitudes.

1. Para ser admitido en un centro docente público o concertado será necesario reunir los requisitos de edad y, en su caso, los requisitos académicos exigidos por el ordenamiento jurídico vigente para la enseñanza y curso a los que se pretenda acceder.

92] Fuente: www.ceutaaldia.com. Sección: Política. Autor: J. Sakona. Fecha de publicación 18 de julio de 2018 a las 13.35h. Se puede consultar la noticia en el siguiente enlace: <http://www.ceutaaldia.com/>

si bien el Defensor señaló que “en la actualidad no tienen datos de que el problema el problema persista”, cabe señalar que nuestra Delegación en Ceuta ha podido constatar que, aunque con menos intensidad que en años anteriores, esta traba administrativa continúa existiendo en esa Ciudad Autónoma.

Por tanto, esta práctica consistente en permitir únicamente el acceso a la educación a las personas que acreditan estar empadronadas que se viene realizando de forma habitual en estas ciudades autónomas, es contraria a ley, ya que el derecho a la educación se constituye como un derecho universal que corresponde a todos y todas. Ello claro está, sin perjuicio de que se sigan los correspondientes criterios de baremación establecidos para la admisión.

En relación con el acceso a becas y ayudas la normativa aplicable es la misma que para el resto del territorio nacional, aunque las convocatorias para Ceuta y Melilla⁹³ se realicen de forma separada al resto del territorio, los requisitos de acceso a las mismas son de forma general: encontrarse matriculado en un centro, criterios económicos y acreditación de la situación familiar. En este caso las mismas trabas administrativas expuestas en el párrafo anterior pueden afectar al acceso a becas y ayudas.

Otro problema añadido en las ciudades autónomas, es el hecho de la restricción sistemática al empadronamiento para personas extranjeras, ya que incluso poseyendo un contrato de alquiler, si no tienen tarjeta de residencia en vigor, se les niega la inscripción⁹⁴. Sin empadronamiento es imposible acceder a los servicios básicos en España, y aquí además se limita el derecho a la educación, pidiéndolo sistemáticamente al realizar los trámites. De este modo, en la práctica sigue existiendo un gran número de personas en el limbo, sin derecho a la educación, entre otros, que deberían tener.

Desde Andalucía Acoge queremos reivindicar una vez más que los derechos fundamentales no pueden quedar condicionados en ningún caso a la obtención del padrón, pero muy especialmente cuando conseguirlo supone, como en el caso de Ceuta y Melilla, una hazaña. También encontramos dicha reivindicación en palabras del Defensor del Pueblo⁹⁵ “los principios y los derechos fundamentales están por encima de las trabas administrativas”.

articulo/politica/defensor-pueblo-reprende-ceuta-melilla-escolarizar-menores-extranjeros-empadronados/20180711130018183876.html

93] Ministerio de Educación y Formación Profesional. Becas y ayudas para estudiar. Se puede consultar en <https://www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/catalogo/educacion/estudiantes/becas-ayudas/para-estudiar.html>

94] Enmienda introducida en la Ley de Bases de Régimen local al art. 16.2 f) redactada por el número seis del artículo primero de la Ley 27/2013, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local («B.O.E.» 30 diciembre)

95] Fuente: www.ceutaaldia.com. Sección: Política. Autor: J. Sakona. Fecha de publicación 18 de julio de 2018 a las 13.35h. Se puede consultar la noticia en el siguiente enlace: <http://www.ceutaaldia.com/articulo/politica/defensor-pueblo-reprende-ceuta-melilla-escolarizar-menores-extranjeros-empadronados/20180711130018183876.html>



6

「El derecho a la protección de la salud.

CAPÍTULO VI. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.

El contenido de este derecho ha sido analizado teniendo en cuenta la aprobación por el gobierno anterior del RD 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que supuso dejar sin asistencia sanitaria a colectivos vulnerables, entre ellos las personas extranjeras sin autorización de residencia en España⁹⁶. Sin embargo, con el cambio de gobierno producido el 2 de junio pasado se ha anunciado que se va a derogar en los próximos meses el citado decreto, devolviendo el derecho a la protección de la salud a todas las personas independientemente de su situación administrativa, por lo que habrá que estar a resultados de que se formalice.

A. Reconocimiento y regulación.

El derecho a la protección de la salud fundamentalmente se refiere a que la persona tiene como condición innata el derecho a gozar de un medio ambiente adecuado para la preservación de su salud, del acceso a una atención integral de salud que ofrezca a todas las personas las mismas oportunidades de disfrutar del grado máximo de salud que se pueda alcanzar, así como el respeto a su proceso salud – enfermedad, es decir, a la forma de concebir ambas y la relación entre las mismas.

Nuestra Carta Magna dota al derecho a la salud de un nivel de protección y garantía aceptables, y lo configura como un pilar básico del Estado social y democrático de Derecho. No obstante, no se trata de un derecho fundamental, tal y como se ha expuesto en capítulos anteriores, por la ubicación que tiene en la Constitución. Así el derecho a la salud es un “derecho prestacional”.

Durante este capítulo trataremos de analizar la dimensión que tiene el derecho a la salud en nuestro ordenamiento jurídico y cómo afecta ello a las personas extranjeras.

De acuerdo a la Declaración Universal de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus artículos 25 y 12 respectivamente, se reconoce la protección de la salud como derecho inalienable e inherente a todo ser humano. Esto implica la obligación del Estado de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud de todos sus ciudadanos, no sólo asegurando el acceso a la atención de salud, sino también la atención adecuada.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 25 determina:

“1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”

96] Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. BOE núm. 98, de 24 de abril de 2012.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

Y por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12 establece:

*“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños;
b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas;
d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”*

Para finalizar con los instrumentos internacionales, debemos acudir al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU que, en su Observación General 14, ofrece una orientación detallada a los Estados en relación a sus obligaciones de respetar, proteger y cumplir el derecho a la salud. El Comité también indica que el derecho incluye los siguientes estándares esenciales e interrelacionados:

- Disponibilidad. Los Estados deben asegurar la provisión de una infraestructura suficiente válida de salud pública e individual en todo su territorio, así como instalaciones de agua y saneamiento seguras, personal capacitado y adecuadamente compensado y todos los medicamentos esenciales.
- Accesibilidad. El acceso a la salud consiste en cuatro elementos clave: la no discriminación, la accesibilidad física, la accesibilidad económica y la accesibilidad de la información. Las instalaciones y servicios de salud deben ser accesibles a todos, especialmente a los más vulnerables, sin discriminación de ningún tipo. Las instalaciones y servicios, así como los factores determinantes básicos de la salud, tales como los servicios de agua y saneamiento, deben ser accesibles físicamente. Las infraestructuras de salud, bienes y servicios deben estar al alcance de todos, y cualquier pago debe estar basado en el principio de equidad para que las familias más pobres no soporten una carga desproporcionada de los gastos relacionados con la salud. Los Estados deben garantizar que toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información sobre la salud, en equilibrio con la confidencialidad de la información médica.
- Aceptabilidad. Las infraestructuras de salud deben ser respetuosas con la ética médica y la cultura de los individuos y las comunidades, así como prestar atención a los requisitos de géneros y relativos al ciclo de la vida.
- Calidad. Las infraestructuras de salud deben ser científicas y médicamente apropiadas y de buena calidad. Entre otras cosas, esto requiere la provisión de medicinas y equipos necesarios, profesionales médicos formados y el acceso a agua y saneamiento.

En virtud de los textos enunciados, el derecho a la protección de la salud está garantizado

por los instrumentos internacionales, y corresponde a los Estados la obligación de la provisión de una atención integral, continua y equitativa, recogiendo las dimensiones de promoción, prevención, curación y rehabilitación.

A continuación veremos la regulación que el Estado español ha realizado de este importante derecho.

El derecho a la protección de la salud se reconoce en el art. 43 de la CE que se enmarca dentro de los "Principios rectores de la política social y económica", protegidos por el art. 53.3 de la CE. El citado artículo 43 expresa literalmente:

- "1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.*
- 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.*
- 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio."*

Como ya se anunciaba al comienzo, el derecho a la protección de la salud no es un derecho fundamental en la CE sino que se impone como un principio rector de la política social y económica. Aunque en su enunciado se nombre como "derecho", cuando se habla de "se reconoce el derecho a la protección de la salud", es un mero principio rector de la política social y económica. Por tanto, no tendría las garantías que la CE otorga a sus derechos (tales como tutela judicial y vinculación de los poderes públicos). A pesar de ello estos principios rectores pueden ser desarrollados por Ley y, en la parte en la que sean desarrollados, serán reconocidos y vincularán a los poderes públicos y tendrán tutela judicial.

Otro de los artículos de la CE relacionados con este derecho es el art. 41 que establece que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad.

A nivel legislativo por un lado, el contenido de este derecho viene desarrollado por la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, así en nuestro ordenamiento jurídico el sistema sanitario nace inicialmente ligado a la cotización del trabajador. Y lo hace de una manera flexible, que impide "hablar de un modelo único de Seguridad Social" (SSTC 37/1994 de 10 de febrero y STC 84/2015 de 30 de abril), que "no cierra posibilidades para la evolución del sistema (...) hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se han querido o podido utilizar" (STC 206/1997 de 28 de noviembre). A su vez, el artículo 42.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social incluye dentro de la acción protectora del ámbito de la Seguridad Social "la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidente, sean o no de trabajo".

Por otro lado tenemos la normativa fundamental a nivel estatal que regula el derecho a la salud que es la Ley 14/1986 General de Sanidad, de 25 de abril, la cual en su art.1 fija por objeto "la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución". Además la formulación constitucional ha sido recogida por la ley 41/2002, Básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia

de Información y Documentación Clínica y por la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

Antes de centrarnos en la regulación de este derecho para las personas extranjeras debemos aclarar que las Comunidades Autónomas tienen ciertas competencias en materia de salud, y es el título VIII del texto constitucional el que diseña una organización territorial del Estado que posibilita la asunción por las Comunidades Autónomas de competencias en materia de sanidad (art. 148.1.21ª). El Estado tiene competencias exclusivas sobre la sanidad exterior, las bases y coordinación general de la sanidad, la legislación sobre productos farmacéuticos, la legislación básica y el régimen económico de la seguridad social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las comunidades autónomas. Así las competencias de las comunidades autónomas son todas aquellas que no corresponden, lógicamente, al Estado. Pueden, en consecuencia, dictar normas de desarrollo y complementarias de las leyes básicas del Estado en el ejercicio de las competencias que les atribuyen los correspondientes Estatutos de Autonomía. Por otro lado, son propias de las comunidades autónomas las competencias en materia de ejecución, administración y gestión.

Al amparo de las previsiones constitucionales y de los respectivos Estatutos de Autonomía, todas las Comunidades Autónomas han asumido paulatinamente las máximas competencias posibles en materia de sanidad, a excepción de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, donde las competencias en materia de sanidad no están transferidas, sino que pertenecen al Estado.

La primera referencia que se realiza respecto al derecho a la protección de la salud para las personas extranjeras en la legislación española, la encontramos en el art.1 apartado 2 de la Ley General de Sanidad 14/86 que establece: "Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional" y en el apartado 3 " Los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional, tendrán garantizado tal derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan", de forma que se interpreta la "residencia" como residencia legal y no como fijación de un domicilio en territorio nacional.

Por otra parte, la primera ley que reguló la materia de extranjería en España, la LO 7/1985, de 1 Julio, no incluía en el catálogo de derechos el derecho a la atención sanitaria. Se tuvo que esperar a la aprobación de la LO 4/2000, de 11 de enero, en cuya primera redacción su art. 12 recogía el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros que se encontraran en España inscritos en el padrón del municipio donde tuvieran la residencia habitual. Introdujo además la ley de extranjería una especial protección para las mujeres extranjeras durante el embarazo, parto y postparto, (prohibiendo su expulsión del territorio nacional cuando exista riesgo para la salud de la madre). La posterior reforma llevada a cabo con la LO 8/2000, de 22 diciembre, no establece modificaciones respecto a lo establecido en la primera redacción de la ley de extranjería, por lo que si las personas extranjeras estaban empadronadas en territorio español, se les reconocía el derecho a la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que a los españoles.

En cambio, en la actual redacción del art.12 de la LOEX (a raíz de la modificación establecida por la disposición final tercera del R.D. ley 16/2012 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud), respecto al derecho a la protección a la salud, no se hace referencia a la necesidad de estar inscritos en el

padrón municipal, quedando con la siguiente redacción: Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria”.

Del tenor literal de este artículo 12 se extrae que la propia ley de extranjería se remite a la legislación vigente en materia sanitaria respecto a la titularidad y acceso a la protección de la salud. Por ello exponemos a continuación lo que dicha legislación recoge respecto del derecho a la protección de la salud para las personas extranjeras tanto en el ámbito nacional como autonómico.

En este sentido, debemos acudir a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, modificada por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Su art. 3 establece que se garantizará la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado.

Debemos recordar que el sistema sanitario nace inicialmente ligado a la cotización del trabajador como un seguro social pero fue transformándose a partir de la Ley General de Sanidad de 1986 en un derecho universal. Antes del cambio normativo de 2012 bastaba con encontrarse empadronado en algún municipio español para tener derecho a la sanidad, pero a partir de la modificación del RDL 16/2012 se establecieron ciertos requisitos necesarios para el acceso a la sanidad, que se abordaran más adelante.

Antes de continuar nos parece importante definir dos conceptos fundamentales que la norma establece, las categorías de ‘asegurado’ y de ‘beneficiario’, vinculadas respectivamente a la capacidad de participación en el sistema de la Seguridad Social y a una relación familiar o de dependencia con los ‘asegurados’.

Comenzamos haciendo referencia a la definición de la condición de asegurado. Los requisitos necesarios para ostentar esta condición, vienen regulados en el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

Este Real Decreto, en su artículo 2.1, apartado a, establece que ostentarán la condición de asegurados, quienes se encuentren dentro de alguno de los supuestos previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que son los siguientes:

1. Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.
2. Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.
3. Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.
4. Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título. (Este supuesto no será de aplicación a las personas a las que se refiere el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, esto es, como veremos más adelante, los extranjeros que no tengan autorización para residir en España).

El Real Decreto también incluye como asegurados (artículo 2.1, apartado b) a las personas no comprendidas en los casos anteriores que acrediten no superar ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros ni tengan cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, y se encuentren en uno de los siguientes supuestos:

1. Tengan la nacionalidad española y residan en territorio español.
2. Ser nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza y estén inscritos en el Registro central de Extranjeros.
3. Ser nacionales de un país distinto de los mencionados en los apartados anteriores, o apátridas, y titulares de una autorización para residir en territorio español, mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica.

La redacción inicial en este caso, incluía el requisito de que “acreditaran que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente”, sin embargo, este apartado quedó sin efecto en virtud de la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016, de 21 de julio, de forma que el límite de ingresos no puede fijarse por una norma reglamentaria, sino que existe el principio de reserva de ley.

Respecto a la situación de los menores (tanto nacionales como extranjeros) que estén sujetos a tutela administrativa, en virtud del artículo 2.2 del Real Decreto 1192/2012, siempre tendrán la consideración de personas aseguradas. El artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, establece que en todo caso los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, lo cual incluye a aquellos que carezcan de autorización para residir.

Por su parte, en los supuestos de personas que ostentan la condición de beneficiario de una persona asegurada, siempre se incluyen, según el artículo 3.1 del RD 1192/2012:

- el cónyuge de la persona asegurada o que conviva con ella con una relación de afectividad análoga a la conyugal, constituyendo una pareja de hecho.
- el ex cónyuge, o separado judicialmente, en ambos casos a cargo de la persona asegurada por tener derecho a percibir una pensión compensatoria por parte de ésta.
- el descendiente, o persona asimilada a éste, de la persona asegurada o de su cónyuge, aunque esté separado judicialmente, de su ex cónyuge a cargo o de su pareja de hecho, en ambos casos a cargo del asegurado y menor de 26 años o, en caso de ser mayor de dicha edad, tener una discapacidad reconocida en un grado igual o superior al 65%.

Todas las personas a las que se refieren los apartados anteriores tendrán la consideración de beneficiarias siempre y cuando cumplan los siguientes requisitos establecidos en el apartado 3 del artículo 3 del Real Decreto:

- No ostentar la condición de personas aseguradas con base en el artículo 2.1.a).
- Tener residencia autorizada y efectiva en España, salvo en el caso de aquellas personas que se desplacen temporalmente a España y estén a cargo de trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio español, siempre que éstos se encuentren en situación asimilada a la de alta, cotizando en el correspondiente régimen de Seguridad Social español.

Mención especial merece la situación de los familiares extranjeros, nacionales de países no comunitarios, que acompañen o se reúnan a/con los ciudadanos europeos (incluyendo a los españoles) que residan en España. Tal y como hemos visto, la condición de beneficiario de estos familiares está sujeta a su residencia autorizada y efectiva en España.

En ese sentido, debemos acudir al artículo 7 del RD 240/2007 (en su redacción dada por el mencionado RD Ley 16/2012 sobre Medidas para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud), que regula los requisitos para el reconocimiento del derecho de residencia en territorio español por un período superior a tres meses de ciudadano de Estado miembro. En relación con los familiares, el apartado segundo de este artículo no exige seguro médico por defecto, sino que establece que el ciudadano del Estado miembro de la UE del que esté a cargo debe cumplir alguna de las cuatro situaciones descritas en el apartado primero y que son las siguientes:

- a) "Es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en España" o*
- b) "Dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España o*
- c) Está matriculado en un centro público o privado, reconocido o financiado por la administración educativa competente con arreglo a la legislación aplicable, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional; y cuenta con un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en España y garantiza a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado español durante su período de residencia, o*
- d) Es un miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c).*

Es decir, según cual de esos cuatro supuestos resulte aplicable en cada caso, el familiar de ciudadano europeo a cuyo cargo se encuentre, tendrán que cumplir unos requisitos u otros para tener residencia autorizada en España y, derivado de lo anterior, ostentarán la condición de beneficiario/asegurado a efectos de asistencia sanitaria a través del Sistema Nacional de Salud o deberán tener cubierta dicha asistencia a través de un seguro privado.

A modo de antecedente, cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2010 (RCA 114/2007), que enjuició el RD 240/2007 y anuló la expresión "otro Estado miembro" del artículo 2, así como su Disposición final tercera que introducía (en lo que aquí interesa) una Disposición Adicional Vigésima en el Reglamento de la LOEX. Dicho artículo 2, en su redacción original, decía textualmente:

"El presente decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad y en los términos previstos por éste, a los familiares del ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan..."

Por su parte, la Disposición Adicional Vigésima aplicaba el Real Decreto 240/2007 a

los familiares, cualquiera que fuese su nacionalidad, del ciudadano español “cuando lo acompañen o se reúnan con él”, que en ella se mencionaban. En virtud de lo anterior, y según la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencias 1295/2017, de 18 de julio y 963/2018, de 11 de junio de 2018) cabe afirmar que a partir de dicha Sentencia de 6 de junio de 2010, se equiparó en España a efectos de reagrupación, a los familiares extranjeros de ciudadanos europeos no españoles y a los de ciudadanos españoles.

Como ejemplo de que la condición de beneficiario/asegurado no exige por defecto la tenencia de un seguro privado de enfermedad cabe resaltar la reciente Sentencia del Juzgado Social nº 10 de Madrid 168/2018 de 25 de Abril de 2018, que confirma el derecho de la demandante, en este caso, ascendiente de español a la asistencia sanitaria con cargo a los fondos públicos del Sistema Nacional de Salud, que le fue denegado previamente por considerar la Administración que no acreditaba todos los requisitos exigidos en el ya citado RD 1192/2012 de 3 de agosto por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario, ya que la demandante disponía de cobertura sanitaria por otra vía a través de un seguro de enfermedad vinculado a la autorización de residencia temporal.

En ese sentido, el Juzgado estima la demanda argumentando que, como vimos, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, establece que tienen derecho a la cobertura sanitaria las personas que no teniendo ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, tengan permiso de residencia en España. Realiza el tribunal una doble argumentación, en el sentido que establece que el régimen administrativo aplicable a la demandante es el comunitario, que esta tiene residencia legal, y que no está obligada a obtener la cobertura sanitaria con el seguro privado, disponiendo que:

“la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la unión no exige (en ningún supuesto) la necesidad de tener un seguro de enfermedad público o privado en España para ser titular de la tarjeta de residencia. Por último, siendo la demandante ascendiente de un ciudadano español de seguir el criterio sostenido por la entidad gestora, se le estaría exigiendo un mayor rigor para acceder como asegurada o beneficiaria de la asistencia sanitaria que en relación a ciudadanos extranjeros de terceros estados”.

En ese sentido, si bien la sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid cita textualmente “no se exige en ningún supuesto la necesidad de seguro de enfermedad”, cabe afirmar que dicha aseveración no sería correcta si tenemos en cuenta que, como vimos, en los apartados b) (dispone para sí y los miembros de su familia de un seguro de enfermedad) y c) (Está matriculado en un centro público o privado y cuenta con un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en España) del artículo 7.2 del Real Decreto 270/2007 sí es exigible.

A través del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del Sistema Nacional de Salud. Podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. Los convenios podrán ser suscritos por españoles o extranjeros que no reúnan la condición de asegurado ni beneficiario. En concreto, estarán dirigidos a españoles que no trabajen y que, sin embargo, tengan ingresos superiores a los 100.000 euros al año; europeos

que voluntariamente quieran suscribir estos convenios para ser atendidos por el sistema sanitario público español; y nacionales de terceros países que durante su estancia en España, quieran formalizar el convenio para ser atendidos por el sistema público. La contraprestación económica a abonar será de 60 euros mensuales hasta los 65 años y de 157 euros mensuales para los mayores de esa edad.

Tras el análisis del panorama nacional nos encontramos con que las personas extranjeras en situación administrativa irregular quedan totalmente excluidas del Sistema Nacional de Salud. Únicamente se les reconoce asistencia sanitaria en el artículo 3 ter de la ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, concretamente en supuestos de urgencia por enfermedad grave o accidente hasta la situación de alta médica; de asistencia al embarazo, parto y postparto y, en todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años a los que ya nos referimos más arriba.

Debemos hacer referencia a que la modificación producida por el Real Decreto-ley 16/2012, conocido popularmente como el “decretazo”, supuso un antes y un después en la titularidad y el acceso a la protección de la salud para las personas extranjeras. A raíz de dicho decreto, fueron 873.000 personas extranjeras las que se vieron privadas del ejercicio del derecho a la atención sanitaria y al acceso al sistema sanitario, vulnerando el derecho a la salud recogido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Como ya mencionábamos con anterioridad, y de acuerdo con la CE (art. 119.1.16ª), las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en la materia de sanidad y, en consecuencia, muchos de los Estatutos de Autonomía reconocen la salud como un derecho universal. El Sistema Nacional de Salud está integrado por los Servicios de Salud de la Administración General del Estado y también los de las Comunidades Autónomas, los cuales tienen sus propios centros, servicios y establecimientos, según la Ley General de Sanidad 14/1986 (arts. 44.2 y 50). Actualmente ello ha supuesto una variada regulación autonómica al respecto de este derecho generando grandes diferencias entre unas comunidades y otras. Algunas Comunidades han aprobado decretos para reconocer el acceso a los servicios de salud autonómicos a colectivos que antes no lo tenían reconocido⁹⁷. En total 14 de las 17 comunidades autónomas, entre ellas País Vasco, Navarra, Baleares y la Comunitat Valenciana, aprobaron algún tipo de medida para revertir las consecuencias del “decretazo” e intentaron sortear la medida del gobierno del Partido Popular a través de sus propias normativas autonómicas para intentar garantizar la asistencia sanitaria.

En respuesta, el anterior gobierno interpuso recursos de inconstitucionalidad contra las normas autonómicas que extienden la atención sanitaria a las personas extranjeras, que se han ido anulando.

Tal es el caso de la Comunitat Valenciana, que reconoció a través del Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, el acceso universal a la atención sanitaria, garantizando la asistencia sanitaria a los inmigrantes en situación irregular excluidos por la norma estatal y empadronados en cualquiera de los municipios de la Comunidad Valenciana que llevaran al menos 3 meses residiendo allí. No obstante, la Sentencia del TC 145/2017, de 14 de

97] Fuente: ElDiario.es. Sección: Arguments. “En abril de 2016, cuando se cumplían cuatro años de la aprobación de la reforma sanitaria, la red REDER de denuncia y residencia al RDL 16/2012, estimaba en su informe que catorce de las diecisiete Comunidades Autónomas españolas habían aprobado algún tipo de medida para revertir las consecuencias de la norma.”. Publicado: 3 de febrero 2017.

Diciembre de 2017, lo ha declarado inconstitucional, argumentando que contraviene la normativa estatal, dado que ésta excluye de la condición de asegurado a los extranjeros no titulares de una autorización para residir en España. Hemos de decir que hubo el voto particular de 5 de los magistrados que, sin embargo, consideraban que al estar cedidas las competencias en Sanidad a las Comunidades Autónomas, la norma fue dictada dentro de las competencias conferidas, ya que el propio Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana, en su art. 54.1 nos dice: “Es de competencia exclusiva de La Generalitat la organización, administración y gestión de todas las instituciones sanitarias públicas dentro del territorio de la Comunitat Valenciana.”

En igual sentido se pronunciaba hace unos meses la Sentencia del TC 17/2018, de 22 de febrero de 2018 que declara la inconstitucional y anula la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra. También se emiten votos particulares en esta sentencia, en la que al igual que en la de Valencia se indica que: ...“no debió ser declarado inconstitucional y nulo, por haber sido dictado en el marco de las competencias de desarrollo de la sanidad que le confieren el art. 149.1.16 CE y la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra.”

Por su parte, muchas Comunidades Autónomas interpusieron también recursos de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 16/2012. En uno de los casos, el TC ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra en la pasada sentencia 139/2016, de 21 de julio, considerando que el Real Decreto-ley es constitucional salvo en lo relativo al art.2.1.b de acreditar que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente”, quedando este inciso declarado nulo a la vez que aclarándose que el límite de ingresos no puede fijarse por una norma reglamentaria, sino que existe el principio de reserva de ley.

Como vemos, las Comunidades Autónomas no han tenido la capacidad de frenar la profunda transformación que ha experimentado el Sistema Nacional de Salud que conlleva un cambio drástico en el modelo sanitario.

Por su parte, el TC considera que no se vulnera el derecho a la protección de la salud de las personas extranjeras en situación irregular, entiende este tribunal que el derecho a la protección de la salud pertenece al grupo de derechos respecto de los cuales el legislador tiene, en principio, libertad para introducir restricciones. Pero, sin embargo, el Comité Europeo de Derechos Sociales ya consideró dos años antes de la citada sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016, concretamente en noviembre de 2014, a través de las conclusiones de su informe anual (Conclusiones XX-2) que el Real Decreto-ley 16/2012 vulnera el derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 11 de la Carta Social Europea, advirtiendo con contundencia que la normativa impide el acceso de los extranjeros en situación irregular (salvo mujeres embarazadas, menores de edad y casos de urgencia) al Sistema Nacional de Salud.

También desde Andalucía Acoge entendemos que existían argumentos de peso para declarar la inconstitucionalidad de la reforma sanitaria, así lo señalaba el Magistrado Valdés Dal-Ré en su voto particular a la sentencia, concretamente en el párrafo III. 3 del voto particular⁹⁸ que expone lo siguiente:

98] STC 139/2016, de 21 de julio. (BOE núm. 196, de 15 de agosto de 2016).

"... la medida normativa cuya constitucionalidad se cuestiona deja fuera del sistema de prestaciones públicas sanitarias a un colectivo particularmente vulnerable por su condición administrativa y por su situación económica, un colectivo en riesgo de exclusión social, sin tener en cuenta que su falta de recursos económicos les dejará extramuros de cualquier fórmula de asistencia sanitaria, poniendo en riesgo su salud y su integridad física. (...).

En relación a la situación existente en España, los días 21 y 22 de Marzo de 2018, el Comité de derechos económicos, sociales y culturales de Naciones Unidas ha reconocido "el impacto profundo que ha tenido la crisis financiera internacional en la economía y en el goce efectivo de los derechos económicos, sociales, y culturales (DESC) en el Estado español" y ha instado a los poderes públicos españoles para que adopten las medidas necesarias para garantizar el pleno ejercicio de estos derechos. Las observaciones finales de este Comité recogen un conjunto de recomendaciones para que España adapte su legislación nacional a los Tratados Internacionales de derechos humanos y, entre ellas, recomienda expresamente "la derogación de las disposiciones del Real Decreto-ley 16/2012 que han supuesto retrocesos en la protección del derecho a la salud y asegurar que los migrantes en situación irregular tengan acceso a todos los servicios de salud necesarios".

El Comité, también ha mostrado preocupación por la disparidad comentada más arriba entre la legislación de las Comunidades Autónomas y por el obstáculo que "que ciertas decisiones del Tribunal Constitucional" están suponiendo para que "las Comunidades Autónomas puedan otorgar, con sus propios recursos, mayores protecciones a los derechos del Pacto que las previstas a nivel nacional".

Con este desolador panorama que no hace más que reforzar la situación de vulnerabilidad a la que se han visto sometidas muchas de las personas extranjeras que residen en nuestro país, a continuación exponemos la regulación de Andalucía al respecto del derecho a la protección de la salud para las personas extranjeras y veremos cómo ha conseguido salvaguardar el derecho a la protección de la salud para el colectivo más vulnerable, las personas extranjeras en situación administrativa irregular.

En el caso de Andalucía, el acceso a la sanidad en la actualidad está regulado por la Ley 2/1998, de 15 de junio, de salud de Andalucía, que, en su art. 3 dispone:

"Sin perjuicio de lo previsto en los arts. 1 y 16 de la Ley General de Sanidad, son titulares de los derechos que esta Ley, y la restante normativa reguladora del Sistema Sanitario Público de Andalucía, efectivamente defina y reconozca como tales, los siguientes:

Los españoles y los extranjeros residentes en cualquiera de los municipios de Andalucía.

Los españoles y extranjeros no residentes en Andalucía que tengan establecida su residencia en el territorio nacional, con el alcance determinado por la legislación estatal.

Los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea tienen los derechos que resulten de la aplicación del derecho comunitario europeo y de los Tratados y Convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación.

Los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea tienen los derechos que les reconozcan las Leyes, los Tratados y Convenios suscritos por el Estado español.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo, se garantizará a todas las personas en Andalucía las prestaciones vitales de emergencia."

Además, en su art. 4 dispone:

"Las prestaciones sanitarias ofertadas por el Sistema Sanitario Público de Andalucía serán, como mínimo, las establecidas en cada momento para el Sistema Nacional de Salud.

La inclusión de nuevas prestaciones en el Sistema Sanitario Público de Andalucía, que supere las establecidas en el apartado anterior, será objeto de una evaluación previa de su efectividad y eficiencia en términos tecnológicos, sociales, de salud, de coste y de ponderación en la asignación del gasto público, y llevará asociada la correspondiente financiación."

Por tanto, en Andalucía actualmente contamos con un sistema que garantiza la asistencia sanitaria universal, únicamente requiriendo que se acredite la residencia en algún municipio de la comunidad andaluza. Lo anterior, en el entendido de que la expresión "extranjeros residentes en cualquiera de los municipios de Andalucía" empleada en el artículo 3 de la Ley de Salud de Andalucía no se refiere a la "residencia legal", sino al empadronamiento en algún municipio de Andalucía, ya que el término "residentes o no residentes" se refiere tanto a los "españoles como extranjeros", y no existen españoles sin residencia legal.

B. Referencia a Ceuta y Melilla.

Las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla no tienen transferidas las competencias en materia sanitaria por lo que deberán estar a lo regulado directamente por el Gobierno central. En el apartado anterior hemos visto como el RDL 16/2012, de 20 de abril supuso la exclusión del sistema sanitario de toda aquella persona que no tuviera la condición de beneficiario o asegurado, conceptos que ya han sido explicado. Así las personas extranjeras en situación administrativa irregular quedaban fuera del acceso al sistema sanitario. Dicha norma fue sorteada por la legislación de numerosas Comunidades Autónomas pero Ceuta y Melilla no tuvieron esa oportunidad. Por ello, la población extranjera en dichas ciudades se encuentra totalmente desprotegida generando dramáticas situaciones⁹⁹.

C. Principales obstáculos detectados en el acceso al derecho a la protección de la salud por parte de las personas extranjeras.

En Andalucía, como hemos explicado en el apartado anterior, gozamos de una Asistencia Sanitaria Universal, por lo que las incidencias que se encuentran en la práctica las personas extranjeras a la hora de ejercer este derecho son de menor envergadura, pero sí que hemos constatado que existen algunas incidencias concretas, casi todas ellas debidas al desconocimiento por parte de los profesionales sanitarios y de la Administración a la hora de conceder el acceso a las prestaciones a las personas extranjeras.

Decir que aunque no es común, sí que nos hemos encontrado que, sobre todo en poblaciones pequeñas en las que la población extranjera no es muy visible, se les ha negado la solicitud de la tarjeta sanitaria a algunas personas extranjeras sin la documentación en regla. Cuando ocurran estas situaciones desde Andalucía Acoge

99] Fuente: ElDiario.es. Sección Desalambre. Fecha de publicación: 6 de septiembre de 2016. Melilla, foco de la exclusión sanitaria en España. Se puede consultar el artículo en: https://www.eldiario.es/desalambre/Exclusion-sanitaria_0_556094738.html

recomendamos ponerse en contacto con la trabajadora social del centro de salud o con el distrito municipal correspondiente, explicarles el caso y solicitar una mediación para que la persona en cuestión pueda solicitar la Tarjeta Sanitaria.

Otra de las incidencias más comunes que nos hemos encontrado tiene que ver con los ciudadanos de otros países miembros de la Unión Europea. Nos encontramos con la exigencia legal de la firma de un convenio bilateral con su país de origen y la exigencia de estar inscrito en el Registros de Ciudadanos de la Unión Europea, este certificado hemos de explicar que es la autorización de residencia en España para el Ciudadano Comunitario que vaya a permanecer en el país durante un periodo superior a 3 meses. Como dijimos, para la obtención de este certificado por los ciudadanos comunitarios es necesaria la acreditación de encontrarse en uno de los supuestos regulados en el art. 7.1 del RD 270/2007 (trabajador por cuenta ajena o propia en España; disponer de recursos por otra vía que sean suficientes para sí y los miembros de su familia, así como de un seguro de enfermedad o estar matriculado en un centro público o privado y disponer de recursos suficientes y seguro de enfermedad para sí y para su familia). Requisitos que, muchos ciudadanos no poseen. Desde nuestra experiencia en Andalucía esos requisitos pueden ser salvados a través de un informe social que acredite la situación del/la solicitante o una ampliación de la cobertura obrante en su país. No obstante, cabe tener presente la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada más arriba, que establece que el artículo 7 resulta de plena aplicación tanto para los ciudadanos de Estados miembros como para sus familiares nacionales de terceros países, incluyendo a los familiares de ciudadanos españoles.

Estas incidencias producen situaciones de indefensión y dificultan el acceso al derecho por las personas extranjeras residentes en nuestra comunidad. Si bien es cierto que tenemos una legislación autónoma que aun reconoce el derecho a la protección de la salud de forma universal.

Concretamente, las dificultades expresadas respecto de las personas a las que resulta de aplicación el régimen comunitario, se traducen en que a estas personas se les hace de peor derecho respecto de los nacionales de terceros países, lo cual vulnera el citado artículo 1.3 de la LOEX, en virtud del cual "A los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables".

Desde Andalucía Acoge abogamos por el derecho a una sanidad universal en todas las Comunidades Autónomas, así como en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla donde las competencias en materia sanitaria no han sido transferidas, siendo que creemos e incidimos en que el derecho a la salud es un derecho fundamental, como así viene garantizado por la Declaración Universal de Derechos Humanos y así igualmente se obligó el Estado Español en la firma del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

A modo de cierre de este capítulo, recordamos que el nuevo gobierno ha anunciado que se va a derogar en los próximos meses el RDL 16/2012, de 20 de abril, devolviendo el derecho a la protección de la salud a todas las personas independientemente de su situación administrativa, por lo que habrá que estar a resultados de que se formalice.



7

**El derecho a las prestaciones
y servicios de la seguridad
social**

CAPÍTULO VII. EL DERECHO A LAS PRESTACIONES Y SERVICIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Este derecho está relacionado con el derecho a la protección de la salud, que hemos abordado en el capítulo anterior. Ambos se encuadran en el mismo capítulo de la CE y además se relacionan a través del mismo sistema de sostenimiento, puesto que cómo ya apuntamos, el sistema sanitario nace ligado a la cotización del trabajador y es la seguridad social el sistema que lo sostiene. A lo largo de este capítulo abordaremos la regulación que el derecho a las prestaciones y servicios de la seguridad social tiene a lo largo de nuestro ordenamiento jurídico en relación a las personas extranjeras, realizando un recorrido por la normativa vinculante desde los tratados internacionales hasta la legislación específica correspondiente.

A. El derecho a la seguridad social.

El art. 41 de la Constitución, encuadrado en el capítulo de principios rectores de la política, social y económica, se ocupa de la Seguridad Social. Y lo hace, en los siguientes términos:

"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."

Dicha regulación se realizó en base a los mínimos propuestos en las normas internacionales. En este caso debemos acudir de nuevo, como en el resto de derechos recogidos en este documento, a la DUDH, al Convenio nº 102 de la Organización Internacional del Trabajo sobre norma mínima de Seguridad Social, la Carta Social Europea y el Código Europeo de Seguridad Social¹⁰⁰.

Los sistemas de seguridad social actuales están pensados y diseñados para los nacionales de los países respectivos. Pero ante el fenómeno migratorio de los años 90, surgió la necesidad de arbitrar medidas que asegurasen la adecuada protección de las personas que se encontraban en estas circunstancias. En el caso de España la competencia en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social es exclusiva del Estado y emana del art. 149.1.17ª de la CE¹⁰¹.

De esa forma, la actual ley de extranjería reconoce y regula el derecho de las personas extranjeras a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en diferentes artículos. El primer artículo de la Ley que menciona el derecho a la Seguridad Social es el art. 2 bis, que enumera los principios de la política migratoria y que, en su apartado 2, impone a

100] Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, al Convenio nº 102 de la Organización Internacional del Trabajo sobre norma mínima de Seguridad Social, de 1952, la Carta Social Europea de 1961 y el Código Europeo de Seguridad Social de 1964.

101] La competencia en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social es exclusiva del Estado y emana del Art. 149.1.17ª de la Constitución española. Art. 149 "1.El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 17.ª Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas".

todas las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus competencias vinculadas con la inmigración, el respeto del principio de igualdad de trato en las relaciones laborales y de Seguridad Social.

A continuación el art. 10, rubricado "Derecho al trabajo y a la Seguridad Social", reconoce el derecho a acceder al sistema de la Seguridad Social como consecuencia inherente al derecho al trabajo, ya sea por cuenta propia o ajena.

"Los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente".

En el mismo capítulo, el art. 14 de la ley de extranjería, rubricado Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales, desde un punto de vista prestacional, establece que "1. Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles".

El art. 36.5 de la ley de extranjería regula el derecho de las personas extranjeras a las prestaciones en los siguientes términos:

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

A tenor de las normas citadas por lo tanto, como regla general, la ley de extranjería limita el ámbito subjetivo del derecho a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social a los extranjeros residentes, en las mismas condiciones que los españoles.

Eso se desprende de la literalidad de los arts. 10, 14 y 36 citados. Por otra parte, cabe manifestar que el régimen de concesión y renovación de las autorizaciones de trabajo a las personas extranjeras está configurado de manera que la efectividad de dichas autorizaciones siempre quedan condicionadas al alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social¹⁰².

Lo ya expuesto se completa con el régimen sancionador previsto en el art. 53.2 de la ley de extranjería que califica de sanción grave "No dar de alta, en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda, al trabajador extranjero cuya autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena hubiera solicitado (...)", mientras que, en el caso del

102] Art. 25 bis letra d) Visado de residencia y trabajo, (...) deberá producirse el alta del trabajador en la Seguridad Social, que dotará de eficacia a la autorización de residencia y trabajo, por cuenta propia o ajena (...). Art. 36.2 La eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condicionará al alta del trabajador en la Seguridad Social. Art. 38.3, "Verificado el cumplimiento de los requisitos, la autoridad competente expedirá una autorización cuya eficacia estará condicionada a que el extranjero solicite el correspondiente visado y que, una vez en España, se produzca el alta del trabajador en la Seguridad Social".

trabajador extranjero las deudas con la Seguridad Social podrían implicar la no renovación de su autorización de trabajo. El art. 31.7 establece que "Para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal, se valorará en su caso: b) El incumplimiento de las obligaciones del extranjero en materia tributaria y de seguridad social". La renovación de las autorizaciones de trabajo por otra parte, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, depende del alta más o menos continuada, en el correspondiente régimen de la Seguridad Social¹⁰³.

En resumen, la ley de extranjería reconoce el derecho de las personas extranjeras al acceso a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social condicionado a quien es titular de una autorización de residencia; la renovación de dicha autorización para residir de forma regular depende a su vez de que haya cotizado en el régimen de la Seguridad Social.

Lo que en ningún caso puede perjudicar a las personas extranjeras en sus derechos como trabajador es el incumplimiento del empresario de su obligación de cotizar por esa persona, tanto si esta se debe a que ha contratado a una persona extranjera sin autorización para ello, art. 36.5 de la LOEX, como en el caso de descubiertos en el pago de las cuotas correspondientes al trabajador extranjero¹⁰⁴.

El trabajador podrá reclamar al empleador los derechos que derivan del contrato de trabajo ante la jurisdicción social, -entre los que se incluyen los salarios, salarios de tramitación e indemnización por despido cuando correspondan, así lo ha afirmado Sentencia de TS, Sala 4ª, de lo Social, 17 de Septiembre de 2013-, pero no podrá reivindicar los correspondientes derechos a la Seguridad Social, por lo menos hasta tanto no consiga una autorización de residencia, puesto que el sistema de la Seguridad Social está vinculado para las personas extranjeras a la autorización de residencia. Si bien es cierto que se protege con esta legislación a todos los trabajadores, -se encuentren estos en cualquiera de las posibles situaciones administrativas- no se les reconoce el derecho a la seguridad social que derivan de la relación laboral.

Recordamos en este punto la figura del arraigo laboral (art. 31.3 LOEX y art. 124.1 de su Reglamento) que, como es sabido, permite obtener una autorización de residencia temporal a los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años (siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años) y que demuestren la existencia de una relación laboral no inferior a seis meses, reconocida por sentencia o por resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En el anterior capítulo anunciábamos que el año 2012 fue un año fatídico para los

103] Los requisitos para la renovación de la autorización de trabajo cuenta ajena están recogidos en el Art. 71 del RD 557/2011 mientras que los requisitos para la renovación de la autorización de trabajo por cuenta propia están regulados por el Art. 109 del RD 557/2011.

104] El artículo 36 de la LOEX establece en su apartado 5 que: (...) La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo.

derechos de las personas extranjeras que se encontraban en nuestro país en situación administrativa irregular; fue en aquel momento cuando se produjo una modificación radical en el acceso al derecho a la protección a la salud y por su relación, el derecho a las prestaciones y servicios de la seguridad social no sufrió mejor suerte.

Así, la necesidad de ser titular de una autorización de residencia para acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social vale tanto para las personas extra-comunitarias como para los nacionales de la Unión Europea y sus familiares. Desde la aprobación del ya famoso, Real Decreto-ley 16/2012 de 20 de abril, que modificó el art. 7 del RD 240/2007 de 16 de febrero sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, el acceso a la residencia y trabajo de los nacionales de la UE y sus familiares (y, como consecuencia, el derecho de acceso a la Seguridad Social y sus prestaciones) requiere que el ciudadano de la Unión Europea acredite que está en condición de trabajar por cuenta ajena o cuenta propia o que cuente, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España. Estos requisitos son de aplicación también a los familiares extra-comunitarios de españoles, por lo que, por ejemplo, el cónyuge de una persona española que no cumpla con ninguno de los requisitos del art. 7 del RD 240/2007, no podrá acceder a la tarjeta de familiar de comunitario, y se quedará sin acceso por lo tanto a la Seguridad Social y a sus prestaciones. Así lo confirmó el Tribunal Supremo en su sentencia ya citada 1295/2017, de 18 de julio, que resolvió el recurso de casación 298/2016 interpuesto por la Abogacía del Estado y en la 963/2018, Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de junio de 2018.

En cuanto a los solicitantes de asilo y de protección internacional, su situación administrativa está regulada, como ya vimos en el capítulo III, por la Ley 12/2009, de 30 de Octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. El articulado que regula el derecho a las prestaciones sociales de los solicitantes de protección internacional sin recursos económicos, será objeto de análisis en el próximo apartado que está dedicado a las prestaciones y servicios sociales. En cuanto al derecho a la Seguridad Social hay que destacar que la persona solicitante de protección internacional, de conformidad con el art. 32 de la Ley 12/2009 tiene derecho a trabajar en los términos que reglamentariamente se establezcan.

A causa del retraso en la tramitación y resolución de los expedientes de protección internacional, que puede tardar hasta más de tres años, el reconocimiento a los solicitantes del derecho a trabajar y el correspondiente derecho a la Seguridad Social adquieren especial relevancia. Nunca hubo desarrollo reglamentario de la Ley 12/2009 por lo que, el legislador optó por incluir esta importante regulación en la Disposición adicional vigésimo primera del 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, que establece:

"Los solicitantes de protección internacional estarán autorizados para trabajar en España una vez transcurridos seis meses desde la presentación de la solicitud, siempre que ésta hubiera sido admitida a trámite y no estuviera resuelta por causa no imputable al interesado. La autorización para trabajar se acreditará mediante la inscripción «autoriza a trabajar» en el documento de solicitante de

protección internacional y, si procede, en sus sucesivas renovaciones, y estará condicionada a su validez. En caso de que no proceda esta inscripción porque no se cumplan los citados requisitos, la Oficina de Asilo y Refugio hará constar tal hecho en resolución motivada y se lo notificará al interesado.”

Así, una vez admitida a trámite la solicitud de protección internacional, se documenta al solicitante con una tarjeta roja, renovable cada 6 meses mientras tanto dure la tramitación del expediente. A partir de la primera renovación, es decir pasados los primeros 6 meses desde la presentación de la solicitud, la persona solicitante de protección internacional estará autorizada a trabajar, y tendrá los derechos a la Seguridad Social que corresponden a cualquier trabajador, a pesar de que su situación administrativa técnicamente no sea de residencia sino de estancia.

La legislación española reconoce el derecho a la Seguridad Social a las personas extranjeras en los términos expuestos, y lo reconoce en igualdad de condiciones con los españoles, lo que no significa que no hay peculiaridades inherentes a la condición de no nacional del trabajador/a, relacionadas con el tipo de prestación de que se trate.

La ley de extranjería deja absolutamente zanjada la cuestión del derecho a la prestación por desempleo, ya que el mencionado art. 36.5 de la ley de extranjería establece que “En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo”. Es decir que, a pesar de haber cotizado lo suficiente para generar un derecho a una prestación por desempleo contributiva, y por lo tanto haber sido titular de una autorización de residencia y trabajo en caso de irregularidad sobrevenida, es decir, en caso de pérdida de dicha autorización la persona extranjera no podrá cobrar el desempleo acumulado mientras tanto no recupere la autorización de residencia. En ese sentido es reiterada la doctrina del TS¹⁰⁵ que niega el derecho al desempleo a la persona que carece de autorización de residencia y trabajo, cuestión distinta es que por pérdida sobrevenida sea posible acceder también a la prestación con un permiso de residencia.

Así, la ST 76/2017 se refiere a extranjeros con residencia legal, ahora con matices pues en la Resolución de 11 de julio de 1.996, de la Dirección General Instituto Nacional de Empleo (BOE de 9 agosto) establece que solo podrán inscribirse en las oficinas de empleo los extranjeros no pertenecientes a países miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo que, “en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado nacional de trabajo, o la posibilidad de acceder al mismo”. Por su parte, el art. 207.c) LGSS exige como requisito inexcusable para tener derecho a desempleo “acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad al que se refiere el art. 231 LGSS”.

Sin embargo, el art. 36.5 no excluye la posibilidad de que la persona extranjera sin autorización de residencia y trabajo pueda tener derecho a prestaciones “(...) derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección de los trabajadores¹⁰⁶ u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación”. Al respecto véase TS, Sentencia de 7 de Octubre de 2003, Rec. Nº 008/2153/2002, Sala de lo Social, que reconoce a un extranjero sin autorización de

105] Véase Tribunal Supremo (Sala de lo Social), Sentencia 76/2017, de 31 de Enero de 2017.

106] Convenios de la OIT aplicables a los trabajadores migrantes: Convenio sobre los Trabajadores Migrantes

residencia el derecho a la prestación por Incapacidad Temporal. Afirma el TS que:

"(...) se ha de concluir, que el actor se encuentra incluido en el campo de protección de la Seguridad Social, a los efectos de la contingencia de accidente de trabajo, por tratarse de extranjero hispanoamericano, cuya país de origen ratificó el Convenio número 19 de la OIT¹⁰⁷, pues al estar también ratificado por España obliga a este Miembro a conceder a los nacionales del otro Estado, que fueren víctimas de accidentes de trabajo ocurridos en el territorio de aquél, el mismo trato que otorgue a sus nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo, lo que conlleva la aplicación de lo dispuesto en el art. 1.4 de la Orden de 28 de diciembre de 1966 y Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de abril de 1968, en su número 1, en relación con el art. 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994".

En aplicación del art. 36.5 in fine de la ley de extranjería "Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero", el trabajador que se ha visto reconocido el derecho a la prestación por incapacidad temporal, solo por este motivo no podrá reclamar una autorización de residencia. Si bien es cierto, existe para los casos de enfermedad sobrevenida la posibilidad de acceder a una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por este motivo¹⁰⁸.

B. El derecho a las prestaciones y servicios sociales.

El art. 25 de la DUDH proclama que «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...» Y el art. 14 de la Carta Social Europea dispone que:

"A fin de asegurar el ejercicio efectivo del derecho a beneficiarse de los servicios sociales, las partes se comprometen a impulsar u organizar servicios que, utilizando métodos de trabajo social, contribuyan al bienestar y al desarrollo de las personas y de los grupos en la comunidad, y a su adaptación al entorno

(revisado), 1949 (núm. 97) y Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (Núm. 143). Ambos instrumentos prevén que los Estados deben aplicar a los trabajadores migrantes con residencia legal un trato no menos favorable que el que se aplica a sus nacionales con respecto a un número de cuestiones que incluyen las condiciones de empleo, la libertad sindical y la seguridad social. El listado completo de los Instrumentos de la OIT está disponible en el siguiente enlace: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12030:0::NO::#Trabajadores_migrantes. Otra normativa internacional aplicable a los trabajadores/as extranjeros/as son los Reglamentos Comunitarios en materia de Seguridad Social: Reglamento (CEE) Núm. 1408/1971 y Núm. 574/1972. Reglamento (CE) Núm. 883/2004 y Núm. 987/2009. España ha suscrito Convenios Bilaterales con los siguientes países: Andorra, Argentina, Australia, Brasil, Cabo Verde, Canadá, Chile, China, Colombia, Corea, Ecuador, Estados Unidos, Filipinas, Japón, Marruecos, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Rusia, Túnez, Ucrania, Uruguay y Venezuela. De los países europeos hay Convenio Bilateral con Reino Unido y Suiza. Existe un Convenio Multilateral Iberoamericano en materia de pensiones que ha sido ratificado por 7 Estados, entre ellos España, y que ha entrado en vigor el 01 de Mayo de 2011, junto con el Acuerdo de Aplicación. Si existen Convenios bilaterales de Seguridad Social entre dos Estados Parte, se aplicarán las disposiciones que resulten más favorables al interesado.

107] Convenio relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo, Organización Internacional del Trabajo.

108] Véase Hoja informativa de Autorización residencia temporal por circunstancias excepcionales. Se puede consultar en el siguiente enlace: <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/Ciudadanosnocomunitarios/hoja039/index.html>

social...".

Del mismo modo, se puede citar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰⁹ etc.

En el ámbito concreto de la Unión Europea, varias han sido las estrategias fomentadas, la última de ellas que se ha puesto en marcha es la Estrategia Europea de 2020¹¹⁰, en favor de la necesaria inclusión social y el consiguiente fortalecimiento del modelo social europeo. Por tanto partimos de un panorama internacional que promueve que la titularidad de este derecho sea extensible a todas las personas sin distinguir entre nacionales y extranjeras.

La CE compromete a los poderes públicos en la promoción de las condiciones necesarias a fin de garantizar y asegurar una digna calidad de vida de todos los ciudadanos, configurando, a través de su articulado, el soporte de un Sistema Público de Servicios Sociales. Así, los arts. 49 y 50 de la norma constitucional se refieren a la atención a personas mayores y con discapacidad, y a un sistema de servicios sociales impulsado y sostenido por los poderes públicos para el bienestar de los ciudadanos. También se encomienda en los arts. 39, 41 y 48 respectivamente, a los poderes públicos la protección de colectivos como la familia y los niños, los desempleados y los jóvenes.

Lo cual debe relacionarse con el art. 9.2 CE, que ordena a los poderes públicos:

"Promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

En relación a lo regulado específicamente para las personas extranjeras debemos acudir a los apartados 2 y 3 del art. 14 de la Ley de extranjería regulan el acceso de los extranjeros a los Servicios Sociales en los siguientes términos:

"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."

El art. 14 por lo tanto limita el acceso a los servicios sociales y a las prestaciones sociales, en igualdad de condiciones con los españoles, a las personas extranjeras autorizadas

109] Véase Art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Y Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

110] La Estrategia Europa 2020 es la agenda de crecimiento y empleo de la UE en esta década. Señala el crecimiento inteligente, sostenible e integrador como manera de superar las deficiencias estructurales de la economía europea, mejorar su competitividad y productividad y sustentar una economía social de mercado sostenible. Se puede consultar en https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester/framework/europe-2020-strategy_es

a residir en España. Las únicas personas extranjeras a la que reconoce dicho derecho, independientemente de su situación administrativa, son los menores de edad con discapacidad, en relación al tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico.

No obstante, de conformidad con el apartado tercero del art. 14, cualquier persona extranjera (incluidas aquellas que se encuentren en situación irregular) tiene derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas¹¹¹. En ese sentido, el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social en el Catálogo de Referencias de los Servicios Sociales¹¹² establece que las Comunidades Autónomas deberán ofrecer al menos las siguientes en el marco de sus servicios sociales: Información, orientación, asesoramiento, diagnóstico y valoración, autonomía personal, atención en el domicilio y respiro familiar, intervención y apoyo familiar, intervención y protección de menores, atención residencial y prevención e inclusión social y protección jurídica. Respecto a las prestaciones económicas se establecen como básicas las siguientes: Renta mínima de inserción, ayuda para víctimas de violencia de género, prestaciones económicas para personas en situación de dependencia, otras prestaciones económicas.

Desde Andalucía Acoge aprovechamos este espacio para reivindicar una modificación legislativa en materia de extranjería que permita el acceso universal a los servicios sociales por parte de todos los menores independientemente de su situación administrativa, como ya ocurre con el derecho a la salud y la educación. Señalar igualmente que así es como se encuentra regulada esta cuestión en el caso de la comunidad autónoma andaluza, ya que el Art.6 de la Ley 9/2016 de 27 de Diciembre de Servicios Sociales de Andalucía establece que son titulares del derecho a los servicios y prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía "las personas menores de edad extranjeras que se encuentren en territorio andaluz", sin ni siquiera exigir que estén empadronados.

Como explicaremos a continuación, la aplicación de los apartados 2 y 3 del art. 14 de la ley de extranjería tiene carácter supletorio en el sentido de que serán de aplicación en aquellas Comunidades Autónomas que no hayan asumidos competencias en materia de asistencia social o en aquellas materias que no sean objeto de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas.

Según el art. 148.1 20ª "1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: Asistencia social".

Desde un punto de vista material, las prestaciones y servicios sociales a las que se refieren los apartados 2 y 3 del art. 14, tanto las generales y básicas, como las específicas, recaen en el ámbito material de la asistencia social, y por lo tanto podrán ser competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, siempre y cuando sean externos o complementarios a los servicios de la Seguridad Social y siempre que el Estado no haya asumido esa competencia por otro título competencial (que en el caso de las personas

111] En Andalucía hay un Proyecto de Decreto de 7 de Noviembre de 2017 por el que se aprueba el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicio Sociales de Andalucía en cuyo Anexo se recogen el conjunto de prestaciones de Servicio Sociales de Andalucía. <http://www.juntadeandalucia.es/servicios/normas-elaboracion/detalle/134705.html>

112] Véase. Catálogo de Referencia de Servicios Sociales. Se puede consultar en el siguiente enlace: http://www.msssi.gob.es//ssi/familiasInfancia/inclusionSocial/serviciosSociales/Catalogo_Servicios_Sociales/docs/CatalogoSociales.pdf

extranjeras tendrán que ser diferentes del art. 149.1.2^{a113}).

Desde el punto de vista subjetivo, de los titulares del derecho a la asistencia social, la Comunidad Autónoma que haya adquirido, por medio de su Estatuto, competencias exclusivas en materia de asistencia social, estará plenamente facultada para decidir quiénes son los titulares del derecho a los servicios sociales objeto de su competencia exclusiva, pudiendo establecer por ejemplo criterios de acceso como el de la vecindad administrativa.

La Comunidad Autónoma de Andalucía se ha dotado de competencia exclusiva en materia de asistencia social, a través del Estatuto de Autonomía, aprobado con LO 2/2007 de 19 de Marzo, que en su art. 61 establece que “Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, que en todo caso incluye (...)”. Sigue una enumeración de mínimo de las materias sobre las que la Comunidad Autónoma adquiere competencias exclusivas, con una clara (...) “intención del estatuyente de asumir todas aquellas competencias relacionadas con la asistencia social, incluyendo alguna submateria controvertida (...)”, como afirma el Consejo Consultivo Andalúz en el Dictamen del Pleno del de 15 de Diciembre de 2015 (Pág. 23)¹¹⁴.

Si la Comunidad Autónoma de Andalucía, a través del Estatuto, ha asumido todas las competencias que puedan corresponderle en materia de asistencia social, la delimitación de dichas competencias con respecto a otras exclusivas del Estado, ha sido objeto de pronunciamiento por parte del TC. Destacan las sentencias que definen el alcance del sistema de protección de la asistencia social en relación con la acción protectora de la Seguridad Social. Dichas sentencias son interesantes porque, a la par que configuran la asistencia social desde un punto de vista material, como una protección “externa al sistema de Seguridad Social” (STC 76/1986), que “abarca técnicas de protección situadas extramuros del Sistema de la Seguridad Social” (STC 26/2013 y STC 78/2014), en ellas el TC delimita de alguna forma el ámbito subjetivo, es decir los sujetos beneficiarios de una y otra protección. Así en la Sentencia 76/1986 se afirma que “(...) es características de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios (...)”; en la Sentencia 26/2013 de 31 de Enero se dice de la asistencia social que “Se trata de un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por un grupo de población a

113] Según el Tribunal Constitucional, Sentencia 26/2013 de 31 de Enero “(...) en el ámbito de la prestación de servicios públicos a los inmigrantes en ejercicio de sus derechos sociales —por ejemplo, educación, sanidad, vivienda servicios sociales o cultura— el Estado siempre podrá ejercer sus competencias específicas reservadas en los diversos títulos del art. 149.1 CE —competencias, por ejemplo, en materia de educación, sanidad o régimen de la seguridad social—. Sin embargo, se debe excluir que sobre tal ámbito incida la competencia reservada al Estado en el art. 149.1.2 CE. Así, si bien la entrada y residencia de extranjeros se inscriben en el ámbito de la inmigración y la extranjería, las ayudas previstas en la orden objeto del presente conflicto no se corresponden con esta materia constitucional (...). El Art. 149.3 CE contiene una “cláusula de prevalencia” por la que “La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas” y una “cláusula de supletoriedad” por la que “El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”. El Art. 42 del Estatuto de Autonomía a su vez dispone que “En el ámbito de sus competencias exclusivas, el derecho andaluz es de aplicación preferente en su territorio sobre cualquier otro, teniendo en estos casos el derecho estatal carácter supletorio.

114] Nota de edición: las palabras “estatuyente” y “submateria” no figuran en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española pero, al tratarse de cita literal del Dictamen del Pleno del Consejo Consultivo andalúz, figuran en el documento.

los que no alcanza el sistema de Seguridad Social y que opera mediante técnica distintas de las propias de ésta". La Sentencia 239/2002 de 11 de Diciembre el TC configura la asistencia social como complementaria a la ofrecida por la Seguridad Social.

En Andalucía se ha aprobado la Ley 9/2016 de 27 de Diciembre de Servicios Sociales de Andalucía que, en su Art. 6 rubricado "Titulares del derecho a los servicios sociales", establece que:

"Son titulares del derecho a los servicios y prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía:

- a) Todas las personas que tengan vecindad administrativa en Andalucía.*
- b) Las personas andaluzas en el exterior podrán acceder a lo dispuesto en esta ley en los términos previstos en la Ley 8/2006, de 24 de octubre, del Estatuto de los Andaluces en el Mundo.*
- c) Las personas menores de edad extranjeras que se encuentren en Andalucía.*
- d) Las personas con derecho de asilo a quienes se reconozca la condición de refugiado, o la protección subsidiaria, en los términos que establecen los tratados internacionales y la legislación en materia de extranjería.*
- e) Todas aquellas personas, no contempladas con anterioridad, que se encuentren en la Comunidad Autónoma de Andalucía en una situación de urgencia personal, familiar o social, podrán acceder a aquellas prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía que permitan atender tales contingencias en los términos que se establezcan reglamentariamente y, en todo caso, tendrán garantizado el derecho a los servicios de información, valoración, diagnóstico y orientación, tanto en el nivel primario como en el especializado (...)"¹¹⁵*

Según la literalidad del apartado a) del art. 6 de la Ley 9/2016, En Andalucía se ha optado por un reconocimiento del derecho de acceso a los servicios y prestaciones sociales a todas las personas empadronadas en sus términos municipales. El criterio general para acceder en nuestra comunidad a los servicios y prestaciones sociales es por lo tanto el de la vecindad administrativa. El término vecindad administrativa, se aplica para aquellas personas que están empadronadas en uno de los municipios de la geografía española independientemente de su nacionalidad. Diferente al término de vecindad administrativa es el de vecindad civil, que se aplica únicamente a las personas que tienen la nacionalidad española. Así el acceso a los servicios sociales en Andalucía se

115] El Art. 6 de la Ley 9/2016 de 27 de Diciembre de Servicios Sociales de Andalucía establece que:

"Son titulares del derecho a los servicios y prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía:

- a) Todas las personas que tengan vecindad administrativa en Andalucía.
- b) Las personas andaluzas en el exterior podrán acceder a lo dispuesto en esta ley en los términos previstos en la Ley 8/2006, de 24 de octubre, del Estatuto de los Andaluces en el Mundo.
- c) Las personas menores de edad extranjeras que se encuentren en Andalucía.
- d) Las personas con derecho de asilo a quienes se reconozca la condición de refugiado, o la protección subsidiaria, en los términos que establecen los tratados internacionales y la legislación en materia de extranjería.
- e) Todas aquellas personas, no contempladas con anterioridad, que se encuentren en la Comunidad Autónoma de Andalucía en una situación de urgencia personal, familiar o social, podrán acceder a aquellas prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía que permitan atender tales contingencias en los términos que se establezcan reglamentariamente y, en todo caso, tendrán garantizado el derecho a los servicios de información, valoración, diagnóstico y orientación, tanto en el nivel primario como en el especializado

2. Lo establecido en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de los requisitos que se establezcan por la normativa para determinar las condiciones de acceso a las distintas prestaciones y servicios.

3. Para el acceso a las prestaciones y servicios sociales enmarcados en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se estará a lo previsto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

permite a cualquier persona independientemente de su situación administrativa, siempre y cuando se encuentre empadronada en nuestra comunidad.

En este momento debemos hacer un inciso para explicar de forma más clara el apartado e) del art. 6, pues va más allá aun y permite que cualquier persona, aunque no esté empadronada en Andalucía, pueda recibir la atención que necesiten si se encuentran en situación de urgencia, familiar personal o social, “en los términos que se establezcan normativamente”. El reglamento de desarrollo de dicha ley aún no ha sido desarrollado y deberemos esperar a lo que en él se contenga para conocer los términos concretos a los que se refiere el apartado e) del mencionado artículo.

En cuanto a los menores, la ley andaluza, como dijimos, reconoce la asistencia social a todos los menores, sin ni siquiera exigir que estén empadronados.

La letra d) del art. 6 incluye a las personas que tengan reconocida la condición de refugiado. Estas, desde el punto de vista administrativo, son a todos los efectos personas extranjeras titulares de una autorización de residencia.

Diferente es la situación de las personas solicitantes de protección internacional, que son aquellas cuya solicitud está en trámite. La Ley 12/2009, en su art. 18, enumera los derechos y deberes de los solicitantes de asilo, entre ellos “a recibir prestaciones sociales específicas en los términos que se recogen en esta Ley”. La ayuda específica establecida por la Ley incluye “los servicios sociales y de acogida necesarios con la finalidad de asegurar la satisfacción de sus necesidades básicas en condiciones de dignidad” (art. 30), y se garantiza a las personas que carecen de recursos económicos. Según el apartado 3 del art. 30 “Si se comprobara que la persona solicitante dispone de suficientes medios de acuerdo con la normativa vigente, para cubrir los costes inherentes a los servicios y prestaciones reservados a personas que carezcan de recursos económicos, se procederá a la reclamación de su reembolso”. Estas disposiciones se aplican a las prestaciones específicas previstas para este colectivo y que financia a nivel estatal el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Para el acceso a las demás prestaciones asistenciales la situación de los solicitantes de protección internacional, desde un punto de vista administrativo, es equiparable a la de extranjeros residentes¹¹⁶, sin embargo pueden existir incompatibilidades entre las prestaciones específicas que reciben y otras prestaciones asistenciales, por lo que al recibir unas, puede quedar excluido el acceso a las otras.

A pesar de la definición, aparentemente tan amplia, de los titulares a la asistencia social en Andalucía, el apartado 2 del art. 6 deja abierta la posibilidad de que reglamentariamente se introduzcan requisitos específicos de acceso para las distintas prestaciones y servicios. El 26 de diciembre de 2017 se ha publicado en el BOJA el Decreto Ley 3/2017, de 19 de diciembre, por el que se regula la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía que en su art. 3 establece que:

“De acuerdo con el art. 6 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, tendrán derecho a la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía, las unidades familiares cuyas personas miembros tengan vecindad administrativa en Andalucía, se encuentren

116] En algunos casos el trato a los solicitante de protección internacional es más favorable con respecto a los extranjeros residente, como por ejemplo en el caso de la Renta Mínima de Inserción ya que el Art. 7 letra b) 4ª del Decreto Ley 3/2017, les exime del requisitos del periodo de un año de empadronamiento de forma estable previo a la fecha de presentación de la solicitud.

en situación de pobreza, exclusión social o riesgo de estarlo (...)”.

Como puede observarse, en dicho artículo se establece que el criterio para ser titular del derecho es la vecindad administrativa. Sin embargo, en el Anexo II del mismo Decreto Ley, denominado “Documentación a presentar junto con la solicitud de la renta mínima de inserción social en Andalucía”, en la letra c) del mismo, se especifica que: “En el supuesto de personas extranjeras, deberán presentar la Tarjeta de Residencia, tanto las personas solicitantes como, en su caso, el resto de la unidad familiar”.

Por lo tanto vía Anexo¹¹⁷ se limita el acceso a los titulares de autorización de residencia al derecho a la renta mínima, y se circunscribe más aún el ámbito subjetivo del derecho, al exigir que todos los miembros de la unidad familiar dispongan de tarjeta de residencia.

En la normativa de extranjería¹¹⁸ hay requisitos de naturaleza única y exclusivamente económicas que dejan a miembros de la unidad familiar en situación irregular, que por las mismas razones de necesidad económica se verán excluidas también del derecho a la Renta Mínima de Inserción. Especialmente llamativo es el caso de personas de nacionalidad española, con descendencia española, cuyos cónyuges extracomunitarios no hayan obtenido la Tarjeta de Familiar de Comunitario, a los que solo por esta razón se le podrá denegar la Renta Mínima de Inserción, a pesar de cumplir con todos los demás requisitos.

La actual regulación de dicha Renta Mínima de Inserción puede tener un efecto cascada y puede ser emulada en la futura regulación de otras prestaciones y servicios. Aprovechando la posibilidad que deja abierta la normativa de Servicios Sociales en su art. 6.2, de introducir requisitos según qué prestación y servicio, la Comunidad Autónoma y los ayuntamientos andaluces podrán ir progresivamente restringiendo el derecho a la asistencia social solo a las personas extranjeras que sean titulares de autorización de residencia y así vaciar de contenido el apartado 1 del mismo art. 6 de la Ley 9/2016 y el supuesto reconocimiento del derecho a la asistencia social en Andalucía a todos sus vecinos y vecinas.

C. Referencia a la situación de Ceuta y Melilla.

Como establecíamos en el apartado anterior la legislación estatal y la ley de extranjería tienen carácter supletorio para aquellas Comunidades autónomas que no hayan asumidos competencias exclusivas en materia de servicios sociales.

En el caso de la ciudad autónoma de Ceuta en su Estatuto de Autonomía, aprobado con la Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, dispone en su artículo 5 que las instituciones de la ciudad de Ceuta, dentro del marco de sus competencias, ejercerán sus poderes con los objetivos básicos, entre otros, de las mejora de las condiciones de vida, promoción de las condiciones adecuadas para que la libertad y la igualdad de los ceutíes sean reales y

117] Según las Disposición final primera la Consejera de Igualdad y Políticas Sociales están habilitadas para modificar los Anexos de este Decreto-ley mediante orden.

118] Art. 7 y 8 del RD 240/2007 de 16 de febrero y Art. 3 Orden PRE/1490/2012 de 9 de julio, que, en el caso de los familiares de nacionales de la Unión Europea, requiere que alta como trabajador en cualquiera de los regímenes existentes o alternativamente recursos económicos suficientes, y seguro de enfermedad. El Art. 186 del RD 557/2011 de 30 de Abril requiere la acreditación de medios económicos y alojamiento para la regularización de los menores no nacidos en España.

efectivas, así como la adopción de medidas que fomenten el progreso social de Ceuta.

También en el Estatuto de Autonomía, se señala en su artículo 21.1.18, que la ciudad de Ceuta ejercerá entre otras competencias, la de Asistencia Social, añadiendo en su apartado 2º, que la competencia comprenderá las facultades de Administración, Inspección y Sanción, y en los términos que establezca la Legislación del Estado, el ejercicio de la potestad normativa reglamentaria.

El caso de Melilla es totalmente equiparable al de Ceuta, tanto es así que lo recogido en su Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla corresponde literalmente a lo expuesto para el caso de Ceuta.

Así, las competencias asumidas por las ciudades autónomas a diferencia de lo recogido en Andalucía, son competencias limitadas y habrá que estar a lo dispuesto por la legislación estatal específica y la legislación de extranjería¹¹⁹ que ya fue analizada en el apartado B de este capítulo. Por lo tanto en ambas ciudades autónomas tienen derecho a los servicios sociales y a las prestaciones sociales, en igualdad de condiciones que los españoles, únicamente las personas extranjeras autorizadas a residir en España, exceptuando a los menores de edad con discapacidad, a los cuales se les brindará protección respecto al tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico. Las prestaciones y servicios sociales básicos se reconocen a cualquier persona independiente de su situación administrativa.

D. Principales obstáculos detectados en el acceso a las prestaciones y servicios de la seguridad social.

Las principales dificultades detectadas se han ido recopilando por parte de los y las profesionales que componen la familia de Andalucía Acoge en el ejercicio de su trabajo, por lo tanto no son un catálogo exhaustivo y único, sino los casos más llamativos o usuales.

La dificultad en el acceso a los servicios sociales comunitarios suele presentarse cuando no existe empadronamiento. Cuando la persona sí está empadronada, no hay grandes dificultades para acceder (más allá de la eternización burocrática). Suelen tener derecho a prestaciones y ayudas económicas de emergencia solo las personas que tienen autorización de residencia. De lo contrario (y aunque todo esto puede variar según el territorio porque, cómo exponíamos en el apartado anterior, las normativas internas de los Ayuntamientos son muy particulares) solo puedes optar a la asistencia y apoyos que no implican desembolso económico (acceder al plan Siga para los menores, etc...). En servicios sociales cada territorio es un mundo y las dificultades en el acceso varían. Por ejemplo en Servicios Sociales de Fuengirola y Mijas, para tener acceso a sus recursos, es indispensable estar empadronado mínimo un año, si no derivan a Cruz Roja, tanto a las personas extranjeras en situación regular como irregular. En Mijas si se intermedia, hacen "excepciones" y hay posibilidad de acceso tanto a recursos como a formaciones.

119] Véase ley de extranjería, Art 14.2: 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."

También hemos detectado dificultades relacionadas con el cobro de prestaciones y las salidas al extranjero. Así, la ley lo contempla en el art. 212.1 g) LGSS (apartado modificado por el art. 6 tres del Real Decreto 11/2013, de 11 de agosto), el cual establece que la prestación se suspenderá en los siguientes supuestos:

(...) "g) En los supuestos de estancia en el extranjero por un período, continuado o no, de hasta 90 días como máximo durante cada año natural, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora.

No tendrá consideración de estancia ni de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a 15 días naturales por una sola vez cada año, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 231.1."

A pesar de que la legislación es clara a tal efecto, a las personas no les informan bien de que aunque pidan autorización, si la salida es de más de 15 días le dan de baja la demanda de empleo y en el caso de cobro de la prestación se la suspenden por el tiempo que permanezca fuera. Cuando vuelven pueden reanudar el cobro de la prestación pero cuestión distinta es el tema de la baja como demandante de empleo pues la administración competente en vez de reactivar la demanda le proporciona una nueva, perdiendo así la antigüedad como demandantes de empleo, por lo que cuando van a solicitar la prestación (ejemplo: la RAI) no pueden hacerlo por este periodo de inactividad, y deben esperar 12 meses desde que salieron.

An aerial photograph of a dense urban neighborhood, likely in a Mediterranean or Spanish setting. The buildings are predominantly white with terracotta-tiled roofs. The architecture is multi-story, with many windows and balconies. A large, dark green palm tree is visible in the lower right quadrant of the image. The bottom half of the image is overlaid with a dark red diagonal band.

8

「El derecho a la vivienda

CAPÍTULO VIII. EL DERECHO A LA VIVIENDA.

Desde Andalucía Acoge entendemos que el reconocimiento del derecho a la vivienda para todas y todos es una necesidad básica imprescindible para vivir con seguridad, dignidad y que permite desarrollar la propia personalidad. Por su parte, la ausencia de una vivienda adecuada afecta a la salud física y psicológica y al medio ambiente, tanto en términos individuales como colectivos, y menoscaba el derecho al trabajo, a la educación e incluso a la participación social. En el caso del medio ambiente, la afectación viene dada por la generación de basura, suciedad y residuos fecales por parte de viviendas inadecuadas o infraviviendas, que no pueden ser convenientemente tratados, con el riesgo que supone para el medio ambiente. Además si estas viviendas se encuentran rodeadas de vegetación, se pueden provocar incendios.

Por todo ello, entendemos que la garantía del derecho a la vivienda debe desarrollarse en un entorno inclusivo para todas y todos, sostenible y democráticamente gestionado.

A lo largo de este capítulo trataremos de abordar la regulación que este derecho tiene en el ordenamiento jurídico español para las personas extranjeras que residen, ya sea en situación administrativa regular o irregular, recopilando también las principales dificultades detectadas en el ejercicio del trabajo que venimos realizando.

A. Regulación y reconocimiento.

Las previsiones en el ámbito internacional, para el derecho a la vivienda vienen recogidas, en el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La CE recoge el derecho a la vivienda en su art. 47 que establece:

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

De la redacción del propio artículo se deriva la necesidad de abordar una política social en materia de vivienda como fórmula para que importantes sectores de la población, con recursos económicos limitados y expuestos a situaciones de vulnerabilidad, puedan acceder a una vivienda digna. Por esta razón, entendemos que el desarrollo normativo del derecho a la vivienda puede contemplarse desde una doble perspectiva, por un lado la del derecho urbanístico, y en cuanto a derecho social que merece una protección específica por parte de las administraciones, por otro.

Tras ello, observamos que respecto a la titularidad del mismo, constitucionalmente se limita la titularidad del derecho para las personas extranjeras, quedando así, reservada la titularidad a las personas españolas. En ese sentido se pronunció la STC 107/1984 de

23 de noviembre¹²⁰, donde el tribunal estableció que el derecho a la vivienda del art. 47 CE, es uno de aquellos derechos que pertenecerán o no a las personas extranjeras según lo que dispongan los tratados y las leyes, confirmando así la diferencia de trato respecto a los nacionales en cuanto a su ejercicio y titularidad.

Debemos anotar que la legislación sobre la vivienda es muy compleja y que la componen una multitud de normas; complejidad provocada tanto por los constantes cambios que se producen en la regulación urbanística como por la diversidad de fuentes normativas. La CE en su art. 148.1.3ª establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir como competencia exclusiva “la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda”, competencia que ha sido incluida en todos los Estatutos de Autonomía. Añadido la normativa estatal y municipal.

La reforma de la ley de extranjería operada en el año 2009 dio una nueva redacción al art. 13, partiendo de la distinción entre residencia temporal y residencia de larga duración, estableciendo que:

“Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda en los términos que establezcan las leyes y las Administraciones competentes. En todo caso, los extranjeros residentes de larga duración tienen derecho a dichas ayudas en las mismas condiciones que los españoles”.

En efecto, tras la reforma operada por la ley de extranjería, la igualdad de derechos en materia de vivienda entre nacionales y personas extranjeras sólo se aplica para aquellas personas extranjeras que posean una tarjeta de residencia de larga duración, mientras que para el resto de personas extranjeras residentes temporales las leyes específicas y las administraciones competentes pueden introducir legítimamente diferencias de trato en el régimen de ayudas en materia de vivienda, quedando en ambos casos excluidas las personas extranjeras que no tengan permiso de residencia, irregular, cuestión que no hace más que exponerlos a situaciones de vulnerabilidad extrema.

Como hemos visto anteriormente, la CE reconoce sólo a los españoles el derecho a “disfrutar de una vivienda digna y adecuada”. Sin embargo, el art. 13 de la ley de extranjería no supone el reconocimiento del derecho a una vivienda digna y adecuada en los mismos términos, sino el reconocimiento del derecho de las personas extranjeras que sean residentes legales a participar, en igualdad de condiciones que los nacionales cuando se trate de residentes de larga duración, en las ofertas públicas que se promuevan respecto a ayudas en materia de vivienda, mientras que para las personas extranjeras que posean la residencia temporal habrá que estar a lo que específicamente se desarrolle.

Aun así, el derecho, entendemos, no debería circunscribirse únicamente a las ayudas, sino que debería comprender todas las facetas del derecho a la vivienda. Las diversas facetas del derecho a la vivienda se pueden definir en palabras de Esperanza Ferrado Nicolau¹²¹ como “el derecho de toda persona a tener un espacio íntimo, adaptado al entorno y a la sociedad en que se encuentra, donde puedan verse satisfechas las necesidades básicas

120] STC 107/1984, de 23 de noviembre de 1984 (Sala Segunda). Igualdad de derechos entre españoles y extranjeros. Puede consultarse en: http://www.migrarconderechos.es/jurisprudencemastertable/jurisprudencia/STC_23_11_1984

121] Véase Ferrado Nicolau. E. 1992. Valencia. Anuario de Filosofía del Derecho IX (1992) 305-322.

de una vida digna.”

La regulación de la ley de extranjería continúa con lo recogido por el art. 23.2 de la ley de extranjería que prohíbe los actos discriminatorios dirigidos a establecer condiciones más gravosas, limitaciones o restricciones en el acceso a la vivienda de las personas extranjeras. Aunque ya fueron indicadas al comienzo de este capítulo las normas internacionales que regulan este derecho, es relevante para el contenido que analizamos traer a colación la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas, con independencia de su origen étnico o racial. Normativa europea que ha permitido que también en el sector de la vivienda se apliquen medidas para luchar contra la discriminación directa o indirecta. Desde nuestra entidad, entendemos que hacer diferencias por motivo de origen nacional o tiempo de residencia no es adecuado y que provoca un clima de convivencia crispado, impidiendo así la buena convivencia entre vecinos y vecinas.

Respecto a lo regulado del derecho a la vivienda de las personas extranjeras que se encuentren en situación administrativa irregular sólo nos queda acudir, -al ya analizado en el capítulo anterior-, art. 14 de la ley de extranjería que dice que estas ostentan el derecho a los servicios sociales básicos que incluye prestaciones mínimas de alojamiento que en la mayoría de los casos son albergues municipales o pisos de emergencia social; no existe, por tanto ningún pronunciamiento en dicha legislación que permita a las personas extranjeras en situación administrativa irregular, acceder al derecho en materia de vivienda¹²².

Analizado el panorama general, acudimos ahora a lo legislado específicamente respecto del derecho a la vivienda de las personas extranjeras en las distintas fuentes normativas. Cómo expresábamos más arriba, junto a la normativa autonómica habrá que considerar la existencia de un Derecho estatal sobre la materia, así como la normativa municipal que derive de la articulación de las competencias de gestión y ejecución urbana que la legislación sobre régimen local, especialmente en el ámbito local, a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985.

En el ámbito nacional debemos acudir al Real Decreto 106/2016 de 9 de marzo¹²³, que recoge el nuevo plan estatal de vivienda para los años 2018-2021. Dicho plan recoge en su art. 4 una serie de programas y actuaciones que abarcan desde la gestión de préstamos, ayuda al alquiler de la vivienda, ayuda a las personas en situación de desahucio, fomento del parque de vivienda en alquiler, mejora de la eficiencia energética y sostenibilidad en viviendas, fomento de la conservación, de la mejora de la seguridad de utilización y de la accesibilidad en viviendas, fomento de la regeneración y renovación urbana y rural, ayuda a los jóvenes y fomento de viviendas para personas mayores y personas con discapacidad. Respecto a los beneficiarios de dichos programas debemos acudir a su art. 7 que establece “Cuando los beneficiarios sean personas físicas deberán poseer la nacionalidad española. En el caso de los extranjeros deberán tener residencia legal en España”. Así también este texto legal sigue provocando distinción entre nacionales y personas extranjeras.

122] Así, estas prestaciones mínimas de alojamiento consisten en una alternativa temporal dirigida a personas con carencia o dificultades de hogar propio. Normalmente son albergues pero pueden ser viviendas de emergencia dependerá de cada una de las situaciones y de los diversos ayuntamientos o comunidades autónomas.

123] El Real Decreto 106/2016 de 9 de marzo. Se puede consultar en: BOE n.º 51, de 10 de marzo de 2018.

Ya anunciábamos anteriormente que algunas Comunidades Autónomas han asumido la competencia en materia de vivienda en sus distintos Estatutos de Autonomía. Pero en ocasión de este documento, vamos a centrarnos en la comunidad autónoma de Andalucía.

El art. 25 la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía establece que:

"ARTÍCULO 25 Vivienda.

Para favorecer el ejercicio del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, los poderes públicos están obligados a la promoción pública de la vivienda. La ley regulará el acceso a la misma en condiciones de igualdad, así como las ayudas que lo faciliten."

Así, el derecho a la vivienda ha sido desarrollado a nivel legislativo por la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía (en adelante, LRDV).

La cuestión destacada es que el legislador andaluz establece en el art. 2 de la LRDV que todas las personas con vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía son titulares del derecho a la vivienda, sin que en el ejercicio de tal derecho puedan sufrir discriminación de ningún tipo, debiendo favorecerse este ejercicio en igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

Dicha legislación reconoce el derecho a la vivienda para nacionales y personas extranjeras sin distinción, relacionando así la titularidad del derecho a la vivienda al empadronamiento.

Por último y antes de finalizar este apartado, vamos a acudir a la normativa local; en este caso serán los ayuntamientos quienes elaborarán y aprobarán sus correspondientes planes municipales de vivienda y suelo, manteniendo la necesaria coherencia con lo establecido en el Plan Andaluz de Vivienda y Suelo, por lo que deberemos estar a lo regulado de forma autónoma para cada uno de ellos.

El plan Andaluz de Vivienda y Suelo marca así unos mínimos que la normativa local y sus correspondientes planes municipales deben tener en cuenta en su regulación en materia de vivienda, estos se encuentra regulados en el art. 13.2 LRDV¹²⁴. En lo que respecta las personas extranjeras, las corporaciones locales deberán estar a lo establecido por el mencionado art. 2 de la LRDV que los incluye como beneficiarios de dicho derecho, así lo

124] Véase. Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía. Art. 13.2: 2. Los planes municipales de vivienda y suelo tendrán, como mínimo, el siguiente contenido:

- a) La determinación de las necesidades de vivienda de las familias residentes en el municipio, al objeto de concretar la definición y cuantificación de actuaciones protegidas que se deban promover y las soluciones e intervenciones públicas que se deban llevar a cabo.
- b) Las propuestas de viviendas de promoción pública y su localización.
- c) Los alojamientos transitorios que se consideren necesarios y la determinación de los equipamientos que se deben reservar a tal fin.
- d) Las propuestas de actuaciones dirigidas a fomentar la conservación, mantenimiento y rehabilitación del parque de viviendas y que mejoren la eficiencia de uso de dicho parque de viviendas.
- e) Las medidas tendentes a la progresiva eliminación de la infravivienda.
- f) Las propuestas de cuantificación y localización de las viviendas protegidas, en sus diferentes programas.
- g) El establecimiento de los procedimientos de adjudicación.
- h) Las medidas necesarias para el seguimiento y aplicación del Plan.
- i) Las restantes medidas y ayudas que se consideren necesarias para garantizar la efectividad del derecho

establece el apartado 1 del art. 13 de la LRDV al establecer en la elaboración de dichos planes:

"La elaboración y aprobación de estos planes se realizará de forma coordinada con el planeamiento urbanístico general, manteniendo la necesaria coherencia con lo establecido en el Plan Andaluz de Vivienda y Suelo."

B. Principales obstáculos detectados.

Desde los comienzos de Andalucía Acoge, en nuestro quehacer diario, hemos sido testigos de un aumento considerable de la población extranjera en nuestro país. Ese aumento venía acompañado de una burbuja inmobiliaria que inflaba los precios y que no vino más que a acusar la realidad existente desde los años 90, los colectivos de personas extranjeras habitan en los barrios ubicados en el extra-radio o en los cascos antiguos con condiciones precarias de habitabilidad en el caso de las ciudades; y en las zonas rurales, como por ejemplo los asentamientos temporeros de Huelva, se alojan en infraviviendas o chabolas¹²⁵. Y común a los dos ámbitos, se encuentra el hecho frecuente del hacinamiento motivado por la escasez de viviendas a precio asequible, la elevación del precio de los alquileres o la negativa a alquilar a personas inmigrantes. Todo ello añadido a la situación del empleo, el paro y la precariedad laboral. Si bien es cierto que la problemática existente en España en materia de vivienda no afecta sólo a las personas extranjeras, las dificultades de acceso a la vivienda en España son evidentes:

- El stock de viviendas de nueva construcción no vendidas, todavía superaba a fines de 2015 las 500.000 viviendas, parte de esas viviendas están en los balances bancarios o en el activo de SAREB¹²⁶.

- La elevación de precios de los alquileres provocada por la reactivación del subsector inmobiliario. Así, la oferta de viviendas de alquiler escasea y los nuevos empleos no aportan solvencia como para acceder a un crédito bancario. Por otro lado el aumento del turismo, los portales inmobiliarios online y la escasez de vivienda asequible provocan una inflación descontrolada.

- Los precios de venta de las viviendas son muy elevados respecto de los niveles salariales, el parque de viviendas sociales de alquiler tiene una dimensión ínfima (2% de todas las viviendas), la oferta de vivienda protegida es reducida (en 2015-16 las ventas de viviendas protegidas suponen solo el 4,6% de las ventas totales anuales).

Por todo ello Andalucía Acoge en estos momentos ve necesaria la puesta en marcha de una serie de medidas que permitan a las personas extranjeras y nacionales construir una ciudadanía inclusiva, dotándolos de un elemento fundamental para el desarrollo de una vida digna y segura, una vivienda digna y adecuada. Entre ellas:

a una vivienda digna y adecuada.

125] Para más información sobre los asentamientos puedes consultar el siguiente informe en el que ha participado Huelva Acoge. Fuente: Mesa de la Integración. Realidad de los asentamientos en la provincia de Huelva. Puedes consultar en el siguiente enlace: <https://www.apdha.org/media/Informe-Asentamientos-Mesa-Integracion-Huelva.pdf>

126] Sociedad de Gestión de los activos procedentes de la reestructuración bancaria. Puedes consultar su web en: <https://www.sareb.es/>

El desarrollo legislativo que potencie la construcción de viviendas públicas protegidas en régimen de alquiler para la población con menos ingresos, personas en situación de vulnerabilidad social, personas extranjeras en situación administrativa irregular, adaptando éstas a las necesidades; las modificaciones necesarias para garantizar y favorecer el dinamismo social de acceso a la vivienda, evitando así la exclusión residencial y la formación de guetos; la habilitación de viviendas en régimen de cesión temporal para colectivos más vulnerables, con una revisión de la situación personal tutelada por la Administración, en el marco de la vivienda de promoción pública; la contemplación de medidas que incentiven el alquiler a través de dos vías; apoyando a las iniciativas privadas que promuevan y/o construyan viviendas en régimen de alquiler y apoyando directamente a los arrendatarios con condiciones socioeconómicas más desfavorables; la promoción de viviendas en régimen de acogida y pisos tutelados.

9

Conclusiones

CAPÍTULO IX. DERECHOS Y LIBERTADES DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS EN ESPAÑA: PRINCIPALES CONCLUSIONES.

El reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales es prioritario para permitir el desarrollo individual y colectivo de las personas. El respeto de estos derechos y libertades ha sido una de las principales reivindicaciones desde los comienzos de Andalucía Acoge, poniendo siempre en primer lugar la dignidad como persona. Por ello, durante el desarrollo de este trabajo hemos querido analizar la titularidad y el acceso a estos derechos por parte de las personas extranjeras residentes en nuestro país y así reivindicar el reconocimiento teórico o práctico de aquellas cuestiones referidas a cada uno de los derechos que impida el libre ejercicio y disfrute de los mismos por parte de todos nuestros vecinos y vecinas.

Como hemos visto a lo largo de los capítulos precedentes, estos derechos y libertades fundamentales emanan de los tratados internacionales y en base a lo establecido por ellos se recogen en nuestra CE aunque bien es cierto que el desarrollo de los mismos se produce a nivel legislativo. Por ello durante el desarrollo de los capítulos hemos tenido en cuenta lo dispuesto por los tratados internacionales, la CE, la jurisprudencia, la legislación de extranjería, los estatutos de autonomía y en determinados casos lo establecido a nivel local por los gobiernos municipales.

El punto de partida es el art. 13 CE que define los derechos y libertades que gozan las personas extranjeras residentes en España y la Sentencia 107/1984 del TC de 23 de noviembre, que estableció tres categorías de derechos:

- a) Los que corresponden por igual a españoles y extranjeros, cuya regulación ha de ser igual para ambos.
- b) Otros que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (art. 23 CE), con matizaciones.
- c) Y otros, según dispone el art 13.2 CE que pueden extenderse dependiendo de lo que dispongan los tratados y las leyes.

Existen por tanto diferencias en la titularidad y acceso de determinados derechos. Por ello se ha distinguido entre las personas que son titulares de todos los derechos y libertades dispuestos en la CE, como son los ciudadanos españoles, y aquellas otras personas que pueden no ser titulares de ciertos derechos, como es el caso de las personas extranjeras. Dentro de las personas extranjeras también existen grandes diferencias en la titularidad y especialmente el acceso respecto de las comunitarias y extracomunitarias, y las que se encuentran en situación administrativa regular e irregular. Veamos a continuación un resumen de cómo ha quedado finalmente la regulación de todos los derechos analizados y cómo afecta ello a la población extranjera.

A. Derechos Políticos.

Respecto a los derechos políticos de las personas extranjeras, el derecho de reunión y manifestación, el derecho de asociación, libertad de sindicación y huelga son derechos

constitucionalmente reconocidos como aquellos que se encuentran en la categoría de derechos que pueden extenderse dependiendo de lo que dispongan los tratados y las leyes, siempre y cuando respeten el núcleo esencial del derecho.

En relación al derecho de reunión y manifestación, este se encuentra íntimamente vinculado a la libertad de expresión, en tanto que la manifestación colectiva de la misma no necesita autorización previa para su ejercicio. Este reconocimiento constituye un límite de lo establecido en el art. 10 de la CE referido a la libertad del legislador para regular los derechos y libertades de los extranjeros en España y, por lo tanto, no pueden hacerse distinciones respecto a la nacionalidad ni tampoco a la situación administrativa. Al igual que el Derecho de reunión y manifestación, el Derecho de asociación fue equiparado para nacionales y extranjeros, independientemente de su condición administrativa, a través de la jurisprudencia constitucional.

Así, la excepción entre los derechos políticos la encontramos en el derecho al sufragio que aunque reconocido también en instrumentos internacionales, a priori **colisiona con el derecho de soberanía** tal y como está reflejado en la CE, pues ésta reside en el pueblo español. Ya vimos en el desarrollo del capítulo que el reconocimiento del sufragio para las personas extranjeras se encontraba limitado a las elecciones municipales pero incluso en ese supuesto se **discrimina en función de la procedencia** de las personas extranjeras, teniendo las personas comunitarias en las elecciones municipales un ejercicio pleno (sufragio activo y pasivo) sin más condiciones mientras que las **personas extranjeras de países no comunitarios ven el ejercicio limitado y condicionado por el mencionado criterio de reciprocidad**. Desde Andalucía Acoge abogamos por una reforma que permita el reconocimiento pleno del derecho al sufragio de toda persona extranjera residente de larga duración en España, reformulando el concepto de soberanía y extendiéndolo a todos los ciudadanos que habitan en España como sujetos afectados directamente por las decisiones políticas.

Respecto a los derechos de libre sindicación y huelga, del primero puede afirmarse que los trabajadores extranjeros cuentan íntegramente con las facultades correspondientes al contenido esencial de la libertad sindical que se recoge en el art. 2.2 de la LO 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical, incluido el derecho a la fundación de sindicatos. Respecto al derecho a la huelga el TC en su último pronunciamiento al respecto declaró que el derecho de huelga de los extranjeros no puede tampoco estar condicionado a la obtención de previa autorización para trabajar.

B. Tutela judicial efectiva.

Continuando con el derecho a la tutela judicial efectiva este se encuentra dentro del grupo de derechos inherentes a la dignidad humana. Ello supone una equiparación en la titularidad y ejercicio del derecho entre los nacionales y las personas extranjeras. Siendo un derecho **ejercitable** en nuestro ordenamiento jurídico **por cualquier persona que se encuentre bajo sus competencias jurisdiccionales, sea nacional o ciudadano extranjero, independientemente de su situación administrativa**. En consecuencia, existe una equiparación en la titularidad y ejercicio del derecho entre personas nacionales y extranjeras.

En el capítulo que desarrolla este derecho podemos consultar los numerosos mecanismos que existen dónde las personas extranjeras puedan reivindicar su derecho a una tutela

judicial efectiva. Pueden haber sido creadas en los sistemas internacionales y/o nacional español, sin embargo todas son hábiles desde la perspectiva del individuo y del derecho español para proteger y reivindicar sus derechos fundamentales. Por relevancia jurídica paradigmática destaca el TEDH al que es posible acudir, tras cumplir determinados requisitos, en caso de vulneración de derechos. Otros mecanismos más accesibles, de naturaleza no jurisdiccional, son el Defensor del Pueblo Español, institución que cuenta con sus equivalentes para las Comunidades que estatutariamente así lo prevén.

Desde Andalucía Acoge venimos defendiendo que el acceso a la justicia, por parte de las personas extranjeras, constituye una garantía y salvaguarda de sus derechos. Su respeto debe ser llevado a cabo tal y como se encuentra previsto en los textos de derechos humanos y fundamentales revisados.

C. Asistencia jurídica gratuita.

Intrínsecamente ligado al derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra el **derecho a la asistencia jurídica gratuita**. La norma constitucional en sus arts. 9.2, 24 y 119, así como otras normas internacionales y comunitarias, amparan un sistema de asistencia jurídica gratuita en el que las personas extranjeras que se encuentren en situación de necesidad tengan acceso a los tribunales y, por tanto, obtengan la tutela judicial efectiva, pero también puedan solicitar y obtener el beneficio de la justicia gratuita en el ámbito de los procedimientos administrativos, recientemente limitado a los procedimientos de denegación de entrada, devolución, expulsión y protección internacional, teniendo en cuenta los dos factores ya indicados en el capítulo que desarrolla el mismo: la brevedad y apremio de los plazos administrativos establecidos y la situación de vulnerabilidad que soportan las personas extranjeras en ocasiones.

Desde Andalucía Acoge aprovechamos este espacio para de nuevo solicitar a la administración pública que el derecho a la asistencia jurídica gratuita **no se vea limitado**, puesto que cómo hemos afirmado en varias ocasiones durante este trabajo, las personas extranjeras se ven afectadas especialmente por la actuación de las administraciones públicas en relación a la inmigración y extranjería.

D. Educación.

Acerca del derecho a la educación, este es un derecho básico de la persona, tal y como establece la CE en su art. 27. Es un derecho que en virtud de la normativa y jurisprudencia aplicable corresponde a todos y todas con independencia de su nacionalidad, situación administrativa, edad y ciclo de estudios que se desee cursar, tal y como estableció de forma obligatoria el TC en sus Sentencias 236/2007, de 7 de noviembre y 155/2015, de 9 de julio. Respecto de la obtención del título, **se exige única y exclusivamente el cumplimiento de los requisitos académicos** que establezca la normativa específica. En cuanto al acceso a becas y ayudas, destacar que en las **etapas de educación infantil, primaria y secundaria no existen diferencias respecto a los nacionales**. En relación con **Bachillerato y Formación Profesional** de Grado Medio y Superior, ese derecho se encuentra **plenamente garantizado** para todas las personas extranjeras con independencia de su situación administrativa. Sin embargo, en el ámbito de la **educación universitaria**, las personas extranjeras en situación administrativa irregular **no tendrían derecho a acceder a becas y ayudas**, ya que la Sentencia

del TS de 8 de noviembre de 2011, niega el derecho de los estudiantes extranjeros no residentes a disfrutar de la gratuidad de la educación superior a través del acceso a becas y ayudas para cursar estudios universitarios. No obstante, cabe tener en cuenta que pese al reconocimiento del derecho a la educación de las personas extranjeras en el ordenamiento jurídico español, en la práctica se imponen obstáculos que dificultan el ejercicio de este (procedimientos de homologación que se eternizan, exigencia de cuenta bancaria para el pago de becas, errores en las plataformas informáticas, falta de recursos de apoyo...). Por ello, corresponde que dicho derecho sea plenamente garantizado a las personas extranjeras y que no se impongan trabas injustificadas ni desde la normativa ni en la práctica. Antes de concluir con las conclusiones de la regulación de este derecho queremos detenernos en el caso concreto de Ceuta y Melilla, la regulación vigente en materia de educación, para ambas ciudades en relación a la admisión en los centros, marca como único criterio que el estudiante cumpla con los requisitos de edad para el acceso a cada etapa educativa. En la práctica se viene exigiendo además para la admisión en un determinado centro que el estudiante se encuentre inscrito en el padrón municipal; cuestión que no hace más que incrementar el problema pues existe una restricción sistemática al empadronamiento para personas extranjeras, ya que incluso poseyendo un contrato de alquiler, si no tienen tarjeta de residencia en vigor, se les niega la inscripción.

E. Protección de la salud.

El grupo de derechos que indicamos a continuación, salud, servicios sociales y vivienda deben darse para una efectiva protección social. Por ello Andalucía Acoge lucha desde sus comienzos por el reconocimiento de estos derechos para las personas extranjeras en igualdad de condiciones que la población autóctona.

Respecto al derecho a la **protección de la salud** para las personas extranjeras tenemos una doble regulación normativa nacional y autonómica. La normativa nacional se encuentra regulada en el art. 43 de la CE y a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, modificada por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones; para la normativa autonómica debemos acudir a lo regulado por Ley 2/1998, de 15 de junio, de salud de Andalucía. En España, desde la aprobación y entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, **las personas extranjeras en situación administrativa irregular y a aquellas a quienes resulta de aplicación el régimen comunitario encuentran obstáculos para poder beneficiarse de los servicios del Sistema Nacional de Salud**. Ya decíamos que la legislación nacional sólo garantizará la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado y beneficiario; todo ello por supuesto ha provocado una diferenciación entre las personas extranjeras en el acceso a este derecho en función de su situación administrativa y del régimen que resulte aplicable. Así es que las personas extranjeras en situación administrativa irregular sólo tienen **reconocida una asistencia sanitaria mínima**, esto es, de urgencia por enfermedad grave o accidente, la asistencia al embarazo, parto y postparto, y la atención a menores de edad. Por su parte, los y las familiares de los ciudadanos comunitarios (incluyendo a los españoles) y aquellos a cuyo cargo se encuentren, tendrán que cumplir unos requisitos u otros dependiendo del supuesto en el que se enmarque su residencia autorizada en España y, derivado de lo anterior, ostentarán la condición de beneficiario/asegurado a efectos de asistencia sanitaria a

través del Sistema Nacional de Salud o deberán tener cubierta dicha asistencia a través de un seguro privado. Las comunidades autónomas tienen cedidas competencias en materia sanitaria, y ello ha provocado que existan enormes diferencias en el acceso a los servicios de salud por parte de las personas extranjeras en situación irregular. Concretamente en **Andalucía** en la actualidad contamos con un sistema que **garantiza la asistencia sanitaria universal**. A pesar del esfuerzo de muchas comunidades autónomas de proteger a todos/as sus ciudadanos/as y crear comunidades inclusivas, estas **normas autonómicas están siendo declaradas inconstitucionales** por lo que parece difícil frenar la profunda transformación que ha experimentado el Sistema Nacional de Salud. Pero no debemos olvidar que los organismos internacionales reconocen la protección de la salud como **derecho inalienable e inherente a todo ser humano**. En este sentido, como veíamos en el capítulo dedicado al derecho a la protección de la salud, continúan los pronunciamientos internacionales al respecto de este derecho. Durante mes de marzo de 2018, el Comité de derechos económicos, sociales y culturales de Naciones Unidas **instó a los poderes públicos españoles para que adoptaran las medidas necesarias para garantizar el pleno ejercicio de estos derechos**.

Como ya anunciamos al comienzo del capítulo dedicado al derecho a la protección de la salud el contenido de este derecho ha sido analizado teniendo en cuenta la aprobación por el gobierno anterior del RD 16/2012, que supuso dejar sin asistencia sanitaria a colectivos vulnerables, entre ellos las personas extranjeras sin autorización de residencia en España. Sin embargo, con el cambio de gobierno producido hace algo más de un mes se ha anunciado que se va a derogar el citado decreto, devolviendo el derecho a la protección de la salud a todas las personas, independiente de su situación administrativa.

F. Servicios sociales.

En relación al derecho a la seguridad social para las personas extranjeras, el acceso a este se reconoce como consecuencia inseparable del derecho al trabajo, limitando la legislación de extranjería el ámbito subjetivo del derecho a las personas extranjeras que tengan regularizada su situación administrativa y que sean titulares de una autorización para residir y trabajar. De igual forma ocurre con los solicitantes de protección internacional quienes tendrán derechos a la seguridad social tras la primera renovación, que ocurre a los 6 meses, que los autoriza para trabajar. Antes de pasar a la otra vertiente de este derecho, el acceso a las prestaciones y servicios de la seguridad social, recordamos que el derecho **a la prestación por desempleo sólo se reconoce a aquellas personas nacionales o que tengan** autorización de residencia en vigor.

La segunda vertiente del derecho a los servicios sociales es el acceso a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social por parte de las personas extranjeras. Este queda también **condicionado a ser titular de una autorización de residencia**. A las únicas personas extranjeras a las que se reconoce el derecho, independientemente de su situación administrativa, son los menores de edad con discapacidad, en relación a las necesidades de su estado físico o psíquico. Sin embargo las prestaciones y servicios básicos sí se reconocen a cualquier persona extranjera residente en España, con independencia de su situación administrativa.

En el caso de este derecho, la Comunidad Autónoma de Andalucía se ha dotado de competencia exclusiva en materia de asistencia social, a través del Estatuto de Autonomía, así en la Ley 12/2009 de servicios sociales **el criterio general es el de la**

vecindad administrativa; como consecuencia tendrán acceso las personas extranjeras empadronadas en Andalucía, independientemente de su situación administrativa en España.

No podemos obviar que pese lo positivo de esta legislación, que aún no ha llevado a cabo el reglamento que la desarrolla, que puede imponer condiciones más restrictivas para el ejercicio del derecho. A pesar de la inexistencia de dicha norma reglamentaria algunos servicios sociales concretos se están regulando a través de otras normas, y así a través del anexo del Decreto Ley 3/2017, de 19 de diciembre sobre Renta Mínima Inserción Social en Andalucía se ha limitado el acceso a las personas residentes, cuestión que podría estar contraviniendo al Estatuto de Autonomía.

G. Vivienda.

Por último, no debemos olvidar las conclusiones más relevantes del análisis realizado sobre el polémico derecho a la vivienda. La CE en su art. 47 limita la titularidad del derecho a la vivienda para las personas extranjeras, pues el TC en su **STC 107/1984**, estableció que el derecho a la vivienda es uno de aquellos derechos que pertenecerán o no, a las personas extranjeras según lo que dispongan los tratados y las leyes, confirmando así la diferencia de trato con los nacionales. En la ley de extranjería se reconoce la **igualdad de derechos en materia de vivienda entre nacionales y personas extranjeras, pero sólo para aquellas personas extranjeras que posean una tarjeta de residencia de larga duración**. Dicha igualdad solo supone el reconocimiento del derecho a participar en las ofertas públicas que se promuevan respecto a ayudas en materia de vivienda, sin llegar a reconocer el derecho a una vivienda digna y adecuada en los mismos términos que los nacionales. No existe ningún pronunciamiento en la ley de extranjería que permita a las personas extranjeras en situación administrativa irregular, acceder a los derechos en materia de vivienda. Al igual que ocurre con los otros dos derechos sociales analizados, el legislador andaluz en las competencias que le han sido cedidas constitucionalmente reconoce que **todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía serán titulares del derecho a la vivienda, sin que en el ejercicio de tal derecho puedan sufrir discriminación de ningún tipo**.

Concluimos este trabajo sobre los derechos y libertades fundamentales planteando una visión general sobre el ejercicio y titularidad de estos derechos por parte de las personas extranjeras. En relación a ello existen a día de hoy múltiples diferencias entre las personas nacionales, las comunitarias, aquellas que poseen tarjeta de residencia y las personas que no pertenecen a ninguno de los colectivos anteriores. Si bien es cierto que constitucionalmente solo se limita el ejercicio del derecho a la participación política ello no ha impedido que existan diferencias entre personas nacionales y extranjeras en la aplicación práctica del derecho concreto.

Desde Andalucía Acoge volvemos a reiterar la importancia de garantizar la titularidad y el ejercicio de todos los derechos y libertades fundamentales para todas las personas que residan en nuestro país. Por ello exigimos una vez más que España y la Unión Europea cumplan con su responsabilidad a la hora de garantizar los derechos fundamentales y la seguridad del colectivo de personas extranjeras.



SEDE CENTRAL

C/ Marqués del Nervi3n, 43, 4ª planta.
41005, Sevilla
www.acoge.org - acoge@acoge.org
+34 954 900 773

DELEGACI3N EN CEUTA

Paseo Alcalde S3nchez Prado (Gran Vía)
Portal 14, Entreplanta A.
51001, Ceuta.
+34 683 13 82 16



ALGECIRAS ACOGE

C/ Sevilla, 35, bajo.
11201, Algeciras (C3diz).
+34 956 633 398
algeciras@acoge.org



J3EN ACOGE

C/ Adarves Bajos, 9,
1º D. 23001, Ja3n.
+34 953 242 402
jaen@acoge.org



APIC

C/ Mart3nez Rucker, 10.
14003, C3rdoba.
+34 957 474 841
apic@acoge.org



M3LAGA ACOGE

C/ Bustamante, s/n.
29007, M3laga.
+34 952 393 200
malaga@acoge.org



CEAIN

C/ Vicario, 16.
11401, Jerez de la
Frontera (C3diz).
+34 956 349 585
ceainjerez@acoge.org



MELILLA ACOGE

C/ Cataluña, 57.
52005, Melilla.
+34 952 670 893
melilla@acoge.org



GRANADA ACOGE

C/ Porter3a Santa Paula,
s/n, 1. 18001, Granada.
+34 958 200 836
granada@acoge.org



MOTRIL ACOGE

Camino de las Cañas,
56, bajo. 18600,
Motril (Granada).
+34 958 604 350
motril@acoge.org



HUELVA ACOGE

Avda. Alemania, 9, bajo.
21002, Huelva.
+34 959 285 072
huelva@acoge.org

