

LA DECISIÓN SOBRE LAS COMPETENCIAS RELACIONADAS CON LA INMIGRACIÓN

Marco Aparicio Wilhelmi*

1. Introducción

A primera vista, la decisión del TC relativa a las competencias asumidas en el EAC en materia de «inmigración» (art. 138 EAC) no parece ser de las más controvertidas. Aunque incluya alguna referencia a la necesidad de entender la previsión estatutaria de un modo y no de otro, esto es, aunque estemos ante un supuesto de limitación del alcance de las previsiones estatutarias a través de una decisión interpretativa, la primera impresión es que la lectura dada se correspondería con el sentido barajado por el propio legislador estatuyente. Así lo confirmarían tanto los argumentos del Gobierno de la Generalitat y del Parlamento en sus alegaciones al recurso de inconstitucionalidad, como el informe de expertos encargado por el presidente de la Generalitat tras la publicación de la Sentencia, que en este punto señala que la decisión «coincide plenamente con la interpretación o comprensión del contenido de la materia defendido por las instituciones catalanas».

Ahora bien, una mirada más incisiva sobre la cuestión nos ha de ofrecer razones suficientes para entender que la decisión del Tribunal alberga una orientación marcadamente restrictiva del alcance de la previsión estatutaria interpretada.

2. Aspectos impugnados y consideraciones del Tribunal

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

* Marco Aparicio Wilhelmi, profesor lector de derecho constitucional de la Universidad de Girona.

El apartado primero establece que «en materia de inmigración» la Generalitat tiene competencia exclusiva en materia de primera acogida de las personas inmigradas, «que incluye las actuaciones socio-sanitarias y de orientación»; competencia sobre el desarrollo de la política de integración de las personas inmigradas en el marco de sus competencias, y, además de otros aspectos como el referido al retorno de emigrantes a Cataluña, competencia para el establecimiento y la regulación de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigradas y para su participación social.

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

En virtud del apartado segundo del mismo artículo 138, corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo a los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña. Esta competencia, prosigue el mismo precepto, «se ejerce necesariamente en coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros» e incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena y la tramitación y resolución de los recursos que se deriven de tal procedimiento, así como la aplicación del régimen de inspección y sanción.

La parte recurrente entiende que la autorización de trabajo es claramente encuadrable en la materia de inmigración, y no en la legislación laboral, «como se desprende del hecho de que dicha autorización siempre se ha regulado en la legislación de extranjería». Para el Tribunal, el Estado, «como titular de la competencia preferente entre las que concurren a la regulación del régimen jurídico de los extranjeros en tanto que inmigrantes, no puede hacer entera abstracción,

sin embargo, de competencias sectoriales atribuidas a las Comunidades Autónomas, como es el caso, en lo que importa ahora, de la competencia ejecutiva en materia de legislación laboral».

Finalmente, el tercer apartado dispone la participación de la Generalitat «en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Cataluña y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el título V». Frente al cuestionamiento, referido en general al título V EAC, del hecho de que estatutariamente se determine la forma en que el Estado ha de ejercer sus propias competencias, el Tribunal considera que «el Estatuto de Autonomía, en tanto que norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, no es una sede normativa impertinente, con una perspectiva constitucional, para prever, con la generalidad que se hace en el precepto recurrido, mecanismos o fórmulas cooperativas como las que en él se enuncian en asuntos tales como los relativos a la inmigración».

3. Sobre el concepto de integración social de las personas inmigrantes

La argumentación sustentada en la Sentencia parte de la necesidad de encontrar un equilibrio entre la competencia estatal en inmigración y las competencias sectoriales autonómicas y resulta suficiente para salvar la constitucionalidad del artículo 138.1 en su integridad. Ahora bien, en su decisión el Tribunal parece aceptar la visión limitada del concepto de integración social que maneja el abogado del Estado, para quien «la atribución competencial en materia de inmigración que aparenta hacerse a la Generalitat realmente se refiere a la materia de asistencia social». Sin poder en este momento ahondar en la cuestión, es necesario señalar que la noción de integración social de las personas inmigrantes debe ser referida no tanto al conjunto de medidas asistenciales que puedan ofrecer las Administraciones competentes sino, de manera previa, al régimen mismo de ejercicio de los derechos. Visto de este modo, tendrían competencia en materia de integración social de personas inmigrantes no el Estado de manera exclusiva, por ser titular de la competencia de inmigración, sino todas las autoridades en el ámbito de su capacidad de incidencia en la configuración y desarrollo de los derechos y libertades.

4. Competencia en materia laboral y competencia en inmigración

Sin duda, la cuestión más compleja de discernir es la relativa a la constitucionalidad de la competencia de ejecución en materia de autorizaciones de trabajo. Señala la parte recurrente, como hemos visto, que la autorización de trabajo es materia de inmigración y no laboral, «como se desprende del hecho de que dicha autorización siempre se ha regulado en la legislación de extranjería». Frente a tal afirmación, hubiese sido deseable que el Tribunal se hubiera animado a subrayar las razones que hacen que aunque hasta el momento la autorización para trabajar ha sido el elemento central en la articulación del régimen de extranjería, desde el punto de vista competencial se trata de un asunto propio de la legislación laboral.

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

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

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

5. La inmigración como competencia preferente y su insuficiente delimitación

La expeditiva manera con la que el Tribunal solventa las dudas planteadas por la parte recurrente deja de lado la posibilidad de un análisis jurisprudencial más extenso de la cuestión esencial en este punto, que no es otra que la delimitación de la materia «inmigración» recogida al mismo tiempo por el artículo 149.1.2 CE y el artículo 138 EAC. Sólo en dos ocasiones el Tribunal se refiere a dicha cuestión. En primer lugar, cuando afirma que «es evidente que la competencia en materia de entrada y residencia de extranjeros se inscribe en el ámbito de la inmigración y la extranjería». En segundo lugar, al señalar que «al Estado ha de corresponder, con carácter exclusivo, la competencia en cuya virtud se disciplina el régimen jurídico que hace del extranjero un inmigrante». Más allá de estas referencias no se precisa qué elementos o hasta qué nivel de precisión debe el Estado de manera exclusiva regular «el régimen jurídico que hace del extranjero un inmigrante».

Debe entenderse, aunque el Tribunal no lo precise, que el Estado resultará competente para el establecimiento de la distinción misma entre nacional y extranjero así como de las líneas generales de la política migratoria o, en otras palabras, del «control de fronteras y la entrada y residencia de extranjeros», como señala el Parlamento en sus alegaciones.

Por las razones expuestas, resulta defendible que el EAC haya incorporado explícitamente, y no como el «juego de palabras» al que se refiere la parte recurrente, el término «inmigración» como título competencial. De este modo se pone de manifiesto la necesidad de entender que se trata de una materia más amplia de la que se derivaría de su conexión con la extranjería y sobre la que es necesario, en un contexto en el que cada vez la inmigración afecta a más aspectos de la actividad reguladora, que las distintas instituciones asuman, de manera coordinada, como recoge con claridad el artículo 138 EAC, la regulación de dicha materia. Se trata de una apuesta por adaptar el modelo de descentralización territorial a la realidad actual de una materia que en 1978 se zanjó como competencia estatal junto con la de extranjería. Se trata también, sin duda, de una apuesta *federalizante* del modelo, una opción que aunque sea debatible políticamente no parece que quede fuera del marco constitucional, como pretende la parte recurrente. Esta apuesta, aunque no sea en este punto rechazada frontalmente, trata de ser frenada por el Tribunal cuando afirma que el Estado es «titular de la competencia *preferente* entre las que concurren a la regulación

del régimen jurídico de los extranjeros en tanto que inmigrantes». El problema está en que el Tribunal combina ese carácter preferente con una insuficiente delimitación de la materia, de manera que abre las puertas a una comprensión restrictiva del ámbito competencial autonómico cuando pueda afectar al régimen de extranjería o a las políticas migratorias.

Por este motivo resulta importante que la misma legislación en materia de extranjería parta de la comprensión de que se trata de una materia que requiere de la participación de distintos actores, en la línea incorporada por la LO 4/2000 tras la reforma operada en 2009, sin duda motivada en este punto por el empuje del nuevo Estatuto.

COMPETENCIA EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

David Moya Malapeira*

Al margen de todas las reflexiones y objeciones de carácter general que se puedan hacer a la Sentencia, en materia de inmigración la STC de 9 julio de 2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña tiene la virtud de ser la primera sentencia del Tribunal Constitucional donde se analiza abiertamente el título competencial «inmigración» recogido en el art. 149.1.2 CE. Al analizarlo, el Tribunal ha fijado su posición sobre la interpretación constitucionalmente correcta de este título competencial y ha ofrecido algunos criterios para su correcta delimitación respecto de otros títulos competenciales conexos en manos de las Comunidades Autónomas, generalmente de carácter sectorial.

Antes de entrar a analizar el contenido de la Sentencia quizá sea necesario un breve recordatorio sobre las diferentes lecturas suscitadas por el título competencial «inmigración» del art. 149.1.2 CE. Con anterioridad a la presente Sentencia y hasta mediados de los años noventa la interpretación predominante del alcance de este título competencial era potencialmente extensiva, en el sentido de considerarla una competencia exclusiva y excluyente del Estado para actuar sobre cualquier ámbito relacionado con extranjería e inmigración. Esta interpretación fue cediendo paso a una lectura más acotada y sensible de las competencias autonómicas sectoriales sobre muchos ámbitos relacionados con la inmigración (enseñanza, sanidad, servicios sociales, etc.), evolución interpretativa que fue extendiéndose a medida que se consolidaba definitivamente el Estado autonómico y crecía la cifra de inmigrantes en todo el territorio español, pero muy especialmente en determinadas Comunidades Autónomas (Madrid, Cataluña, Valencia, Andalucía, Murcia, Aragón, etc.). Las sucesivas reformas de las leyes y reglamentos de extranjería así lo reflejan, hasta el punto de que la fundamental LO 4/2000¹

* David Moya Malapeira, lector doctor de derecho constitucional y subdirector del Instituto de Derecho Público, Universidad de Barcelona. Este artículo forma parte del proyecto de investigación «Reformas estatutarias y nuevos instrumentos de relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas» (DER 2008-04108/JURI).

1. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y de su Integración Social, reformada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003 y 14/2003 (BOE nº 10, de 12 de enero de 2000; BOE nº 307, de 23 de diciembre de 2000; BOE nº 234, de 30 de septiembre de 2003; BOE nº 279, de 21 de noviembre de 2003).

estableció un órgano de coordinación permanente entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el Consejo Superior de Política de Inmigración. Será a partir de esta ley, y sobre todo de su reglamento ulterior, el Real Decreto 2394/2004², cuando se operará una limitada desconcentración hacia Comunidades Autónomas y entes locales de determinadas gestiones sobre inmigración, en materias como los informes de adecuación de vivienda con fines de reagrupación familiar, los informes de arraigo social o incluso la asignación de nuevas funciones del padrón municipal. A pesar de continuar siendo el Estado el titular de estas competencias, este cambio de enfoque parecía simbolizar no sólo un reconocimiento del espacio que podían ocupar otras Administraciones más próximas y quizás mejor preparadas para afrontar la realidad de la inmigración (y al mismo tiempos titulares de competencias necesarias o instrumentales para el ejercicio de las competencias estatales), sino que también parecía simbolizar la superación de aquella percepción más tradicional respecto de la distribución competencial en este ámbito.³

En el año 2006, la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña⁴ supuso un nuevo paso adelante en este sentido, al dotar de un fundamento estatutario más sólido a algunas intervenciones autonómicas en materia de inmigración, planteamiento nada ajeno por otra parte a la idea de fondo de que el Estatuto puede reformular la interpretación consolidada de determinados títulos competenciales estatales, como mínimo con respecto a su aplicación a la concreta Comunidad Autónoma donde es de aplicación.⁵ Eso sí, esta reordenación resultó

2. Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica (BOE nº 6, de 7 de enero de 2005).

3. Aja, Eliseo: «Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de inmigración» en *Informe Comunidades Autónomas 1999*, Ed. Instituto de Derecho Público, Barcelona 2000. Encarnado, Eduard: «Polítiques públiques i d'immigració a Catalunya: participació i competències» en *VVAA: Les condicions de vida de la població d'origen no comunitari a Catalunya*, Ed. Instituto de Estudios Regionales y Metropolitanos de Barcelona, Barcelona 2004. Eduard Roig y José Joaquín Fernández Alles en Revenga, Sánchez, Miguel (coord.): *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España. II Jornadas Italo-españolas de Justicia Constitucional*, Ed. Tirant lo Blanch-Giuffé Editore-Universidad de Cádiz, Valencia 2005. Montilla, José Antonio: «Inmigración y Comunidades Autónomas» y Pajares, Miguel: «Las políticas locales en el ámbito de la inmigración», en el libro de Aja, Eliseo y Arango, Joaquín: *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica*, Ed. Fundación CIDOB, Barcelona 2006.

4. Ley Orgánica 6/2006 de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE nº 172, de 20 de julio de 2006, publicado en catalán a efectos de darle publicidad por el Decreto 306/2006, de 20 de julio –DOGC nº 4680, de 20 de julio de 2006–).

5. La elección del instrumento jurídico no es fortuita: como norma institucional básica y superior del ordenamiento jurídico de Cataluña, vinculada de manera muy especial con la Constitución, el Estatuto de Autonomía juega un papel clave en el desarrollo y concreción de los ámbitos materiales en los cuales Cataluña es competente, así como también en qué niveles será competente: legislar plenamente, desarrollar la legislación básica estatal o simplemente aplicar y desarrollar la normativa estatal. Al proponer una interpretación más restrictiva de las competencias estatales y fijar un conjunto más amplio de competencias autonómicas se pretende reformular una competencia e imponer su obligado respeto a todas las Administraciones, dado el carácter pactado y de norma dual, estatal y autonómica, de los Estatutos de Autonomía.

mucho más moderada en el texto estatutario finalmente aprobado que en los borradores y propuestas iniciales de algunos grupos parlamentarios a lo largo de su tramitación en el Parlamento de Cataluña, pues –sin prejuzgar el fondo de la Sentencia– en comparación con las versiones iniciales del mismo el texto final no parecía vaciar o alterar sensiblemente lo que se consideraba el núcleo duro de las competencias estatales sobre inmigración (gestión de flujos, controles de entrada y residencia, régimen sancionador y especialmente expulsión, policía de extranjería, etc.), vinculadas a la posición del Estado como garante de la unidad del modelo de gestión migratoria. Aún así, la asunción por vía estatutaria de la intervención sobre determinados ámbitos relacionados con la inmigración en virtud de competencias autonómicas conexas fue objeto de crítica al considerar el recurso del Grupo Parlamentario Popular que esta operación desposeía al Estado de una parte de sus competencias exclusivas sobre inmigración.

Si se dejan fuera de este breve análisis otras disposiciones estatutarias de aplicación a los extranjeros que aquí no podremos analizar por razones de espacio⁶ y nos centramos en el art. 138 EAC y las tres o cuatro cuestiones principales que han ocupado al Tribunal Constitucional (integración social y primera acogida, autorizaciones iniciales de trabajo, mandato de colaboración Estado-Generalitat), hay que empezar por la lectura del precepto:

«Art. 138. 1. Corresponde a la Generalitat en materia de inmigración:

a) La competencia exclusiva en materia de primera acogida de las personas inmigradas, que incluirá las actuaciones socio-sanitarias y de orientación.

b) El desarrollo de la política de integración de las personas inmigradas en el marco de sus competencias.

c) El establecimiento y la regulación de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigradas y para su participación social.

6. Efectivamente, aparte del art. 138 EAC el Estatuto contiene otras disposiciones en materia de derechos y deberes estatutarios, competencias mínimas ligadas a la autonomía de los entes locales, y, sobre todo, competencias sectoriales esenciales para la ampliación del espectro de intervención autonómica y local en esta materia (educación, menores, orden público y policía, formación postobligatoria, homologación y reconocimiento de títulos, establecimientos comerciales, participación, derechos y deberes estatutarios, vivienda, servicios sociales, etc.). Aunque el presente volumen aborda alguna de ellas, no ofrece un tratamiento sistemático de las mismas. Una aproximación al mismo aunque ya un poco desfasada temporalmente se puede encontrar en Moya, David: «La descentralització de les competències d'immigració als Ens Locals de Catalunya», en Galán, Alfredo (coord.): *La descentralització de competències als Ens Locals*, Ed. Fundació Pi i Sunyer, Barcelona 2007.

d) El establecimiento por ley de un marco de referencia para la acogida e integración de las personas inmigradas.

e) La promoción y la integración de las personas regresadas y la ayuda a las mismas, impulsando las políticas y las medidas pertinentes que faciliten su regreso a Cataluña.

2. Corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña. Esta competencia, que se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros, incluye:

a) La tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena.

b) La tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a los expedientes a que se refiere la letra *a* y la aplicación del régimen de inspección y sanción.

3. Corresponde a la Generalitat la participación en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Cataluña y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título V.»

La Sentencia del Tribunal Constitucional dedica el FJ 83 a razonar específicamente la constitucionalidad de este precepto estatutario desde un punto de vista competencial,⁷ partiendo de una afirmación categórica inicial: «[...] Es evidente que la inmigración es una materia que ha sido reservada con carácter exclusivo al Estado *ex art.* 149.1.2 CE, de modo que el art. 138.1 EAC sería claramente inconstitucional si, como parece deducirse de su enunciado, pretendiese atribuir a la Comunidad Autónoma competencias en dicha materia», afirmación matizada inmediatamente después al afirmar que, sin embargo, este no es el caso del art. 138.1 EAC, ya que el Estatuto admite una interpretación conforme a la Constitución al fundamentarse estas potestades autonómicas en otros títulos competenciales, concretamente sobre «asistencia social», que de acuerdo con el art. 148.1.20 CE pueden, y efectivamente han asumido las Comunidades Autónomas, de tal manera que a fin de cuentas no se ha operado ninguna «atribución a la Generalitat de competencia alguna en materia de inmigración», en

7. Los motivos de impugnación se encuentran recogidos en el antecedente nº 75 de la Sentencia.

una línea argumental que ya se encontraba en la opinión emitida por el Consejo Consultivo de la Generalitat de Catalunya sobre el proyecto de Estatuto del Parlamento de Cataluña.⁸ No obstante, el Tribunal se encarga de subrayar que la competencia exclusiva estatal sobre inmigración es el límite infranqueable para estas intervenciones autonómicas y que, por lo tanto, si bien en abstracto las atribuciones en materia de primera acogida e integración no erosionan el título competencial «inmigración» del Estado, la forma en que se realice su despliegue podría desbordar el título competencial «asistencia social» que les da cobertura e incidir potencialmente en el título de inmigración, situación que requeriría un análisis específico del caso para ver si se ha invadido el título estatal y en este caso declarar eventualmente la intervención autonómica como inadmisibles constitucionalmente.

Una operación parecida permite al Tribunal reconocer la constitucionalidad del art. 138.2 EAC en relación con las potestades ejecutivas de la Generalitat en la emisión de la autorización de trabajo inicial a los extranjeros que trabajen en su territorio. Salvada la exclusividad de la competencia estatal sobre inmigración, pero teniendo en cuenta que la Generalitat es titular de competencias laborales de carácter ejecutivo, el Tribunal admite que la redacción estatutaria combina adecuadamente ambas competencias salvaguardando la necesaria coordinación entre ambas Administraciones: «Es a esta concreta materia a la que [...] se contraen entonces las facultades atribuidas por el precepto a la Comunidad Autónoma, circunscritas así a los extranjeros cuya relación laboral se desarrolla en Cataluña, salvando el propio precepto, como competencia distinta cuyo ejercicio constituye el presupuesto de la que la Generalitat puede asumir respecto de determinados trabajadores, la que corresponde al Estado en virtud del art. 149.1.2 CE».

Por último, y con respecto al apartado 3 del art. 138 EAC, que preveía la participación de la Generalitat en las decisiones del Estado sobre inmigración, la Sentencia afirma claramente que «en principio, el Estatuto de Autonomía, en tanto que norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, no es una sede normativa impertinente, con una perspectiva constitucional, para prever, con la generalidad que se hace en el precepto recurrido, mecanismos o fórmulas cooperativas como las que en él se enuncian en asuntos tales como los relativos a la inmigración, cuando éstos tengan, como expresamente se prevé, “una especial trascendencia para Cataluña”». Hecha esta afirmación, el Tribunal re-

8. Dictamen sobre la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (DOGC nº 269, de 5 de septiembre de 2005).

mite al análisis detallado en el ulterior FJ 111 para determinar la constitucionalidad de las previsiones que sobre colaboración Generalitat-Estado contiene el título V EAC, aclarando en todo caso que «es a la legislación estatal a la que corresponde libremente determinar los concretos términos, formas y condiciones de la participación de la Comunidad Autónoma a la que se refiere el precepto, debiendo en todo caso quedar a salvo la titularidad de las competencias estatales eventualmente implicadas y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a los organismos e instituciones del Estado», sin más especificaciones, y sin entrar a debatir si la exigencia contenida en el Estatuto sobre el carácter preceptivo y previo de la participación en la determinación del contingente anual de extranjeros limita o no la libertad del Estado en la determinación del alcance y el detalle de esta participación. Seguramente, porque más allá de estos dos calificativos el Estatuto deja un amplísimo margen de configuración al legislador estatal para concretar el alcance de esa participación autonómica. Y seguramente también porque un mecanismo de colaboración que operara con posterioridad a la toma de decisiones no sería otra cosa que un mecanismo meramente informativo, o que no exigiera una participación preceptiva sería un mecanismo de participación de dudosa efectividad. En todo caso, las formulas de participación autonómica en contingentes –cuando estos se han convocado– han sido hasta 2006 y también con posterioridad (véase el art. 39.1 de la LO 4/2000, reformada por la LO 2/2009) siempre mecanismos de consulta previa pero no vinculante.

En este sentido, y para cerrar este análisis de urgencia sobre la Sentencia, habría que apuntar que, con abstracción de si la argumentación de la Sentencia ofrece sustento a las interpretaciones aperturistas del título competencial «inmigración» al admitir su laminación más allá del núcleo duro de competencias estatales, o de si en realidad apoya la interpretación más tradicional sobre la exclusividad estatal sobre esta materia, lo cierto es que el resultado a fin de cuentas es el mismo. A pesar de parecer decantarse por esta segunda tesis, en la práctica admite la intervención autonómica de manera limitada y condicionada a la existencia de competencias autonómicas conexas y sectoriales, ante las cuales y bajo determinadas circunstancias el título estatal puede ceder la «preferencia». Desde una perspectiva más pragmática, tanto por fallo como por su fundamentación jurídica la Sentencia no tiene ninguna incidencia sobre las reformas adoptadas durante los últimos dos años para dar cumplimiento a los preceptos estatutarios, ni afecta a los traspasos de competencias sobre autorizaciones de trabajo, ni a las reformas del reglamento y de la ley de extranjería realizadas en junio y en diciembre de 2009, así como tampoco parece que vaya a incidir sobre

el futuro despliegue reglamentario de la ley ni –en lo esencial– en el despliegue legal que el Parlamento de Cataluña ha hecho del mismo con la aprobación de la Ley 10/2010, de 7 de mayo, de Acogida de las Personas Inmigradas y de las Retornadas a Cataluña, a pesar del recurso anunciado por la Defensora del Pueblo en funciones contra la impartición de la formación de acogida en catalán en primer lugar.⁹ No obstante, de cara al futuro la Sentencia parece advertir de los estrictos límites interpretativos que la Constitución impone a la intervención autonómica en este ámbito. Y, de alguna manera, los votos particulares muestran una adscripción a las tesis tradicionales de consideración de la «inmigración» como título estatal exclusivo y excluyente de cualquier intervención autonómica, ni siquiera conexa a partir de competencias sectoriales, y en general sobre una interpretación relativamente literal y formalista del art. 149.1.2 CE (votos particulares de D. Vicente Conde Martín de Hijas, FJ 19.C.b, de D. Javier Delgado Barrio, FJ 3.D.f, o de D. Ramón Rodríguez Arribas, FJ 9).

9. DOGC nº 5629, de 14 de mayo de 2010, pág. 37220. Recurso de inconstitucionalidad anunciado a mediados del mes de agosto de 2010, EL PAÍS 18 de agosto de 2010.

LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON RESPECTO A LAS COMPETENCIAS SOBRE INMIGRACIÓN EN EL ESTATUTO DE CATALUÑA DE 2006

Vicenç Aguado i Cudolà*

1. Introducción: el carácter emblemático de las competencias sobre inmigración

Las competencias sobre inmigración son, probablemente, unas de las más emblemáticas que se incorporaron al Estatuto de Cataluña de 2006 (art. 138). Por este motivo, se convierten en un test que permite marcar con mucha fiabilidad el grado de evolución o de involución del Estado autonómico. Estas afirmaciones se fundamentan, por una parte, en el hecho de que la gestión de la inmigración es, sin duda, una de las cuestiones más importantes que tienen que afrontar los poderes públicos para garantizar los derechos y las libertades de las personas, así como una adecuada convivencia y cohesión en las sociedades actuales, y, de la otra, no afecta de forma exclusiva a una única Administración pública. En efecto, las decisiones sobre inmigración condicionan, sin duda, las políticas públicas de los diversos niveles de Administraciones públicas al conformar la situación jurídica de una parte de la población que es destinataria. Para una adecuada gestión de este fenómeno hace falta que las decisiones sean adoptadas de forma conjunta o participada e, incluso, que las instancias de poder más próximas a los ciudadanos adopten un papel relevante, fijando sus propias políticas. De otra manera, no sólo se estará condicionando gravemente las competencias autonómicas, sino que se estará limitando y despreciando una adecuada gestión del fenómeno migratorio, cerrando los ojos ante la realidad existente.

Cabe tener muy presente que en el momento de elaborar la Constitución Española de 1978 las competencias en materia de extranjería e inmigración se consideraban como el núcleo duro que debía reservarse al Estado, ya que se consideraban unas materias propias de los estados porque afectaban al control de fronteras y las relaciones internacionales. Por esta razón, el art. 149.1.2 de la

* Vicenç Aguado i Cudolà, profesor titular de derecho administrativo, acreditado catedrático de la Universidad de Barcelona.

Constitución atribuyó de forma exclusiva la competencia sobre extranjería e inmigración al Estado. Desde esta visión tradicional, incluso se había considerado que las decisiones de aplicación de la legislación sobre extranjería se convertían en una decisión propia de la soberanía de los estados y que, por lo tanto, no era necesario ni tan solo motivarlas.¹ Cabe también poner de manifiesto que en el momento de la elaboración de la Constitución en el Estado español los movimientos migratorios eran esencialmente de ciudadanos españoles que se desplazaban a otros estados para buscar trabajo o ejercer otras opciones vitales. Por lo tanto, el art. 149.1.2 de la CE ha girado, tal como afirma el Grupo de Expertos por encargo del presidente de la Generalitat, en torno a dos aspectos esenciales: el control de fronteras y el servicio exterior para asegurar a los migrados el apoyo y la relación permanentes.

Es a partir de los años ochenta, con la incorporación del Estado español a la Unión Europea, que empieza a crecer de forma exponencial la inmigración. Desde entonces el Estado ha aprobado diversas leyes en materia de extranjería que han condicionado, sin ningún tipo de duda, la actuación de las Administraciones autonómicas y locales, que son, en definitiva, las que tienen que hacer frente con sus limitados recursos a la mayoría de los problemas que se plantean en torno a la recepción de los flujos migratorios.² La evolución que ha tenido este fenómeno aconsejaba modernizar la concepción tradicional, dando un mayor protagonismo a las Comunidades Autónomas.³ En este sentido, la reforma estatutaria del 2006 representaba una vía a través de la cual se podía actualizar y modernizar el pacto constitucional de 1978, transcurridos treinta años de expe-

1. La Ley Orgánica 7/1985 llegó a afirmar explícitamente que la denegación del visado no será necesario que sea motivada. Una crítica a esta concepción puede encontrarse en V. Aguado i Cudolà: «Libertades de circulación y residencia: el visado como control de entrada de extranjeros», en L. Pomed Sánchez y F. Velasco Caballero (eds.): *Ciudadanía e inmigración, monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública VI*, Zaragoza, 2003, p. 290-293.

2. Sobre el impacto de la legislación de extranjería en otras Administraciones públicas, véase V. Aguado i Cudolà: «La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (I)», en *Cuadernos de Derecho Local* 0, 2002, p. 7-43, y «La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (II)», en *Cuadernos de Derecho Local* 1, 2003, p. 58 y s.; S. Díez Sastre (dir.): *Inmigración y gobiernos locales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.

3. En esta línea, véase E. Aja Fernández: «Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de inmigración», en *Informe Comunidades Autónomas 1999*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2000; V. Aguado i Cudolà et al.: *Inmigración, sociedad y Estado: una cuestión abierta*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2004, y «La ripartizione delle competenze in Spagna in materia di immigrazione: Stato, Regione e Governo Locale», en *Le Istituzioni del Federalismo* 5, 2004, p. 7-41; J. A. Montilla: «Inmigración y Comunidades Autónomas», en E. Aja y J. Arango: *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica*, Fundación CIDOB, Barcelona, 2006.

riencia, adaptando el Estado autonómico a las nuevas necesidades de la sociedad del siglo XXI dentro, eso sí, de los parámetros establecidos por la Constitución. Desgraciadamente, como veremos a continuación, la interpretación que ha hecho el Tribunal Constitucional de las competencias sobre inmigración representa una muestra visible del freno que se ha puesto a este proceso de actualización y modernización y que sitúa el Estado autonómico en una difícil encrucijada.

La pretensión del precepto estatutario que lleva por título «inmigración» era, según el Grupo de Expertos por encargo del presidente de la Generalitat, recoger «todos aquellos aspectos del fenómeno migratorio que nunca han estado a cargo de la Administración General del Estado o bien que se refieren a competencias que han sido asignadas pacíficamente a otras Administraciones». Cabe decir que las leyes de extranjería aprobadas por el Estado se han centrado en aspectos como el régimen de situaciones administrativas, que incluye los visados, las autorizaciones y las sanciones administrativas, así como en los derechos de los extranjeros y en aspectos de carácter organizativo. El Estado ha considerado que, en la regulación de aquellos aspectos de la inmigración relacionados con la educación, la sanidad y los servicios sociales, existían competencias autonómicas compartidas e incluso exclusivas de las Comunidades Autónomas. Habría que añadir a esto que la integración social no exige únicamente la realización de estas políticas sino también la fijación de los requisitos necesarios en el proceso de equiparación de los derechos entre ciudadanos españoles y ciudadanos extranjeros, especialmente en el proceso de normalización que posibilite el acceso a los diferentes servicios en los casos legalmente establecidos. La regulación de estos derechos, al requerir ley orgánica, correspondería en primer lugar al Estado, si bien su despliegue tendría que ser perfectamente asumible por las Comunidades Autónomas. En cualquier caso, un límite claro a las competencias estatales debería ser la suficiencia financiera para garantizar el cumplimiento de los derechos y las obligaciones que se fijan y que tienen que hacer efectivas otras instancias de poder diferentes de aquellas que las han acordado.

Entre las competencias que asume la Generalitat bajo la rúbrica de «inmigración», a través del Estatuto de Cataluña de 2006, se incluye la primera acogida a las personas inmigradas, el desarrollo de las políticas de integración, el establecimiento y la regulación de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigradas y para su participación social, el establecimiento por ley de un marco de referencia para la acogida y la integración de las personas inmigradas, la promoción y la integración de las personas retornadas y la ayuda a estas, y el impulso de las políticas y las medidas perti-

nentes que faciliten el retorno a Cataluña. Además, también incorporaba la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo a los extranjeros cuya relación laboral se cumpla en Cataluña. Este último punto podría ser el punto más discutido ya que suponía una competencia que tradicionalmente se había asignado al Estado en las distintas leyes de extranjería. Cabe decir, sin embargo, como veremos a continuación, que este aspecto no afecta tanto al régimen de entrada y permanencia de los extranjeros como a su acceso al mercado de trabajo. Finalmente, se establece que corresponde a la Generalitat la participación en las decisiones del Estado sobre inmigración que tengan una trascendencia especial para Cataluña.

Las competencias asumidas por la Generalitat a través del art. 138 del Estatuto de Cataluña de 2006 con respecto a inmigración se realizan de una forma cuidadosa y prudente, señalando por ejemplo que «el desarrollo de la política de integración de las personas inmigradas» se llevará a cabo «en el marco de sus competencias», o bien respecto a la autorización de trabajo se dice que «esta competencia, [...] se ejerce necesariamente en coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros».

2. El alcance de la decisión del Tribunal Constitucional

La importancia de la decisión del Tribunal respecto a las competencias sobre inmigración resulta de primer orden porque es la primera vez que lo hace sobre este tema y, además, lo hace a través de un examen directo de la norma estatutaria. Hasta ahora las decisiones del Tribunal Constitucional se habían realizado fundamentalmente desde la perspectiva de los derechos de los extranjeros, hasta al punto de declararse la inconstitucionalidad de diversos preceptos de la legislación de extranjería. Ello comporta que esta decisión con toda probabilidad marcará la visión del Tribunal sobre estas competencias en los próximos años.

Los recurrentes impugnaron la totalidad del art. 138 del Estatuto de Cataluña de 2006 al considerar que vulneraba frontalmente la competencia sobre extranjería e inmigración que el art. 149.1.2 de la Constitución reserva al Estado. La argumentación del Tribunal Constitucional se centra en señalar que, más allá de la expresión «inmigración» que utiliza la norma estatutaria, en realidad nos encontramos con competencias exclusivas sobre «asistencia social» y ejecutivas sobre «legislación laboral» que la Constitución permite asumir a las Comunidades Autónomas.

A primera vista, parece que la decisión del Tribunal Constitucional en este

aspecto concreto no supone un paso atrás. Así, el art. 138 del Estatuto no queda afectado por la declaración de inconstitucionalidad que hace el Tribunal de diversos artículos, si bien se lleva a cabo una interpretación del precepto que se traslada al fallo de la Sentencia. En este sentido, en el Informe realizado por el Grupo de Expertos por encargo del presidente de la Generalitat se señala que «estamos ante una interpretación del artículo que, aunque la Sentencia lo traslada al fallo de la misma, coincide plenamente con la interpretación o comprensión del contenido de la materia defendido por las instituciones catalanas».

No obstante, de una lectura más atenta y detenida de los fundamentos jurídicos de la Sentencia se puede llegar a afirmar que el Tribunal fija una interpretación anclada en la visión más tradicional que permite que el Estado utilice la materia «inmigración» como un título de carácter expansivo que puede llegar a condicionar seriamente las competencias autonómicas. Así, por ejemplo, la acogida «debe considerarse circunscrita, como revela su tenor literal, a las primeras actuaciones socio-sanitarias y de orientación de modo que la exclusividad con que se define la competencia autonómica, en cuanto manifestación de la competencia asumida en materia de asistencia social, resulta limitada por la competencia exclusiva reservada al Estado *ex art. 149.1.2 CE*».

El Tribunal desperdicia la ocasión de definir con precisión el contenido de la materia «inmigración» que el art. 149.1.2 de la Constitución reserva al Estado. Este Tribunal se limita a decir que «al Estado ha de corresponder, con carácter exclusivo, la competencia en cuya virtud se disciplina el régimen jurídico que hace del extranjero un inmigrante y atiende a las circunstancias más inmediatamente vinculadas a esa condición». En realidad, a pesar de la afirmación del Tribunal Constitucional, el ordenamiento jurídico no convierte a una persona en inmigrante o no, sino que lo que hace es regular su situación administrativa, haya entrado por las vías legalmente establecidas o bien de forma irregular. Una adecuada precisión de la materia tendría que considerar que las competencias estatales se deberían circunscribir, por una parte, a las situaciones administrativas de los extranjeros que llegan como inmigrantes, en especial a los requisitos de entrada y permanencia de los inmigrantes en territorio español, así como a las medidas de control estrechamente vinculadas a estos, y, de la otra, a las condiciones mínimas de ejercicio de derechos y deberes, mientras que el despliegue de estas competencias deberían quedar en manos de las Comunidades Autónomas.

3. Valoración y conclusión general: las competencias sobre inmigración como un ejemplo claro de estancamiento del Estado autonómico

La Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña de 2006 es el primer texto en que el Tribunal Constitucional hace una interpretación sobre la materia de inmigración en las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El Tribunal salva la constitucionalidad del art. 138 del Estatuto, si bien lo hace a costa de insistir, subrayar y remarcar la existencia de un título competencial exclusivo del Estado, que no se molesta ni siquiera en precisar y del que declara el carácter de «competencia preferente entre las que concurren a la regulación del régimen jurídico de los extranjeros» respecto a las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas. Esta ambigüedad e imprecisión deja la puerta abierta a una aplicación indiscriminada del art. 149.1.2 de la Constitución por parte del Estado, que le permitirá incidir y, por lo tanto, desdibujar competencias autonómicas, aunque se insista en afirmar lo contrario.

Hay que enmarcar la visión del Tribunal Constitucional en la visión más tradicionalista del Estado nación en que las competencias sobre inmigración representan una cuestión que afecta a la soberanía y en que no cabe una concepción plurinacional del Estado. Se conciben las competencias autonómicas desde una perspectiva fundamentalmente de ejecución o de aplicación de las competencias estatales y en que las únicas políticas públicas de integración social de los inmigrantes se reconducen a las competencias ya existentes en materia de servicios sociales, educación o sanidad. Competencias que el Estado también puede condicionar a través de una interpretación extensiva de las competencias básicas y con títulos de carácter transversal, como lo demuestra el ejemplo reciente de la llamada ley de la dependencia.⁴

El mito del Estado nación como elemento privativo y exclusivo de la soberanía que impregna toda la Sentencia, más allá de los elementos identitarios, se traduce en una visión sobre el alcance y la delimitación de las competencias estatales y autonómicas. Una visión que difícilmente ayudará a profundizar, ac-

4. Una crítica a esta limitación de las competencias autonómicas se puede ver en I. Lasagabaster Herrarte: «La ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia: una reflexión desde la perspectiva competencial», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals* 4/2007, p. 129-158, disponible en la dirección electrónica http://www10.gencat.cat/drep/binaris/real4_Lasagabaster_tcm112-59982.pdf; y también: «Las competencias autonómicas en materia de servicios sociales», en V. Aguado i Cudolà (ed.): *El sistema de serveis socials a Catalunya*, Instituto de Estudios Autonòmics, Barcelona, 2009.

tualizar y modernizar el Estado autonómico y que lo sitúa en una difícil encrucijada. En el caso de las competencias sobre inmigración, se deja a las Comunidades Autónomas en la práctica sin la posibilidad de profundizar en herramientas que permitan encarar de forma adecuada la inmigración, constriñendo las competencias autonómicas a las ya existentes, que son fundamentalmente las de educación, sanidad y servicios sociales.

El Estado autonómico y el proceso de la Transición española han sido puestos por algunos como un ejemplo digno de imitar en otros procesos y se ha llegado a decir que España es uno de los estados más descentralizados de toda Europa e incluso del mundo. Hay que decir, sin embargo, que la decisión del Tribunal Constitucional con respecto a las competencias sobre inmigración representa en realidad un ejemplo claro del estancamiento en que se ha situado el Estado autonómico y de freno a las legítimas aspiraciones de autogobierno de Cataluña que conformaron el pacto constitucional de 1978. En realidad, este tipo de interpretaciones implica el bloqueo de una real y efectiva descentralización política del Estado, que se encierra en un modelo basado esencialmente en una descentralización administrativa en que la configuración de políticas propias para los distintos niveles de poder territorial queda seriamente condicionada por las competencias estatales.