

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA**

***FACULTAD DE DERECHO***

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO GENERAL**

**ÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL**



**“EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: EL DERECHO A LA  
EDUCACIÓN Y A**

**LA PROTECCIÓN DE LA SALUD”**

TESIS PARA OPTAR AL DOCTORADO EN DERECHO

**SILVIA PÁUCAR ESPINOZA**

Dirigido por:

**Dra. Dña. ANGELA FIGUERUELO BURRIEZA**

SALAMANCA, ESPAÑA, DE 2009

INTRODUCCIÓN .....	1
--------------------	---

**CAPITULO I. EL CARÁCTER NEGATIVO DEL CONCEPTO DE EXTRANJERÍA..... 15**

I.1) Nociones Básicas sobre los conceptos de Extranjería, Inmigración .....	15
I.1.1) Noción de Extranjería .....	15
I.1.2) Concepto de Inmigración .....	20
I.2) Clasificación de los Inmigrantes .....	25
I.2.1) El Inmigrante Legal .....	25
I.2.2) El Inmigrante Ilegal .....	26
I.3) La Nacionalidad .....	27
I.3.1) Noción , Orígenes y Naturaleza Jurídica de la Nacionalidad.....	27
I.3.2) La Nacionalidad y la Constitución Española de 1978 .....	31
I.3.3) La Nacionalidad como derecho Fundamental .....	33
I.4) La Ciudadanía .....	37
I.4.1) Origen de la Ciudadanía.....	38
I.5) Ciudadanía y Nacionalidad .....	42
I.5.1) Ciudadanía y Nacionalidad en la Constitución Española de 1978.....	48
I.5.2) Vinculación de la Ciudadanía y la Nacionalidad .....	49
I.6) Nacionalidad, Ciudadanía, Extranjería.....	52
I.7) Ciudadanía e Inmigración.....	56
I.8) Ciudadanía y Exclusión .....	63
I.8.1) Titularidad de los derechos de ciudadanía .....	69
I.8.2) Ciudadanía y Naturalización .....	72
I.9) La Ciudadanía Social.....	83
I.9.1) Función Igualadora de la Ciudadanía Social.....	89
I.9.2) Función Constitutiva de la Ciudadanía Social .....	91
I.10) Ciudadanía Nacional y Ciudadanía Europea .....	98
I.10.1) Antecedentes de la Ciudadanía Europea.....	98
I.10.2) Configuración de la Ciudadanía de la Ciudadanía Europea. Rasgos que la diferencian de la ciudadanía nacional.....	104

I.10.3)	Alcance Jurídico y Político de la Ciudadanía Europea.....	105
I.10.4)	La Técnica de Remisión de la Ciudadanía Europea .....	107
I.10.5)	Consecuencias de la Remisión .....	110
A)	Consecuencias de la diversidad de Reglamentaciones estatales sobre la nacionalidad en el ámbito comunitario .....	110
B)	Consecuencias del criterio de la nacionalidad como determinante del ámbito de aplicación de las normas comunitarias.....	111
C)	Consecuencias Respecto a los Nacionales de Terceros Estados ajenos a la Unión Europea.....	111
I.11)	Estatutos de Extranjería en el Orden Comunitario Europeo.....	116
I.12)	Política Europea de Control de los Flujos Migratorios .....	118
I.13)	La Residencia de los Inmigrantes y la Ciudadanía Europea.....	121
I.14)	Los Derechos de los Extranjeros dentro de la Ciudadanía Europea ....	128
I.15)	La reformulación de la Ciudadanía .....	131

**CAPITULO II. LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ESTADO  
SOCIAL DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978..... 136**

II.1)	Evolución de los Derechos Sociales.....	136
II.2)	Los Derechos Sociales como Derechos Fundamentales.....	144
II.3)	Los Derechos Sociales de Carácter Prestacional en el Moderno Constitucionalismo .....	147
II.4)	Los sujetos de los Derechos Sociales .....	156
II.5)	Exigibilidad de los Derechos Sociales.....	162
II.6)	Necesidades Básicas y Derechos Sociales.....	164
II.7)	Los Derechos Sociales y Extranjeros Inmigrantes.....	166
II.8)	La Igualdad como Fundamento de los Derechos Sociales .....	179
II.8.1)	El Derecho a la Igualdad de los Extranjeros .....	191
II.8.2)	Discriminación Positiva de los Extranjeros Inmigrantes .....	194
II.8.3)	Igualdad y Diferenciación .....	199
II.9)	La Dignidad como Fundamento intrínseco de los Derechos Sociales .....	204
II.9.1)	La Dignidad dentro del Ordenamiento de la Constitución Española de 1978.....	214

## **CAPITULO III. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS EXTRAJEROS INMIGRANTES EN ESPAÑA..... 217**

III.1) Hacia la Positivización del Derecho Educativo de los Extranjeros Inmigrantes. ....	217
III.2) Evolución Constitucional del Derecho Educativo .....	218
III.2.1) La Constitución de Cádiz de 1812.....	223
III.2.2) El Informe Quintana .....	226
III.2.3) La Educación en la Constitución de 1837.....	231
III.2.4) La Educación en la Constitución de 1845.....	231
III.2.5) La educación en la Constitución de 1869 .....	236
III.2.6) La Educación en la Constitución de 1876.....	238
III.2.7) La educación en la Constitución de 1931 .....	243
III.2.8) La Educación durante la guerra civil.....	245
III.3) Análisis jurídico constitucional del derecho a la educación de los extranjeros inmigrantes.....	249
III.3.1) Principales debates parlamentarios referentes al derecho educativo .....	249
III.3.2) Antecedentes del precepto constitucional de extranjería.....	254
A) La Ponencia .....	256
B) La Comisión .....	256
III.4) El derecho a la educación de los extranjeros inmigrantes en la Constitución Española de 1978.....	257
III.5) Naturaleza jurídica del derecho a la educación.....	258
III.6) Contenido del derecho a la educación.....	260
III.7) La finalidad de la educación .....	267
III.8) Límite al derecho a la educación de los extranjeros inmigrantes .....	269
III.9) Configuración constitucional del derecho a la educación .....	274
III.10) La configuración constitucional del derecho de extranjería.....	276
III.11) Conexión constitucional del derecho a la educación y del derecho de extranjería.....	278
III.11.1) Titularidad del Derecho a la Educación establecida en el Apartado 1 del artículo 27: Todos tienen el derecho a la educación.....	281

III.11.2) Apartado 4.-La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.....	285
III.11.3) Apartado 5.- Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.....	288
III.12) Garantías constitucionales del derecho a la educación de los extranjeros inmigrantes.....	291
III.13) Marco Normativo nacional del derecho a la educación .....	298
III.13.1) La ley orgánica de extranjería .....	299
III.13.2) La Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación 8/1985 (LODE).....	309
III.13.3) La Ley Orgánica 1/1990 de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE).....	311
III.13.4) La Ley Orgánica 10/2002, denominada Ley de Calidad de la Educación (LOCE) .....	313
III.13.5) La ley orgánica 2/2006 de 3 de mayo, denominada Ley orgánica de educación (LOE).....	315
III.14) Marco normativo internacional del derecho a la educación .....	317
III.15) El derecho a la educación de los extranjeros inmigrantes como derecho inherente a la dignidad de la persona humana .....	345
III.16) La igualdad como principio inspirador del derecho a la educación de los extranjeros inmigrantes.....	349
III.17) El Derecho a la Igualdad de los Extranjeros Inmigrantes.....	352
III.18) Fenómenos relacionados con la diversidad de alumnado.....	354
III.18.1) La concentración de alumnos inmigrantes en algunas escuelas públicas.....	356
III.18.2) La incorporación tardía al sistema educativo .....	356
III.18.3) El racismo.....	358
III.19) Diferenciación, igualdad de oportunidades y discriminación positiva educativa para los extranjeros inmigrantes.....	362
III.20) La educación intercultural como principal medio de integración de los extranjeros inmigrantes.....	371

## **CAPITULO IV. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS INMIGRANTES ..... 386**

IV.1) Historia de la protección de la salud .....	386
IV.2) El Concepto de Salud .....	394
IV.3) El contenido del derecho a la protección de la Salud.....	396
IV.4) La salud como un derecho de carácter social dentro del Estado Social de la Constitución Española de 1978.....	398
IV.5) Dimensiones de la protección del derecho a la salud.....	403
IV.5.1) Dimensión Negativa .....	403
IV.5.2) Dimensión Positiva.....	403
IV.5.3) Dimensión Preventiva.....	404
IV.6) La protección de la salud en la Constitución de 1978.....	404
IV.7) Marco legal del derecho a la protección de la salud .....	410
IV.8) La actividad prestacional de los poderes públicos a favor del derecho a la protección de la salud.....	412
IV.8.1) La asistencia sanitaria y el sistema de seguridad social.....	413
IV.8.2) Marco constitucional prestacional del derecho a la protección de la salud .....	415
IV.9) Marco normativo constitucional y legal del derecho a la protección de la salud de los extranjeros inmigrantes.....	426
IV.10) Conexión constitucional del derecho a la protección de la salud y la Extranjería.....	427
IV.11) Marco normativo legal nacional.....	432
IV.11.1) El derecho a la protección de la salud de los extranjeros en la Ley General de Sanidad.....	432
IV.11.2) Ley General de Seguridad Social .....	434
IV.11.3) La ley 16/2003, de 28 de mayo, Ley de Cohesión y Calidad del Sistema nacional de Salud .....	439
IV.11.4) La Ley Orgánica de Extranjería .....	440
A) Asistencia sanitaria a los extranjeros empadronados.....	450
B) Asistencia sanitaria a los menores extranjeros .....	452
C) Asistencia sanitaria a las mujeres embarazadas .....	455
D) Asistencia sanitaria de urgencia .....	458

IV.12)Reconocimiento internacional del derecho a la protección de la salud de los extranjeros inmigrantes .....	462
IV.13)El derecho a la protección de la salud de los extranjeros como un derecho inherente a su dignidad personal.....	475
IV.14)Problemas culturales asociados con la prestación de asistencia médica.....	481
IV.15)Garantías constitucionales del derecho a la protección de la salud de los inmigrantes.....	486
CONCLUSIONES .....	491
BIBLIOGRAFÍA .....	510
ABREVIATURAS.....	529

## **INTRODUCCIÓN**

Estudia como si fueras a vivir para siempre;  
vive como si fueras a morir mañana.

(Alanus de Insulis)

Los derechos sociales han evolucionado el curso del reconocimiento de los derechos fundamentales y humanos que son el fundamento de la dignidad humana. De este modo dicho reconocimiento se ha hecho extensible a las personas al margen de la condición administrativa que aquellas posean dentro de los países, aunque aún cabe reconocer que la universalización en la extensión de estos derechos aún no se ha producido de una manera general para aquel colectivo minoritario que constituyen los extranjeros inmigrantes.

La elaboración y aprobación de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1793 marcó un hito respecto de la situación de desigualdad que caracterizaba al Estado absolutista. Efectivamente, se efectuaron cambios en relación al reconocimiento de los derechos y a la aspiración de la consecución de la libertad por contraposición a la situación de sumisión en que se hallaba la población en la etapa de las monarquías absolutas. Sin embargo, dichos cambios no se concretaron finalmente en un cambio real en el que se pudiera acceder a los derechos en condiciones de igualdad efectiva para todo el conjunto de la población, llegándose de esta forma, a una situación social en la que se reconocían derechos sólo a determinadas personas excluyéndose de su ejercicio a otras. Esta situación se resolvió con el cambio de un Estado Liberal de Derecho hacia el postulado de un Estado Social que aspiraba a generar una igualdad real y efectiva



de los derechos y en el cual todas las personas serían titulares de los derechos sociales básicos.

Actualmente el crecimiento poblacional en España se ha caracterizado por la presencia de un nuevo grupo humano que ha emigrado de diversos países en la búsqueda de mejores condiciones de vida. Este fenómeno, aparentemente novedoso, ha generado a su vez la preocupación dentro del país, acerca de la mejor manera de afrontar este nuevo crecimiento poblacional. No obstante, a pesar de la preocupación integratoria que existe, se observa también que coexisten junto con aquella, determinados pensamientos negativos en contra de dicha integración. Estos pensamientos se han visto negativamente reforzados con las nuevas políticas integratorias excluyentes que a veces contemplan al colectivo extranjero como un sujeto carente de ciudadanía, y que por lo tanto no resulta ser acreedor de todos los derechos sociales a los que si tienen derecho los nacionales. El extranjero es visto con frecuencia como un sujeto negativo que viene a ocupar y quitar los puestos de trabajo de los nacionales y como un sujeto que a veces aprovecha innecesariamente los servicios gratuitos del servicio público sanitario, todo lo cual va en perjuicio de los nacionales; así pues, el extranjero inmigrante es considerado como un sujeto al que es necesario restringirle determinados derechos en función de la malentendida autoprotección y escasez de reservas económicas que es preciso mantener dentro de los Estados.

El derecho a la educación y el derecho a la protección de la salud, han resultado ser dos derechos sociales básicos que deben ser protegidos y garantizados a todas las personas. A pesar de ello actualmente su extensión y protección observan diferencias notables dentro del ordenamiento jurídico español. De este modo, el factor de extranjería explica para el caso de los extranjeros inmigrantes la diferencia efectuada en cuanto al reconocimiento de estos dos derechos sociales básicos y universales, aunque también, habrá de observarse un diferente desarrollo normativo respecto a la regulación que a día de hoy se ha efectuado de los referidos derechos.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

La elección del tema nació de nuestro interés por llegar a conocer hasta qué nivel se efectúa el reconocimiento en España de estos dos derechos sociales sobre los cuales la Constitución Española realiza una diferente clasificación. Nos proponemos de esta forma llegar a conocer cómo se ha llevado a cabo el reconocimiento de dichos derechos sociales con características tan diferentes: uno desde su posición como derecho fundamental y el otro desde su posición como uno de los principios rectores de la política social y económica que la Constitución reconoce dentro de su Título primero. Para comprender mejor estos dos derechos básicos nos ocupamos en el Capítulo Primero de analizar y estudiar las condiciones diferenciales del concepto de extranjería y del fenómeno social de la inmigración como dos factores que se encuentran interconectados para el efectivo entendimiento de la real condición en la que se encuentran insertos los extranjeros inmigrantes extracomunitarios; es decir, en cuanto sujetos sobre los cuales se aplican ciertas políticas restrictivas migratorias, ya sea en su condición de extranjeros ilegales, o en su condición de legales. Destacaremos también la situación jurídica de la nacionalidad como el principal vínculo jurídico que une al Estado y que determina a su vez el carácter negativo de la condición de extranjería y por tanto del extranjero inmigrante en España.

Destacaremos por otro lado la ciudadanía como una de las principales condiciones que actualmente influyen sobre el fenómeno de la inmigración; esto sucede por la condición de ciudadano nacional, como por la condición de ciudadano comunitario, dado que la inmigración se ha constituido en un fenómeno que actualmente desborda las fronteras nacionales de los Estados, y por lo tanto sus efectos no se circunscriben únicamente a un determinado territorio, sino que más bien afectan y benefician por otro lado a diversos Estados en diversas partes del mundo.

En este primer capítulo también destacaremos la diferencia que existe entre los conceptos de nacionalidad y ciudadanía y la influencia que ejercen cada una de ellos respecto al reconocimiento y extensión de los derechos sociales que tienen los extranjeros inmigrantes en España. Por otro lado, se resaltarán el papel

excluyente y a su vez incluyente que ejerce la ciudadanía en el reconocimiento de los derechos sociales de las diversas personas que conforman un determinado Estado. Insistiremos especialmente en la regulación efectuada dentro de la Constitución Española en lo que respecta a la nacionalidad y la ciudadanía y abordaremos la importancia que actualmente se concede a favor del cambio de la noción de ciudadanía en razón de la futura inclusión de los extranjeros inmigrantes en el goce efectivo e igualitario de los principales derechos sociales básicos.

El presente trabajo de investigación no pretende realizar un análisis completo de la totalidad de los derechos sociales que comprende la Constitución Española de 1978, sino que, únicamente se limitará al análisis de dos derechos sociales básicos que hoy en día han adquirido gran relevancia debido a su aspiración igualitaria y que indefectible por ello resultan ser necesarios con vistas al reconocimientos de los derechos sociales a los cuales también tienen derechos los extranjeros inmigrantes en España. Por ello, en el Capítulo Segundo arrancamos con una reseña acerca de la evolución histórica que han experimentado los derechos sociales, y demostraremos como aquellos derechos sociales han modificado el concepto inicial de igualdad formal que se tenía en la época del sistema liberal, evolucionando de este modo de un sistema de igualdad formal a un sistema de igualdad real que comprende e incluye en la actualidad no solo a determinados grupos de personas, sino que más bien se manifiesta incluyente respecto de la totalidad de personas que comprenden los Estados en general, ello de forma independiente de la condición de nacional o extranjero que tengan las personas dentro de los Estados. De este modo resaltaremos el ámbito de la titularidad de los nuevos sujetos sociales que son incluidos en este grupo de derechos, tomando en cuenta la diferente naturaleza jurídica que poseen los derechos sociales respecto de los derechos civiles y políticos, que tendían hacia el reconocimiento y garantía de las libertades de la persona humana dentro del Estado.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

No contradiciendo los postulados de los derechos civiles y políticos, los derechos sociales vienen a constituirse así en unos derechos que se encuentran en estrecha interrelación con los derechos civiles y políticos y que son necesarios a su vez para que estos puedan efectivamente ser ejercidos en condiciones de igualdad. Resaltando el carácter más concreto y no abstracto que presentan los derechos sociales, son nuevos los conjuntos poblacionales que reclaman derechos y nuevas las necesidades que surgen y que resultan ser, por tanto, atendidas y satisfechas dentro del nuevo Estado Social prestacional. Es, precisamente, dentro de estos nuevos grupos sociales que reclaman derechos, donde también se pone de manifiesto la llegada de los extranjeros inmigrantes en cuanto un nuevo grupo social que también reclama la titularidad y el ejercicio de unos derechos de prestación, de los cuales se consideran en posesión en su condición de personas, portadores de la dignidad humana.

En relación con las premisas anteriores y al estado actual en el que se encuentran los extranjeros inmigrantes en España, nos proponemos analizar acerca del verdadero alcance y reconocimiento de los derechos sociales a los que pretenden acceder los extranjeros inmigrantes extracomunitarios en condiciones de igualdad con los nacionales en España. También nos ocupamos de analizar las medidas de discriminación positiva en cuanto uno de los principales medios para conseguir la efectiva igualdad real a la que se aspira a llegar en un Estado Social y Democrático de Derecho. Estado que hoy, aún más que en el pasado, se compone de una sociedad diversa y plural y que por ello también incluye dentro de sus medidas prestacionales, a los extranjeros inmigrantes que viven en España. Resaltaremos en este contexto, el papel preponderante que desarrolla el valor y principio fundamental que la Constitución Española reconoce en su artículo 10, el valor de la dignidad humana como el principal fundamento que justifica el reconocimiento de los derechos sociales que le corresponden a los extranjeros inmigrantes en España. Todo esto en el contexto que tiene el valor de la dignidad humana para la realización efectiva del total de los derechos que contempla la Carta Magna de 1978.

En Capítulo Tercero tiene por objetivo el estudio de la configuración constitucional del derecho a la educación de los extranjeros inmigrantes en España. Este estudio implica necesariamente el análisis de las principales normas jurídicas elaboradas en el ámbito de la educación, así como también en el ámbito de la extranjería. Todo ello, se efectuará tomando en cuenta los principales principios y valores que le son inherentes y que inspiran su formación y desarrollo normativo constitucional. Nos referimos específicamente a la igualdad en cuanto valor superior del ordenamiento jurídico que ha supuesto un avance significativo en el reconocimiento de los derechos educativos de los extranjeros inmigrantes.

Así, en primer lugar hemos considerado necesario tener en cuenta los antecedentes jurídicos constitucionales del derecho educativo español, desde su regulación en la Constitución de 1812 hasta su actual configuración en la Constitución de 1978. Al mismo tiempo, y tomando como base la actual doctrina, nos proponemos determinar la verdadera naturaleza jurídica, el contenido y las efectivas garantías constitucionales que contiene el derecho educativo de los extranjeros inmigrantes. De esta manera, el presente trabajo de investigación, se abocará al análisis del derecho educativo de los extranjeros inmigrantes visto desde su vertiente prestacional, como derecho que se encuentra inserto dentro del denominado Estado Social de Derecho.

El desarrollo normativo del derecho educativo ha experimentado, a través de la historia, diversas fluctuaciones como consecuencia de las diferentes ideologías de los grupos políticos que han ocupado el poder público. Así, no ha sido hasta el presente siglo, cuando el desarrollo del derecho educativo ha empezado a tomar forma, y ha encontrado su debida expresión en el artículo 27 de la Constitución Española. Este precepto ha suscitado, sin embargo, intensos debates en lo que respecta a su doble connotación, no sólo como un derecho de libertad, sino también debido a su carácter prestacional.

De este modo, el derecho educativo se presenta tanto para los nacionales como para los extranjeros inmigrantes, como un derecho eminentemente omnicomprendivo y transversal, es decir como un derecho que contiene dentro de sí diversas libertades y derechos. Teniendo en cuenta el carácter omnicomprendivo

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

de este derecho, nos proponemos conocer la regulación normativa del derecho a la educación de los extranjeros inmigrantes, visto desde su vertiente social prestacional, en su sentido estricto. Todo ello se efectuará teniendo en cuenta su desarrollo legislativo respectivo, así como la actual regulación establecida en la Ley Orgánica de Extranjería 8/2000. De esta manera, el presente trabajo de investigación, no está dirigido a realizar un análisis exhaustivo de todos los derechos y libertades que comprende el artículo 27 de la C.E, sino que, más bien se centrará en el análisis específico del derecho educativo del que gozan también los extranjeros inmigrantes al igual que los nacionales.

Dicho análisis solo será posible teniendo en cuenta la influencia que ejercen los valores de igualdad y dignidad dentro del marco del Estado Social de Derecho que consagra la Constitución Española. Ciertamente, debemos aclarar que la presente investigación va encaminada al análisis del derecho educativo y del derecho de extranjería en un sentido estrictamente jurídico. Por tal motivo no se efectuarán referencias precisas respecto a pensamientos pedagógicos, sociológicos, políticos u de cualquier otra índole ajena al tratamiento jurídico.

Ahora bien, para una mejor comprensión y análisis jurídico de los temas a tratar, el apartado primero, recoge sustancialmente la noción de educación, que nos ayudará a comprender la verdadera dimensión y alcance que conlleva este derecho. Asimismo, para un mejor entendimiento del actual desarrollo de este derecho, resulta indispensable efectuar un repaso a través de la historia constitucional de España . De esta forma, este capítulo contiene una exposición general acerca de la formación jurídico constitucional del derecho educativo. Comprendiendo así su análisis la incorporación del tema educativo en la Constitución de Cádiz de 1812, ley fundamental que constituyó el principal cuerpo normativo que expresaba el pensamiento ilustrado del liberalismo imperante en esa época. Es precisamente de este Estado Liberal de donde surge el principio de igualdad como principio que inspiró el nacimiento de unos nuevos derechos que reclamaban un estatuto de igualdad ante la ley entre todos los ciudadanos de un Estado.

En los siguientes acápites continuaremos con el análisis histórico, desarrollando un estudio de los textos constitucionales posteriores, así como también de las más importantes leyes de desarrollo que han regulado el tratamiento de este derecho, para, finalmente, abordar la etapa de la transición democrática. Todo ello lo realizamos teniendo en cuenta la influencia que han ejercido las diferentes ideologías que han impregnado las diferentes Constituciones que han estado vigentes en España, las cuales como se sabe, han tenido una decisiva influencia en la formación y evolución de los respectivos derechos fundamentales.

El apartado tercero de este capítulo tercero, está centrado en el estudio del ámbito jurídico constitucional del derecho educativo de los extranjeros inmigrantes, para el cual, se hace necesario abordar la configuración del artículo 27 de la Constitución Española que prescribe el derecho educativo, así como también del artículo 13 de la misma Carta Magna que proclama categóricamente los derechos de los extranjeros. Esto se efectuará, tras una breve revisión de los debates parlamentarios que han contribuido a la formación del precepto educativo así como también, de los antecedentes del precepto constitucional regulador de los derechos de los extranjeros que han arribado finalmente a la formación del actual artículo 13 de la Carta Fundamental. Dirigiéndonos al análisis del derecho educativo de los extranjeros inmigrantes, que exige una necesaria conexión del artículo 27 con el artículo 13, desarrollaremos posteriormente los principales elementos que contribuyen a la configuración constitucional de este derecho. De este modo, se analizará la naturaleza jurídica, el contenido, la finalidad, los límites y las garantías constitucionales del referido derecho. Todo esto lo realizamos teniendo en cuenta, la jurisprudencia que ha elaborado el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución Española.

Ahora bien, el ámbito de protección de los derechos educativos de los extranjeros inmigrantes no se limita a la actual regulación prescrita por el artículo 27 y 13 de la Constitución Española. De este modo, el apartado décimo cuarto del capítulo tercero, está dirigido a un estudio pormenorizado de la regulación que desarrollan, respecto a este derecho, las principales normativas nacionales e internacionales vigentes en España. Con tal fin se ha procedido al análisis de las

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

leyes de extranjería que han regulado el ejercicio de este derecho (Ley Orgánica 4/2000, 8/2000), así como también de las principales leyes educativas de desarrollo constitucional (LODE, LOGSE, LOCE, LOE). Asimismo, hemos tomado en principio el análisis de la Declaración Universal de Derechos Humanos, como principal fuente normativa internacional de los derechos fundamentales. Seguidamente haremos un recorrido por los principales textos internacionales, abordando incluso, la normativa comunitaria que desarrolla el referido derecho.

Tomando como base la regulación que efectúa la actual Constitución Española como fuente primaria de los derechos y libertades fundamentales, nos detenemos en el estudio de los principales valores y principios que contribuyen al desarrollo y reconocimiento del derecho educativo de los extranjeros inmigrantes. Nos referimos precisamente a la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social y al valor superior del ordenamiento jurídico que supone la igualdad en sus distintas dimensiones. Efectivamente, la dignidad se nos presenta como la raíz básica de todos los derechos humanos que poseen las personas y se constituye también, en el principal fundamento de los derechos fundamentales que reconoce la Constitución. De esta manera, la dignidad humana se conforma como la principal fuente para reconocer el derecho educativo de los extranjeros inmigrantes.

En la misma tónica, hemos decidido abordar la íntima relación que se da entre la dignidad humana y la igualdad material como un derecho relacional que se encuentra ligado al desarrollo del derecho educativo de los extranjeros inmigrantes. Nos ocupamos también de la interpretación que ha efectuado del principio de igualdad el Tribunal Constitucional, respecto al verdadero alcance que de éste principio se contiene en el artículo 14 de la Constitución Española. Seguidamente hacemos se hará una breve descripción de los principales fenómenos relacionados con la diversidad del alumnado inmigrante, todo ello con el fin de dirigir nuestro estudio hacia el tema preciso y fundamental de las acciones positivas, el cual como de sobra es conocido se encuentra vinculado con el principio de igualdad. Y es precisamente, en el marco de estas acciones



positivas, donde resaltaremos la importancia de la discriminación positiva, como un elemento fundamental para la consecución de la igualdad real educativa, a la que aspiran los extranjeros inmigrantes. Así pues, destacan dentro del grupo de las acciones positivas todas aquellas medidas destinadas a la compensación de desigualdades educativas, así como también todas aquellas medidas destinadas a posibilitar el acceso y la continuidad de los estudios. Finalmente analizaremos las implicaciones positivas que trae como consecuencia el desarrollo efectivo del derecho fundamental a la educación, en cuanto derecho social básico que resulta necesario para el efectivo proceso de integración al que aspiran alcanzar los extranjeros inmigrantes que se encuentran viviendo dentro del territorio Español.

En el capítulo Cuarto abordaremos la configuración constitucional del derecho a la protección de la Salud de los extranjeros inmigrantes en España. Este estudio implica necesariamente el análisis de las principales normas jurídicas elaboradas en el ámbito de la Salud, así como también en el ámbito de la extranjería, el cual se efectuará partiendo del significado y funciones que la dignidad de la persona humana desempeña en relación con la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico, como principio formal y como derecho subjetivo y prestacional. Ello ha supuesto, como veremos, un avance muy significativo en el desarrollo del derecho a la protección de la salud.

La Constitución Española de 1978 se ocupa del derecho a la protección de la salud de un modo directo y concreto a través del artículo 43; sin embargo, este reconocimiento constitucional del derecho a la salud no se limita a lo expresado por el artículo 43, puesto que se puede apreciar que en muchos preceptos de la misma carta constitucional se hacen expresas referencias a la salud y a las acciones protectoras de la misma como un bien básico de la persona humana.

Gracias al Estado Social, que reafirma la posición protectora del Estado sobre la salud, nos proponemos conocer la regulación normativa del derecho a la protección de la salud de los extranjeros inmigrantes, visto obviamente desde su vertiente social prestacional, en su sentido estricto. Todo ello se efectuará teniendo en cuenta su desarrollo legislativo respectivo, así como la actual regulación establecida en la Ley Orgánica de Extranjería 8/2000. De esta manera,

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

el presente trabajo de investigación, no está dirigido a realizar un análisis exhaustivo de todos los derechos que comprende el artículo 43 y tampoco de otros preceptos muy relacionados a la temática sanitaria. Ciertamente, debemos aclarar que la presente investigación va encaminada al análisis del derecho a la protección de la salud y del derecho de extranjería en un sentido estrictamente jurídico. Por tal motivo, tampoco en el análisis de este derecho se efectuará referencia precisa respecto a pensamientos pedagógicos, sociológicos, políticos o de cualquier otra índole ajena al tratamiento jurídico.

Ahora bien, para una mejor comprensión y conjunción jurídica de los temas a tratar, el apartado primero estará dedicado al análisis de la historia de la protección de la salud como un derecho social que ha evolucionado de una forma paulatina a través del tiempo y que se ha llegado a extender en cuanto a su alcance de protección, hacia una gran cantidad de personas y colectividades, comprendiendo de esta forma también dentro de su alcance de protección al conjunto de extranjeros inmigrantes que se encuentran en la actualidad dentro del territorio español. Seguidamente, se destacará el concepto de salud como un concepto omnicomprendivo que en la actualidad no solo comprende el derecho a la protección salud desde un punto de vista individual, sino también como un derecho público y que por tanto debe de ser protegido por el Estado a través de su actividad prestacional.

En el apartado tercero y cuarto expondremos el contenido del derecho a la protección de la salud y hemos considerado necesario tener en cuenta el margen jurídico social en el que se ha desarrollado el derecho a la protección de la salud en la Constitución Española de 1978, pues siendo este un derecho eminentemente social, se hace imprescindible conocer el Estado Social que lo ha desarrollado hasta su actual configuración como un principio rector de la política social y económica que la Constitución reconoce dentro de su Título I, el cual comprende los principales derechos y deberes fundamentales de la persona humana. Resaltando por otro lado las desventajas que trae como consecuencia su ubicación en lo referente a las garantías constitucionales que posee este derecho y que indefectiblemente no llegan a ser las mismas que las que se prescriben para los

derechos sociales fundamentales como resulta ser el caso del derecho fundamental a la educación.

En el apartado quinto y siguientes, nos proponemos determinar las verdaderas dimensiones que comprende el derecho a la protección de la salud y abordaremos el estudio del ámbito jurídico constitucional del derecho a la protección de la salud que prescribe el artículo 43 de la Constitución de 1978, así como también al estudio del principal marco normativo legal que regula el desarrollo de este derecho. Seguidamente nos proponemos dar a conocer de una forma general la actividad prestacional que realizan los poderes públicos en el ejercicio de la protección del derecho a la salud, para posteriormente estudiar la conexión que existe entre el Régimen Público de la Seguridad Social, que reconoce el artículo 41 de la CE con la materia de la sanidad que es prescrita por el artículo 43 de la CE.

El estudio de todo lo expuesto anteriormente nos permitirá abordar el marco normativo constitucional y legal que hoy en día se regula para la protección del derecho a la salud de los extranjeros inmigrantes en España. En este contexto tomaremos en cuenta una vez más la regulación efectuada por la Constitución en su artículo 13 como un artículo importante en vistas al reconocimiento de los derechos sociales que tienen los extranjeros inmigrantes, de este modo estableceremos la conexión que existe entre el derecho a la protección de la salud y el derecho a la extranjería tomando en cuenta para una mejor comprensión de mismo el pronunciamiento efectuado por el Tribunal Constitucional Español.

Seguiremos el estudio del presente tema con el análisis de la legislación nacional e internacional en el que se ha reconocido el derecho a la protección de la salud de los extranjeros inmigrantes. Destacaremos así la Ley General de Sanidad, la Ley General de Seguridad Social y la Ley Orgánica de Extranjería 8/2000, de 22 de diciembre. En el ámbito internacional estudiaremos los principales instrumentos internacionales y comunitarios que han reconocido directa o indirectamente el derecho a la protección de la salud de todas las personas, incluyéndose por lo tanto los extranjeros dentro de su ámbito de regulación y protección.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Resaltaremos en el apartado siguiente la importancia del derecho a la protección de la salud como un derecho inherente a la dignidad de la persona y que por ello también debe de serle reconocido a los extranjeros inmigrantes en su condición de personas porque son titulares de dicha dignidad, al igual que los nacionales. Seguidamente, abordaremos el estudio de determinados problemas culturales que se encuentran relacionados con la prestación de asistencia médica que se lleva a cabo en los servicios públicos sanitarios para finalmente resaltar en el último apartado, las principales garantías establecidas para proteger el derecho a la protección de la salud de los extranjeros inmigrantes en cuanto derecho social que se encuentra incluido dentro de los principios rectores que la Constitución Española contempla en el capítulo III de su Título primero

A lo largo de los cuatro capítulos perfectamente diferenciados, nuestro objetivo principal ha estado dirigido a distinguir la diferente tutela de que son objeto los derechos sociales de los extranjeros inmigrantes dentro del ordenamiento jurídico español. De esta forma, nos hemos basado estrictamente en el estudio de dos derechos sociales básicos cuales son el derecho a la educación y el derecho a la protección de la salud destacando la importancia que poseen dichos derechos sociales básicos como dos derechos que se encuentran interconectados con el valor supremo de la dignidad, y es en razón de dicho valor supremo que se resaltarán aún más la importancia de los derechos que poseen los extranjeros inmigrantes, esto en razón de que la dignidad que se reconoce en la Constitución Española de 1978, extiende su campo de comprensión a todas las personas, independientemente de la condición de nacional o de extranjero que pueda poseer el individuo. Respecto a la metodología, hemos de señalar que teniendo en cuenta la visión panorámica que ofrecemos en el presente trabajo hemos realizado un análisis expositivo, descriptivo y analítico-jurídico. Asimismo, hemos utilizado distintas fuentes normativas y bibliográficas tanto nacionales como internacionales, así como fuentes hemerográficas; ha sido indispensable, a su vez, recurrir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución Española.

Por último, deseo manifestar mi especial gratitud a la doctora ANGELA FIGUERUELO BUERRIEZA, mi maestra y directora de tesis cuyos valiosos consejos académicos me ayudaron a esclarecer muchos puntos que resultaron ser vitales para la configuración del presente trabajo, pero me siento aún más agradecida por las múltiples palabras de aliento y por la confianza que depositó en mi persona a lo largo de todo el proceso de investigación. Por otro lado también deseo expresar mi gratitud hacia la profesora María Isabel de los Mozos Touya, profesora en la Universidad de Valladolid, por su gran labor orientadora que contribuyó a esclarecer determinados temas para llegar finalmente a la concreción de la tesis. De igual modo expreso mi agradecimiento general al conjunto de profesores del área de Derecho Constitucional y del área de Filosofía del Derecho por la acogida al Departamento de Derecho Público y por las múltiples palabras de ánimo que me ayudaron a seguir adelante en la ardua labor que constituye elaborar un trabajo de tesis doctoral. Quiero también agradecer a la profesora María Esther Martínez Quinteiro, de la Facultad de Geografía e Historia por la gran oportunidad brindada durante el inicio de mi primera etapa doctoral en el Programa de Doctorado “Pasado y Presente de los Derechos Humanos”, puesto que haber cursado dicho doctorado supuso la base para mi futura etapa de Investigación en el Departamento de Derecho Público General de la Facultad de Derecho. Finalmente no puedo dejar de agradecer la múltiples expresiones de ayuda recibida por parte de los bibliotecarios de la Universidad de Salamanca quienes fueron testigos fieles de mis múltiples visitas culturales a lo largo del desarrollo de mi tesis. No quiero por otro lado dejar de reconocer también a mis compañeros y compañeras del Seminario de Derecho Constitucional, por las múltiples conversaciones sobre temas jurídicos que ayudaron a desarrollar mi tesis en un ambiente cálido y ameno; gracias por su compañía a los que ya se fueron y a los nuevos colegas que dejó en el Seminario. Mi gratitud muy especial y cariñosa a mis padres Oliva y Amelio por su gran amor y paciencia, por estar siempre conmigo a pesar de la distancia, a mis hermanas Lupe y Pilar, a mi pequeñas sobrinas por animarme con esa gran chispa que da la alegría de los niños, y demás familiares que siempre me apoyaron a seguir adelante. Finalmente agradecer toda la ayuda brindada por Stefan, mi compañero de camino en la vida, quien me brindó toda la ayuda moral y anímica en los momentos en que yo más lo necesitaba.

**CAPITULO I. EL CARÁCTER NEGATIVO DEL CONCEPTO DE  
EXTRANJERÍA**

Para entender la posición y el goce de los correspondientes derechos que ostentan los extranjeros inmigrantes en el actual ordenamiento jurídico español, se hace indispensable un estudio básico de las concepciones de extranjería e inmigración, así como también de aquellas instituciones como la ciudadanía y la nacionalidad que aunadas al concepto de extranjería nos facilitarán una mayor comprensión acerca del fenómeno migratorio.

**I.1) Nociones Básicas sobre los conceptos de Extranjería, Inmigración**

**I.1.1) Noción de Extranjería**

Resulta, un tanto difícil expresar con precisión que significa ser extranjero. No obstante, la condición de extranjero es definida tanto en los textos legales como en la doctrina jurídica con un cierto carácter negativo en relación con la nacionalidad. De esta manera se considera extranjero a quien carece o no ostenta la nacionalidad de un país determinado. En principio es una situación de naturaleza relativa ya que todos somos extranjeros respecto de otros países y tenemos una nacionalidad en relación con el nuestro; aunque esta disyuntiva no es absoluta desde el momento en que existen casos de doble nacionalidad y situaciones de apatridia.<sup>1</sup>

Dentro de esta concepción la extranjería se configuraría como una particular situación jurídica en la que se halla una persona en relación con un Estado de cuya nacionalidad carece. Exige en cierta medida que la persona del extranjero se relacione con un Estado distinto del suyo para que ello tenga relevancia jurídica en algún sentido determinado.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> FERRER PEÑA, Ramón, *Los derechos de los extranjeros en España*, Tecnos, Madrid 1989, p. 21.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p.21. Sin embargo, dicha concepción rebasa los alcances reales de la condición de extranjería.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

La extranjería no constituye un concepto jurídico unívoco<sup>3</sup> puesto que los límites que la configuran resultan ser diferentes en función de las situaciones en las que se encuentren los extranjeros y las circunstancias que puedan concurrir en ellos. De esta forma cabe tomar en cuenta que el ordenamiento jurídico español no contiene un único status de extranjería, sino que más bien establece una regulación distinta en función ya sea de la nacionalidad, los vínculos familiares, la procedencia o por las razones de entrada en el territorio español. Así, se puede observar una clasificación de extranjeros diversa, clasificándolos ya sea porque son nacionales de los estados miembros, porque sean familiares de estos o de españoles o porque sean nacionales de terceros estados, refugiados, desplazados, apátridas, solicitantes de asilo, nacionales con los que se han firmado acuerdos de asociación, de supresión de visados, de doble nacionalidad, de readmisión, entrada y permanencia en España por motivos turísticos, de estudios o laborales; contingente, trabajo de temporada u oferta nominativa de empleo; situación regular o irregular; por mayoría o minoría de edad, país de origen o procedencia.

Atendiendo a los orígenes etimológicos, la palabra extranjero proviene del latín *extraneus* (extraño) el cual hace referencia a aquella persona cuya nacionalidad es diferente a la del país en que se encuentra. Prácticamente todos los vocablos referentes a la extranjería contienen una carga negativa, para ello basta con analizar alguno de los términos para la designación de la condición de extranjero. La palabra Forastero, mantiene su raíz latina en “foras” (puerta), siendo por lo tanto el forastero el que está a las puertas de la ciudad, una ciudad que se concibe naturalmente amurallada y donde la idea de puerta entraña esa capacidad de distanciamiento. La etimología negativa resulta, incluso, de la misma palabra extranjero nuevo compuesto semántico que remite a lo que no es de mi “*gens*”, extra genus, lo opuesto a “*ingenuus*”, justamente el término latino para la designación del hombre libre.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> PEREZ MARTÍN, Elena, “La Constitución Europea y los extranjeros nacionales”, *Comentarios a la Constitución Europea II*, ALAVAREZ CONDE, Enrique y Otros (Directores), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p.45.

<sup>4</sup> OLIVAN, Fernando; “Nacionalismo y Extranjería. La labilidad del extranjero como condición de nación”, *Revista Anales de Historia Contemporánea - Monográfico sobre Inmigración Actual en España y Ley de Extranjería*, Nº18; Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia., Departamento de Historia Moderna Contemporánea y de América, Murcia., 2002, p.23.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

En la Grecia clásica al no haber existido en ella unidad nacional y habiendo sido diferentes las costumbres y las leyes de las distintas Repúblicas se hace preciso estudiar las características de Esparta y Atenas. Respecto al pueblo espartano, se conoce, que estuvo prohibida la entrada de los extranjeros a la ciudad, todo ello por temor de que corrompieran sus severas costumbres y de que se alterase la unidad política y religiosa. La población de Esparta estaba clasificada en iguales, periecos e ilotas. Los iguales no eran extranjeros, sino más bien eran los verdaderos espartanos. Eran extranjeros los periecos, los cuales eran admitidos a residir en territorio espartano, sin derechos civiles. Los ilotas, eran aquellos sometidos a la esclavitud, constituían los extranjeros vencidos, y fueron víctimas de toda clase de vejámenes, incluyendo el uso de sus cuerpos.<sup>5</sup> En lo que respecta a Atenas representa una tendencia antagónica a la espartana en lo que atañe a los extranjeros siendo ella pues, republicana y democrática, estaba más abierta para los extranjeros a los que se les llamaba “metecos” y para los cuales el Estado tenía un barrio especial para su hospedaje<sup>6</sup>.

La evolución histórica de la condición jurídica del extranjero en Roma, fue variable. En un principio el extranjero se encontró con una amplia acogida, porque era aceptado siempre a condición de que se romanizara. Posteriormente con la vigencia de la Ley de las XII Tablas el extranjero fue considerado un enemigo. Esta situación negativa hacia los extranjeros sufrió con el tiempo de una variación favorable, atemperándose el rigorismo inicial a través de la institución de la hospitalidad, mediante convenios particulares se fue mejorando paulatinamente la condición jurídica de los extranjeros. La generosidad del pueblo por una parte y por otra, la interpretación de la ley, redujeron la severidad de las XII Tablas.<sup>7</sup> Resultó conocida la aplicación del *jus civile* en Roma, ya que ésta solo podía regir y dotar de privilegios al ciudadano romano, quedando excluidos de este ordenamiento los extranjeros que no poseían dicha calidad, los cuales se vieron regidos por el Derecho de sus propias provincias.

---

<sup>5</sup> DE ORUÉ Y ARREGUI, José Ramón, *Manual de derecho internacional privado*, 3ra edición, Editorial REUS, Madrid, 1952, p. 231.

<sup>6</sup> ESTEVA RUIZ, Roberto, *Apuntes mimeográficos de la cátedra de derecho internacional privado*, Facultad de derecho de la UNAM, México DF, 1995, p.108.

<sup>7</sup> ALGARA, José, *Lecciones de derecho internacional privado*, Imprenta de Ignacio Escalante, México DF, I, 1989, p.43.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

A la caída del imperio Romano sucede la invasión de los bárbaros, que influye en la vida del derecho, aportando el principio de asociación, con lo cual para que un extranjero pudiera gozar de ciertos derechos, era necesario ser “patrocinado” por un hombre “asociado” que garantizase sus actividades<sup>8</sup>.

La posición de inferioridad del extranjero en la época feudal se destaca por los diversos autores a través del “albanagio” o “derecho de aubana”, que era una limitación discriminatoria impuesta a los extranjeros que se traducía en una prerrogativa de los señores feudales para apropiarse de los bienes de los extranjeros fallecidos en sus dominios<sup>9</sup>.

En la India, la condición del extranjero fue regulado por el Código de Manú, el cual “consideraba al extranjero como un paria, un inexistente, puesto que su vida real no tenía equivalencia en la ley. El pueblo hebreo por el contrario, obediente a los preceptos de la Biblia, trató bien al extranjero, al igual que los fenicios que también lo hicieron por razones mercantiles. El cristianismo que declaraba a todos los hombres hermanos contribuyó poderosamente a humanizar las prácticas internacionales en este respecto,<sup>10</sup> todo ello debido al carácter doctrinal universalista que no distinguía y no distingue aún entre las distintas nacionalidades. En la edad moderna no progresó gran cosa, la condición de extranjero, hasta la promulgación de la Constitución Francesa de 1791 en el que se proclamó la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros.

En el caso específico de España ya desde el Fuero Juzgo nos encontramos con disposiciones relativamente benignas. Se habla del deber del Estado de extender la protección jurídica al extranjero siendo juzgados sus pleitos por un juez de su país. Los preceptos del Fuero Real afirman con el mismo criterio expansivo una amplia tolerancia para moros y judíos reconociéndoles así el derecho de regirse por sus propias leyes, y prohibiendo la coacción para los que adoptasen el credo cristiano. Otra legislación española de tendencia unificadora lo

---

<sup>8</sup> DE CASSO Y ROMERO, Ignacio (Director) “Voz: extranjero”, *Diccionario de derecho privado Tomo I, Labor, Barcelona.*, p. 1909.

<sup>9</sup> DE FIORE Pascual, *Derecho internacional privado*, en ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho internacional privado.*, 8va edición, Porrúa, México, 1986., p. 340.

<sup>10</sup> Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana Espasa Calpe “Voz: extranjero”, Tomo XXII, Espasa Calpe, Madrid, 1998, p. 1564.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

constituye el memorable Código de las Siete Partidas, en este código se encontraron numerosos preceptos sobre la condición jurídica de los extranjeros, alguno de los cuales responden a la moderna orientación existente sobre ésta cuestión. Por lo que respecta a los moros y judíos, hace gala el Código de un gran espíritu de tolerancia pues reconoce la legitimidad de sus religiones, respetándolas en el ejercicio de su profesión<sup>11</sup>.

Ya con el descubrimiento de América, se produce un recelo español, manifestado en una práctica aislacionista, prohibiéndose en ese entonces a los extranjeros todo tipo de comercio en las Indias.

Ahora bien, volviendo al campo internacional nos encontramos con que desde principios del presente siglo se han gestado movimientos favorables a los extranjeros, los cuales se vieron interrumpidos durante la Primera Guerra Mundial. Sin embargo, a la terminación de este enfrentamiento resurgieron con más fuerza. Entre estos movimientos cabe destacar la Conferencia Internacional Sobre la Condición de Extranjeros celebrada en París en 1929 y la Convención Panamericana de la Habana en 1928.

Más adelante y como punto culminante en el reconocimiento de los derechos de los extranjeros se da la Declaración Universal de los Derechos del Hombre del año 1948. A esta declaración siguieron otras que por su importancia cabe mencionar: La Convención Europea sobre la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, La Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1963 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención de San José de Costa Rica de 1969) con su protocolo adicional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988.

---

<sup>11</sup>MASCAREÑAS, Carlos E. (Director), "Voz: extranjero", *Nueva enciclopedia jurídica*, Tomo IX, Francisco Seix, Barcelona, 1975; p.406.

**I.1.2) Concepto de Inmigración**

Es en este proceso de entrada y salida de un país a otro donde se configura la figura de la migración e inmigración. Así pues en general se puede definir como migrante a aquella persona que se traslada momentáneamente o definitivamente de un lugar a otro, en el mismo país en que vive o en otro país. Sin embargo, el término migrante tiene dos acepciones, el de emigrante que es el que se va para instalarse en un lugar o país y el de inmigrante que es el que llega al lugar o país de acogida, pudiendo o no, establecer en él.

A lo largo de la historia, los movimientos de población han sido continuos. En un principio, las sociedades depredadoras se vieron en la necesidad de movilizarse por el terreno tras la caza y los frutos silvestres pero, un dominio técnico y organizacional del medio, hizo posible que el hombre transformara el mecanismo de la traslación por motivos de supervivencia, en mecanismos de dominio<sup>12</sup>. Por tal motivo, los hombres se han visto históricamente en la necesidad de desplazarse de un lugar a otro con el deseo o la necesidad de encontrar nuevos lugares en los que puedan encontrar unas mejores condiciones de vida.

Las migraciones son tan antiguas como la humanidad, y no existe hoy Estado ni nación que no sea producto de movimientos migratorios<sup>13</sup>. En los últimos cien años se han producido migraciones muy intensas, que tienen su origen en trascendentales acontecimientos socio-económicos y políticos, tales como la industrialización, las grandes guerras, hambres endémicas y despotismos post coloniales; y se mantienen por unas estructuras políticas y económicas internacionales tan desequilibradas que fuerzan los desplazamientos de población<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> ARNAL SARASA, María., “Inmigrantes claves para el futuro Inmediato”, *Cuaderno Étnicas*, Publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, 2000., p. 69.

<sup>13</sup> URBES GARCÍA, Jesús, “Inmigración en la Unión Europea”, *Revista Acciones e investigaciones sociales*, N° 4, Escuela universitaria de estudios sociales, Universidad de Zaragoza, abril, Zaragoza, 1996, p. 159.

<sup>14</sup> *Ibidem*; p. 160.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Entre las causas que actualmente generan los variados movimientos migratorios tenemos: la miseria, la desocupación, las guerras locales, la violencia, la falta de respeto de los derechos humanos, las enfermedades, la presión demográfica derivada del aumento mucho mayor de población que se produce en los países pobres en comparación con los ricos, la persecución, las necesidades de migrar por motivos familiares, religiosos, sanitarios, etc. De esta manera, se entra así en otro país buscando oportunidades de mejorar la propia situación, por expectativas de medidas legislativas favorables y de una protección más segura.

En definitiva, la causa principal es el mismo rasgo que explica el carácter único del hombre en muchos sentidos: su modo de adaptación socio-cultural. A medida que la cultura avanzaba y se diversificaba, se desarrollaba un estímulo profundo y distintamente humano para las migraciones, es decir la desigualdad tecnológica entre un grupo territorial y otro. Al mismo tiempo, la posibilidad de emigrar aumentaba merced a la capacidad humana de ajustarse culturalmente a un nuevo ambiente sin un lento proceso de evolución orgánica<sup>15</sup>.

Antes de la Revolución Francesa los extranjeros no tenían ningún derecho reconocido. Cuando el liberalismo penetró en todos los órdenes de la vida política y social los tratadistas del derecho internacional partieron del principio del derecho natural que tiene el hombre para escoger el medio de vida que mejor le plazca. Por lo tanto, entendían que no había que poner obstáculos a la emigración y a la inmigración.

Es indudable, no obstante, que aquel período coincidió con el de iniciación del desarrollo económico de los países nuevos, en los cuales todo estaba por hacer y había grandes posibilidades de trabajo. Por tanto, los países de ultramar solo recibían ventajas de la inmigración. Actualmente sin que dichos países hayan llegado a una saturación completa en cuanto población y a explotación de sus riquezas, por hallarse ante el problema de que la producción es mayor que el

---

<sup>15</sup> *Ibidem* p. 159.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

consumo, se han visto precisados a restringir la entrada de extranjeros ante la conveniencia de asegurar a los habitantes un nivel de vida aceptable. De tal modo que, la inmigración se encuentra actualmente en un período intermedio, en el que ni se prohíbe ni se deja libre, sino que se reglamenta y se condiciona<sup>16</sup>.

España no es ajena al fenómeno migratorio; la península ibérica sufrió expansiones y expulsiones sangrientas durante las edades Antigua, Media y Moderna. Podemos recordar el paso de los griegos, fenicios y cartaginenses; la llegada de los romanos, los godos y los musulmanes, la expansión americana o las expulsiones de judíos y moriscos.<sup>17</sup> Ya con la edad contemporánea los movimientos migratorios adquirieron una nueva dimensión resultando ser la Revolución Industrial un factor decisivo en su evolución.

Cabe anotar que la explosión demográfica no se dio en forma paralela en todos los continentes. Llegando a surgir por vez primera en Europa como consecuencia de la Revolución Industrial y es precisamente allí donde empezaron a emigrar más de 50 millones de europeos a ultramar. Cuando la crisis económica del siglo XX azotó a los países receptores de emigrantes europeos los gobiernos de estos países endurecieron las barreras para frenar la entrada de los inmigrantes europeos. Simultáneamente, Europa alcanzó un estadio muy avanzado de industrialización, consiguió unos niveles muy elevados de bienestar en las décadas de 1950 y 1960 y se dio un equilibrio demográfico nuevo con índices muy bajos de mortalidad y natalidad, mientras que la explosión demográfica se había extendido por Latinoamérica, Asia y África<sup>18</sup>.

La principal consecuencia de todos estos sucesos fue sin duda la variación de la corriente migratoria en Europa, llegándose a convertir dicho continente en

---

<sup>16</sup> Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana-Espasa Calpe "Voz: inmigración", *op.cit.*, p. 369.

<sup>17</sup> SANTACREU SOLER, José Miguel, "España de la emigración a la inmigración: cambio de mentalidad y proyecto social", *Revista Anales de Historia Contemporánea*, N°18, *op.cit.*, p. 36.

<sup>18</sup> CIPOLLA, Carlo, "Historia económica de la población mundial", *Anales de Historia Contemporánea*, N°18, *op.cit.*, p.37.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

un receptor de inmigrantes. En España durante las primeras décadas del siglo XX, coincidentes con la época de la guerra Civil, se mantuvo un alto flujo de emigrantes fundamentalmente hacia América. La crisis económica del año 1929 y la Segunda Guerra Mundial frenaron este movimiento y a partir de los años cincuenta vuelve a incrementarse en España los flujos de emigración variando radicalmente su destino de América hacia Europa.

Pero un flujo contrario de población se ha desarrollado en los últimos tiempos y, a diferencia de lo que ocurría hace años atrás, en la actualidad a nadie sorprende la afirmación de que España se ha convertido en un país de inmigración, uno de los países en el que muchos inmigrantes tienen como destino, aunque en “términos absolutos España es todavía más un país de emigrantes que de inmigrantes”<sup>19</sup>. El período de 1975 fue caracterizado mundialmente por la crisis del modelo económico y social de posguerra y la posterior globalización bajo la hegemonía de políticas liberales la cual comenzó en España en condiciones especiales.

El final del régimen franquista dio paso a la institucionalización de un régimen democrático que permitió una mayor participación de la población en la vida social y política. Este proceso se vio inicialmente acompañado por una transferencia de rentas hacia los sectores de menos ingresos de la sociedad mediante un refuerzo de los servicios públicos y de las prestaciones sociales. Sin embargo, el ciclo recesivo acabó afectando a la economía española produciéndose sucesivas altas y bajas cifras macroeconómicas las cuales tuvieron como trasfondo importantes procesos de cambio social que han generado un nuevo tipo de sociedad diferenciado de la década pasada<sup>20</sup>. Cambios importantes se dieron, tales como el descenso de la natalidad, así como la disminución de las migraciones interiores masivas, y produjeron el fin del ciclo de emigración masiva al exterior

---

<sup>19</sup> AJA Eliseo y Otros, “La inmigración extranjera en España- Los retos educativos”, *Colección Estudios Sociales*, Nº 1, Fundación la Caixa, Barcelona 2000, p. 14 .

<sup>20</sup> ACTIS, Walter, y Otros, “Inmigración, escuela y mercado de trabajo –Una radiografía actualizada”, *Colección estudios sociales*, Nº11, Fundación La Caixa, Barcelona 2002, p. 11.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

y originaron la universalización de la asistencia sanitaria pública y la extensión de la edad de enseñanza obligatoria.

Se han registrado así tres períodos importantes de inmigración extranjera hacia España: el primero es en la década de los sesenta, durante el quinquenio de 1962-1967; esta etapa coincide con el éxodo de españoles hacia Europa, durante el período del desarrollismo, cuando los gobiernos franquistas abandonaron el modelo económico autárquico de postguerra por otro de crecimiento dependiente. Dicha época se caracterizó por las migraciones campo-ciudad, la migración hacia Europa. Los extranjeros que entonces llegaron a España tenían distintos orígenes y destinos. En cambio en los últimos años se incrementó la llegada de ciudadanos del Norte, es decir europeos jubilados que venían atraídos por la incipiente oferta de servicios turísticos, las ventajas climáticas y las diferencias favorables de rentas entre sus países de origen y España<sup>21</sup>.

El contexto socio-económico español de los años ochenta y noventa difiere en elementos esenciales del que caracterizó a los países europeos del norte de Europa pues fue durante el período de 1950-1975, durante el que recibieron la mayor parte de sus inmigrantes<sup>22</sup>.

A partir de los años ochenta, período en el que se empieza a hablar de España como país de inmigración, los extranjeros también se encuentran en un contexto diferente al que vivieron los inmigrantes en la Europa próspera tras la posguerra. Aquella fue una situación que demandaba masivamente mano de obra para la industria y los servicios en una “fase de pleno empleo” y auge de las organizaciones obreras. En cambio el modelo social contemporáneo destaca por una creciente polarización social y la precarización de un importante sector de la población. Así el empleo crecía en sectores caracterizados por la informalidad y la temporalidad. Por otra parte, el ingreso español en la Unión Europea y la perspectiva de la libre circulación de ciudadanos comunitarios facilitó la llegada

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 15 y 16.

<sup>22</sup> AJA, Eliseo y Otros, “La inmigración extranjera...”, *op.cit.*, p. 19.

de residentes de esa procedencia, a la vez que se implantaban restricciones para la llegada de personas de procedencia no comunitaria.

La caracterización de España como país de inmigración comenzó a extenderse en la segunda mitad de los años ochenta. Aunque esta denominación reconocía una realidad en ciernes no daba cuenta de la situación en su conjunto, pues tendía a ocultar dos fenómenos muy importantes: primero la magnitud de la población española emigrada a otros países que seguía siendo bastante más numerosa que la del conjunto de extranjeros en España y la presencia destacada entre los residentes extranjeros de personas procedentes de países del primer mundo<sup>23</sup>. Hablar de la tercera etapa de la inmigración extranjera es hablar de una etapa actual la cual tuvo su inicio en el año de 1996, registrando hasta la actualidad la mayor tasa de presencia inmigrante, en España la cual crece anualmente.

## **I.2) Clasificación de los Inmigrantes**

En la actualidad existen varias categorías de inmigrantes, pero a los efectos del presente estudio se hace indispensable la siguiente clasificación:

### **I.2.1) El Inmigrante Legal**

El inmigrante legal es aquel extranjero inmigrante que residiendo en España presenta la documentación necesaria para residir, trabajar o estudiar en él. Por tal motivo, al disfrutar de la referida documentación tienen derecho a ciertas prestaciones sociales que las leyes contemplan.

El conjunto de extranjeros que vivían en España el año 2000 rondaba con toda seguridad el millón cien mil personas. A esta cantidad poblacional se añadió un porcentaje de población inmigrante no comunitaria (descontando un buen número

---

<sup>23</sup> ACTIS, Walter y Otros, “Inmigración, escuela ...”.*op.cit.*, pp. 16 y ss.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

de jubilados europeos que residen aquí durante todo el año o una parte de él sin pedir la documentación pertinente) que están viviendo en España sin tener los papeles en regla<sup>24</sup>.

### **I.2.2) El Inmigrante Ilegal**

Se refiere a aquel extranjero inmigrante que se encuentra en España sin los permisos exigidos por las leyes del país. Son aquellos inmigrantes que optan por permanecer fuera de la ley. Estos inmigrantes se diferencian de los indocumentados porque estos últimos pese a haber intentado regularizar su situación no han conseguido la documentación pertinente.

Estos ciudadanos están al margen de las normas de extranjería, y están sujetos a la expulsión del país, si son descubiertos. Este riesgo les coloca en una posición de clandestinidad frente a las fuerzas del orden público, lo cual no quiere siempre decir que no disfrute de un grado más o menos avanzado de integración familiar, social y laboral en su entorno. Junto a las historias dramáticas de los jóvenes provenientes de países menos desarrollados que cruzan las fronteras europeas y americanas arriesgando su vida, o de la trata de mujeres a través de redes mafiosas, encontramos evidencia de familias enteras que se acogen a las amnistías ofrecidas por las autoridades tras llevar períodos relativamente largos y tranquilos en el país.

Los extranjeros pueden llegar a esta situación de clandestinidad por vías diversas. Está en situación ilegal el que cuenta con un permiso de trabajo temporal para un sector o región distinto del que realmente les acoge; el turista y el residente temporal que se quedan cuando su visado o su permiso de residencia han expirado; el estudiante cuya presencia es legal pero trabaja sin permiso; en algunos países, el solicitante de asilo que trabaja mientras se examina su caso, y el

---

<sup>24</sup> IZQUIERDO ESCRIBANO, Antonio., “La inmigración reto europeo del siglo XXI”, *Hacia una Europa multicultural- El reto de las migraciones*, Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca., Kadmos, Salamanca, 2002, p. 23 y 24.

que permanece en el país después de habersele denegado el asilo. Todos son casos de irregularidad, de violación de las normas del país en alguno de sus aspectos<sup>25</sup>.

En medio de las dos categorías ya nombradas de inmigrantes podemos distinguir la presencia de aquellos inmigrantes, que aún no teniendo solventada su situación legal de estancia en España, presentan documentos que le acreditan e identifican dentro de la nación, estos extranjeros son denominados como irregulares.

### **I.3) La Nacionalidad**

#### **I.3.1) Noción, Orígenes y Naturaleza Jurídica de la Nacionalidad**

La noción de nacionalidad posee según José María Espinar Vicente<sup>26</sup> un contenido conceptual polivalente el cual es susceptible de expresar diversas acepciones. Tal es así que en el sistema jurídico español se utilizan cuatro acepciones.

La primera de carácter sociológico, hace referencia a una colectividad de personas que se individualizan como un grupo homogéneo en razón de un origen común, una misma lengua y una tradición compartida. Dicha idea está fundada en criterios predominantemente personales, que deben usarse para aludir a los caracteres peculiares de cada pueblo.

La segunda acepción supone la expresión jurídica de este hecho a nivel de organización política. Define a la nacionalidad como el vínculo que une a cada individuo con un determinado Estado, convirtiéndole en parte integrante de uno de sus elementos constitutivos: la población. En base a dicha concepción, la nacionalidad constituye el instrumento operativo básico para garantizar la protección de los derechos y libertades de la persona, esto es tanto en el plano interno como en el internacional, y expresa, además, la vinculación primaria entre el individuo que la

---

<sup>25</sup> PEREZ DIAZ, Víctor y Otros, "España ante la inmigración", *Colección estudio sociales*, La Caixa, Barcelona, 2001, pp.71 y ss.

<sup>26</sup> ESPINAR VICENTE, José María., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Civitas, Madrid, 1994. p.33-34.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

ostenta y el conjunto de derechos y deberes de carácter político que el Estado asigna a quienes considera nacionales.

La tercera es la dimensión jurídicamente operativa a nivel de derecho privado. Es decir que junto a la consideración de la nacionalidad como un hecho social y como un estado político, algunos sistemas le atribuyen un carácter de estado civil.

Por otro lado, MIAJA DE LA MUELA define la nacionalidad como el vínculo entre una persona y una organización política, productor de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos recíprocos.<sup>27</sup>

La naturaleza jurídica de la nacionalidad ha sido concebida a lo largo de la historia de muy diversas maneras. Tal es así, que durante la época feudal se configuró la nacionalidad como una relación personal bilateral entre el señor y el vasallo, o unilateral de individuo a territorio de la villa. La concepción romanista concibe también la nacionalidad como la relación de fidelidad hacia un superior.

Así mismo, durante el Antiguo Régimen, se efectuó una división respecto al estado de las personas diferenciándolos entre “reínícolos y aubains,”.<sup>28</sup> Así mismo, en dicha etapa se observó una distinción jurídica entre nacionales y extranjeros, ello en razón del interés económico de la imposición especial a los extranjeros y del derecho en algunos Estados de heredar del extranjero.<sup>29</sup> En el derecho español la nacionalidad se caracterizó por su carácter marcadamente personalista; ello se apreció de la configuración que efectuó La Ley de las Siete Partidas cuyo contenido se basó en la práctica de la lealtad y fidelidad.

Es durante el siglo XIX cuando la doctrina contractualista del Estado, da lugar a la concepción de la nacionalidad como pacto o contrato social entre el individuo

---

<sup>27</sup> MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, 7<sup>o</sup>.ed , Madrid, 1977, T.II, parte especial, p. 7.

<sup>28</sup> FERRÉ, François; “Réflexions sur la notion de nationalité”, *Revue Critique de Droit International Privé*, N° 2, 1975, p.200.

<sup>29</sup> VANEL, Marquerite, *Histoire de la nationalité française d'origine*, Faculté de droit et des sciences politique, Paris, 1977, pp.88 y ss.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

y el Estado. Dicha concepción fue difundida por el jurista WEISS<sup>30</sup> para quien el vínculo de la nacionalidad resulta de un contrato sinalagmático entre el individuo y el estado.

Sin embargo, el concepto moderno de nacionalidad surge como una de las consecuencias de la Revolución Francesa y es ahí de donde proviene la idea del vínculo directo entre el nacional y la nación y puede ser definida como señaló BATIFFOL, como la pertenencia de una persona a la población constitutiva de un Estado<sup>31</sup>. Dicha concepción es difícilmente compatible con el hecho de que la atribución de la nacionalidad en virtud del origen opera con independencia de la voluntad del interesado. Así pues, la nacionalidad desborda el marco del contrato de derecho privado por cuanto interesa directamente al Estado por ser determinante de la población que la constituye. La nacionalidad se concibe pues como un vínculo jurídico con el Estado, no con la persona física que asume la jefatura. Así, es el Estado quien regula unilateralmente pero no de forma contractual las condiciones de adquisición y pérdida de la nacionalidad. De esta forma se establece una separación entre todos los Estados modernos respecto a los nacionales y extranjeros que más o menos permanentemente se hallan en el territorio de un Estado pero sin llegar a integrar su población.<sup>32</sup>

KELSEN discute esta separación calificándola como innecesaria pues considera que es posible que un ordenamiento jurídico la desconozca y no determine, en consecuencia, situaciones jurídicas distintas entre nacionales y extranjeros. KELSEN cree que la nacionalidad consiste en discriminar entre los habitantes del territorio, sometidos a la autoridad del Estado, los que deben participar en la formación de la voluntad estatal, poseer derechos políticos, tener el derecho de habitar en el territorio y a la protección por los agentes diplomáticos

---

<sup>30</sup> WEISS, André, *Traité théorique et pratique de Droit international privé*, Librairie de la Société du Recueil, Paris, 1907, T I, p.8 y 9

<sup>31</sup> GARRIDO FALLA, Francisco, "Artículo 11", *Comentario a la Constitución Española*, Editorial Civitas, 1985, p.196.

<sup>32</sup> MASCAREÑAS, Carlos (director), "Voz nacionalidad", *Nueva enciclopedia jurídica*, Tomo XVI, op.cit, p.806.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

del estado en el exterior y asimismo el deber de prestar el servicio militar.<sup>33</sup> Todo ello deriva de su concepción de la nacionalidad como el conjunto de derechos y obligaciones de unos individuos considerados por el orden jurídico estatal como nacionales. Discrepando con dicha concepción MAURY sostiene que la nacionalidad es algo más, pues consiste en una cualidad de ciertas personas, de la que derivan precisamente aquellas obligaciones y derechos subjetivos. MAURY considera al Estado como una agrupación de hombres, de la que no se excluye totalmente al extranjero, pero por razones extrínsecas a su personalidad, como lo son el domicilio o la estancia. Considera que el nacional es miembro del Estado pero con un grado más elevado, refiere que su integración es de pleno derecho y que no se encuentra subordinado a ninguna condición territorial; así mismo concluye que los derechos y deberes que posee, son el resultado de una aptitud intrínseca de su personalidad<sup>34</sup>.

La doctrina española ha discutido abiertamente sobre la naturaleza jurídica de la nacionalidad española. Se habla así de una doble naturaleza de la nacionalidad, una de dimensión pública y otra de dimensión privada.

La dimensión pública de la nacionalidad nos hace referencia al título jurídico que surge debido a la especial vinculación que existe entre un Estado y los miembros de su población por medio del cual se puede determinar la pertenencia de dichos individuos al referido Estado.

La dimensión privada de la nacionalidad expresa la atribución de una determinada cualidad o status jurídico a las personas, mediante el cual se establece un determinado estatuto civil por el que se determina una serie de derechos y obligaciones con respecto a dicho Estado. Es decir se trata como expresa DE CASTRO, de un “estado civil básico” pues atribuye una plenitud de

---

<sup>33</sup> KELSEN, Hans, “La naissance de l’État et la formation de la nationalité”, *Revue de Droit international*, 1929, pp. 635 a 637.

<sup>34</sup> MASCAREÑAS, Carlos (director), “Voz: Nacionalidad, op. cit. p.806.

derechos civiles a quien la ostenta y por lo tanto, determina los demás estados de la persona en un ordenamiento jurídico concreto.

Sin embargo, concluye DE CASTRO que la “nacionalidad no es materia del derecho político, del derecho internacional o del derecho civil, sino que importa a cada uno de ellos aunque en distintos aspectos y con diferente alcance. Su estudio en el derecho civil se justifica tanto porque se trata de un estado civil como porque se ha regulado con técnica civilista”<sup>35</sup>.

Ampliando dicha concepción, la nacionalidad es considerada por RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, como un concepto de derecho interno, justificando su privatización como consecuencia de su efecto en el ámbito civil e internacional y sólo en este sentido es un problema de Derecho Internacional Privado. La nacionalidad según este autor es un instituto de Derecho Público interno el cual se ve proyectado a la esfera privada internacional y no así al contrario.

### **I.3.2) La Nacionalidad y la Constitución Española de 1978**

La Constitución Española de 1978 no define exactamente en qué consiste la nacionalidad. De la redacción del artículo 11.1 de la CE, incluido en el título I; “De los derechos y deberes fundamentales” se desprende que “La nacionalidad se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley”. El Estado es quien según el artículo 149. 1 .2º tiene la competencia exclusiva sobre ella, sin embargo no la regula directamente sino que más bien la remite al legislador estatal para que aquel realice la competencia respectiva para regularla, estableciéndole únicamente unos límites expresos con relación a la privación de la nacionalidad y la posesión de una doble nacionalidad. La regulación establecida por la ley, se ubica fundamentalmente en los artículos 17 a 28 del CC.

---

<sup>35</sup> DE CASTRO, Federico y Otro, *Derecho Civil de España*, II, Civitas, Madrid, 1952, p. 45.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

La Constitución española de 1978 asume el criterio de que la nacionalidad española se encuentra ligada a la adquisición de una cierta identidad cultural común por parte de los integrantes de la Nación española, la cual no obstante se ve matizada por su vinculación a la ciudadanía y al principio democrático. Efectivamente, de un lado la CE, asume en su artículo 11.2 la existencia de españoles de origen y de españoles que no lo son, es decir se refiere a los naturalizados. De otro lado el artículo 11.3 permite la adquisición de la doble nacionalidad en atención a la herencia cultural común que existe con los países iberoamericanos o con aquellos otros que hayan tenido una particular vinculación con España<sup>36</sup>

La función de la nacionalidad se ha desvinculado actualmente de la función configuradora del sujeto de la soberanía y ello en razón del predominio del constitucionalismo conservador que atribuye la soberanía de forma compartida al Rey y a las Cortes. Según ALAEZ CORRAL<sup>37</sup> su función se va orientando socio-económicamente a constituirse en un instrumento del control de los flujos migratorios así como también del tamaño y la calidad de la población que había de componer la nación española.

Expuesto lo anterior, podemos seguir la clasificación que efectúa RODRÍGUEZ –DRINCOURT quien manifiesta que el artículo 11 de la CE contiene una cláusula general y dos cláusulas limitativas:

- a) Una cláusula general que está referida a la remisión que se efectúa a la ley, respecto a la regulación de la adquisición, conservación y pérdida de la nacionalidad
- b) La segunda cláusula se compone por aquello que prescribe el artículo 11.2 de la CE, el cual como ya vimos anteriormente declara que ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad. Esta cláusula se

---

<sup>36</sup> ALAEZ CORRAL, Benito; *Nacionalidad, Ciudadanía y democracia ¿a quién pertenece la constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p.108.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p.62.

constituye así a diferencia de la anterior en una regla limitativa para el legislador.

- c) La tercera cláusula alude a los casos en los que procede la doble nacionalidad, aunque solo se halle limitada a los Estados que se encuentren en particular vinculación con España, como viene a ser el caso de los países latinoamericanos<sup>38</sup>.

### **I.3.3) La Nacionalidad como derecho Fundamental**

Como ya se ha señalado la regulación de la nacionalidad es competencia exclusiva del Estado; sin embargo en dicha regulación no puede dejar de tomarse en consideración la normativa internacional correspondiente puesto que el artículo 11 de la CE debe ser interpretado de acuerdo a la normativa internacional suscrita por España, tal como lo prescribe el artículo 10.2 de la CE el cual expresa que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.. Efectivamente esto se desprende del sentido estricto de que la nacionalidad no es un derecho fundamental sino un presupuesto para el disfrute pleno de las garantías y libertades que consagra el capítulo segundo del Título primero de la CE.

La regulación de la nacionalidad se ve desbordada hoy en día del texto constitucional español, como consecuencia de los diversos movimientos poblacionales que han acaecido en los últimos tiempos, así como también a causa del desarrollo de los nuevos medios de transportes, del incremento de las relaciones entre nacionales de diversos países ya sean éstos por causas de matrimonio mixtos o por los que surgieron como consecuencia del turismo. Aunados a esta diversidad de situaciones, se agregan otros factores como la emigración masiva, el derecho de los

---

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ DRINCOURT ÁLVAREZ, Juan; “La nacionalidad como vía de integración de los inmigrantes extranjeros”; *Revista de Estudios Políticos y Constitucionales*, N° 103, enero-marzo, 1999, p.75.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

estados a expulsar a sus nacionales y el gran número de desnacionalizaciones que siguieron a la primera guerra mundial, los cuales pusieron de manifiesto el gran problema de la apatridia y de la ingente necesidad de la protección del derecho de la nacionalidad. Es aquí donde la nacionalidad se constituye en un problema internacional y es en esta situación cuando el derecho internacional la intenta proteger considerándola para dichos efectos como un derecho fundamental.

Esta consideración de la nacionalidad como un derecho fundamental tiene como antecedente más inmediato el artículo 19 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre la cual expone que “toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier país que esté dispuesto a otorgársela”. Otra consagración internacional del derecho a la nacionalidad la encontramos en el apartado primero del artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos el cual expresa que: “toda persona tiene derecho a una nacionalidad” reafirmando en su apartado segundo que “a nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad, ni del derecho a cambiar de nacionalidad”. Siguiendo la misma tónica aunque con diferente alcance y significación, también encontramos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos un reconocimiento expreso acerca de la nacionalidad como derecho fundamental y así lo expresa el apartado tercero del artículo 24 cuando refiere que “todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”. Este último reconocimiento ha sido discutido en la doctrina acerca de si verdaderamente constituye un derecho fundamental, puesto que solo se hace la referencia al derecho de “todo niño a adquirir la nacionalidad y no al de “toda persona” como lo efectúa la Declaración Universal. A este respecto MIAJA DE LA MUELA expresa que “la disposición encierra un sentido más amplio; el de que todo ser humano, desde su nacimiento, tiene derecho a una nacionalidad, por tratarse de algo fundamental para el desenvolvimiento de su vida familiar y personal”.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *Derecho Internacional Privado*, II, 10ª, Atlas, Madrid, p.23.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

También encontramos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos un reconocimiento general del derecho a la nacionalidad, con la única diferencia de que dicha convención se ha constituido en el único instrumento internacional jurídicamente vinculante. De esta forma, el artículo 20 de dicha declaración expresa a través de sus tres apartados que:

1. “Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.
3. A nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla”.

En el ámbito europeo nos encontramos con que el Convenio de Roma de 1950 no ha contemplado la regulación sobre el derecho a la nacionalidad, tampoco encontramos una regulación precisa sobre ella en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales<sup>40</sup>.

Sin embargo, dicha omisión ha sido corregida a través del Convenio Europeo sobre Nacionalidad, preparada por el Comité de expertos sobre nacionalidad del Consejo de Europa y que luego fue finalmente adoptada por el Comité de Ministros el 14 de mayo de 1997, el cual en su artículo

Habiéndose ya producido el reconocimiento internacional del derecho fundamental a la nacionalidad por parte las grandes declaraciones internacionales, no podemos afirmar sin embargo, que ello tenga un valor jurídico obligatorio en el ordenamiento jurídico español, aunque la gran mayoría de la doctrina se ha puesto de acuerdo en que la Declaración Universal contiene un elenco de derechos y libertades fundamentales que forman parte del derecho internacional. De hecho

---

<sup>40</sup> El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales solo regula en su artículo 14 la prohibición de la discriminación, en el hace mención a la nacionalidad como uno de los factores que tienen que ser tomados en cuenta para prohibir la discriminación, todo ello para el efectivo goce de los derechos y libertades reconocidos en el referido convenio.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

la Declaración Universal ha sido mencionada en cualquier instrumento internacional, sea esta general o particular, universal o regional, o ya sea que aborde algún aspecto relativo a la protección de los derechos humanos, no debemos olvidar además que su influencia se ha dejado notar en numerosas constituciones internas.<sup>41</sup>

No dejando pasar por alto los alcances significativos que tiene la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español, debe advertirse que la regulación de la nacionalidad por parte del Derecho internacional no significa, en modo alguno, que este se dedique a distribuir a las personas entre los distintos estados, sino que más bien por el contrario lo que pretende dicho derecho internacional es confiar en principio a los propios Estados la libre promulgación de normas acerca de la adquisición y pérdida de su nacionalidad.

Ahora bien, la inclusión de la nacionalidad en el ámbito de competencia exclusiva del Estado no supone la inexistencia de determinadas normas internacionales, las cuales sin regular directamente la institución de la nacionalidad, limiten la libertad con la que cada Estado procede a su legislación interna a esta regulación. Conviene en este punto tener en cuenta lo expuesto por DE CASTRO, quien refiere que la eficacia internacional de la nacionalidad es una consecuencia del respeto a la nacionalidad normalmente otorgada por un Estado.<sup>42</sup>

La doctrina constitucionalista a diferencia de la doctrina iusinternacionalista se ha mostrado reacia a la existencia de un derecho fundamental a la nacionalidad, puesto que considera que la nacionalidad no

---

<sup>41</sup> SAURA ESTAPA Jaime; *Nacionalidad y nuevas fronteras en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p.37.

<sup>42</sup> DE CASTRO, Voz: nacionalidad, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, MASCAREÑAS, Carlos (Director), op. cit, p.55 a 558.

cumple con los verdaderos exigencias que contiene un derecho fundamental.<sup>43</sup> No obstante, coincidiendo con lo expresado por DIAZ PEREZ, podemos decir que, aunque no exista dentro del ordenamiento jurídico constitucional español un derecho fundamental a la nacionalidad, si existe desde una vertiente negativa la existencia de un derecho humano a no ser privado de la nacionalidad ya sea por motivos raciales, étnicos, religiosos o políticos<sup>44</sup>.

#### **I.4) La Ciudadanía**

La noción de ciudadanía ha adquirido a través de la historia un carácter controvertido, siendo variable de acuerdo a los cambios de los sucesos históricos que la hicieron desarrollarse. La ciudadanía es un concepto jurídico-político central de los actuales Estados de Derecho, puesto que el ciudadano como centro de atribución de facultades e imputación de derechos es, definitivamente, el elemento nuclear de la articulación de las relaciones entre la política y el derecho de los Estados nacionales.<sup>45</sup>

La ciudadanía se concibe en principio como una “relación política” entre un individuo y una comunidad política en virtud de la cual se es miembro de pleno derecho de esa comunidad y se le debe lealtad mientras se disfruta de ella. La ciudadanía actual supone un estatus jurídico que atribuye un conjunto de derechos políticos, civiles y sociales a los sujetos que la disfrutan, ya sea por nacimiento o por adquisición posterior de esta ciudadanía.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> Según ALZAGA VILLAMIL, Oscar, la nacionalidad no es un derecho subjetivo, puesto que no se considera como una “situación de poder” sino más como una cualidad entre el Estado y la persona. Y puesto que la nacionalidad es un estado tampoco se puede deducir de ello que es una libertad, porque también el concepto de libertad supone una posición desde la cual el individuo, aunque no en forma de poderes concretos, puede extrinsecar una determinada actividad; beneficiándose de un deber de abstención de los poderes públicos, en un círculo exterior a su persona que no es una cualidad de su persona misma. “Artículo 11” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996.p134.

<sup>44</sup> DIAZ PÉREZ, Amelia; *La protección de las minorías en el Derecho internacional*, Universidad de Granada, Madrid, 2004. p.80.

<sup>45</sup> DE JULIOS CAMPUZANO, Alonso, “La Paradoja de la Ciudadanía. Inmigración y derechos en un mundo globalizado”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del derecho: Justicia, Migración y derecho*, N°7, 2003 en <http://dialnet.unirioja.es>.

<sup>46</sup> BORJA, Jordi y Otros; *La ciudadanía europea*, Ediciones Península, Barcelona, 2001.p.45

#### **I.4.1) Origen de la Ciudadanía**

En la Grecia antigua la ciudadanía nace según lo refiere PLATÓN de la necesidad que obliga a los hombres a unirse y es así, como desde este auxilio mutuo, recíproco y por tanto igualitario, en este sentido, nace el Estado.<sup>47</sup> Para los griegos la ciudadanía fue adquirida por el nacimiento y el principal criterio utilizado en la construcción del vínculo de la ciudadanía fue el de la descendencia es decir el del *ius sanguinis*, no resultando por tanto fundamental en dicha atribución el criterio de la residencia es decir el del *ius domicili*. Se exigía además del nacimiento la pertenencia a una familia de ciudadanos que tuviera a su vez una educación formada en el seno de los valores que aquella ciudadanía exigía. De esta forma tanto los naturales de la polis que no eran ciudadanos, es decir las mujeres, los esclavos, los niños, los trabajadores manuales y sobre todo los extranjeros quedaron fuera del gobierno de la comunidad política, aunque estaban sujetos a la aplicación de sus leyes escritas o no escritas.<sup>48</sup> Una excepción a dicha concesión lo constituyó la ciudadanía honoraria o limitada en derechos, que fue otorgada en Atenas en el siglo V a.C a un grupo de individuos aislados o reducidos de extranjeros cuya función fue combatir a favor de la polis. De esta forma, para los griegos el ciudadano era el portador de un estatus distinto y superior al de un simple hombre. El ciudadano era parte de una minoría formada por hombres iguales políticamente entre sí aunque pertenecientes a clases diferentes; los ciudadanos eran por tanto los únicos aristócratas y privilegiados de la democracia existente.

En cuanto a la ciudadanía romana, también ésta se constituye a partir de un conjunto de derechos y deberes de participación política y socio-económica. La ciudadanía era el privilegio atribuido a un grupo reducido de personas. Al igual que el estatus excluyente existente en Grecia, en Roma también se desarrolla en un principio una ciudadanía eminentemente excluyente. No obstante posteriormente los extranjeros pudieron a diferencia de lo que sucedió en Grecia

---

<sup>47</sup> Platón; *República*, Libro I, Espasa Calpe, Madrid, p.83-85.

<sup>48</sup> ALÁEZ CORRAL, Benito, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, op.cit, p.24-27.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

obtener la ciudadanía romana; un ejemplo de ello fue la ciudadanía otorgada a San pablo quien a pesar de ser de origen no romano poseía a su vez la ciudadanía romana, ello en virtud de la ciudadanía concedida en el año 212 por el emperador romano Caracalla a todos los habitantes del imperio con el fin de remediar las necesidades del fisco que suponía en ese entonces un problema de gran envergadura.

Transformado su inicial carácter excluyente la ciudadanía romana evoluciona en un sentido eminentemente incluyente. La civilización romana desarrolló un proceso de expansión territorial que la condujo a integrar y asimilar jurídicamente a los nuevos pueblos conquistados o que a su vez estuvieran federados con Roma. Producto de tal expansión se produce la creación de diversas clases de ciudadanía; es en este sentido donde se observa que la ciudadanía romana se convierte en un instrumento jurídico de inclusión más que de exclusión, pues permite la inclusión dentro de su orbe jurídico de culturas y modelos sociales diversos, todo ello aportado por los nuevos tipos de ciudadanos, convirtiéndose por lo tanto en una institución preponderantemente legal. Sin embargo la extensión de la ciudadanía romana en ningún caso fue extendida de forma plena, puesto que solamente se le atribuía a los nuevos ciudadanos una parte de su contenido jurídico, es decir se otorgaban los derechos sociales y económicos más no los políticos participativos. Más un aporte significativo efectuado por la ciudadanía romana lo constituyeron, las nuevas bases sentadas respecto a la moderna distinción jurídica entre nacionalidad y ciudadanía, puesto que la ciudadanía termina cumpliendo una función jurídica de inclusión muy diferente a la de exclusión que confiere la nacionalidad, distinguiéndose dentro de la ciudadanía romana la presencia de un sentido débil y un sentido fuerte de ciudadanía.

El período medieval se caracteriza por la sujeción política que desempeña el Señor Feudal en un determinado territorio. La ciudadanía se describe en torno a la posesión de ciertos beneficios económicos y sociales, pero no políticos que se

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

derivan por habitar permanentemente en un territorio bajo la sujeción de un Señor Feudal. Dichos beneficios conllevaban a estar sometidos a una determinada jurisdicción local, excluyendo por lo tanto, a los extranjeros que no se encontraban naturalizados del acceso a las magistraturas locales de las ciudades medievales. Es así como la ciudadanía prácticamente desaparece, pues se reduce al mínimo las participaciones de los hombres libres en el gobierno de la comunidad y así se sustituye posteriormente la función jurídicamente incluyente de la ciudadanía romana, por una nueva función política excluyente en el reparto de los súbditos entre los nacientes Estados-nación<sup>49</sup>.

Durante la época de la monarquía absoluta es la pertenencia a la comunidad política la que implica la sujeción del súbdito frente al monarca. El soberano presta una protección especial al súbdito a cambio de un juramento de lealtad perpetua que éste le rinde; dicha sujeción se transmite por el nacimiento en el territorio sobre el que ejerce su jurisdicción el monarca, así como también por la descendencia sanguínea de un súbdito de aquel. En este período, la nacionalidad no se constituye de forma absoluta en un requisito necesario al ejercicio de determinados derechos de participación estamental, puesto que fue posible la participación de algunos extranjeros en los actos electorales a los parlamentos estamentales. De esta forma, la ciudadanía no se constituye en un privilegio del nacional con respecto al extranjero porque el reconocimiento de los derechos políticos o de los derechos civiles no forman parte de ésta durante el Antiguo Régimen, habiendo sido excluidos a su vez los nacionales de una igualdad cívica y política que la institución de la ciudadanía no les garantizaba.

Con el fin de eliminar las diferencias sociales o de acceso al sufragio por razón credo, propiedad o educación surge la concepción revolucionaria francesa. El concepto de ciudadanía a partir de la Revolución francesa supuso el punto de partida de una nueva concepción del hombre. El súbdito, carente de toda prerrogativa durante el estado absoluto, se convierte en un nuevo ciudadano provisto de nuevos derechos, los cuales son otorgados en condiciones de igualdad.

---

<sup>49</sup> *Ibidem*, p.31-32.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

De esta forma, el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano declaró que todos los hombres nacen libres e iguales en derechos”, declarando a su vez el artículo 16 que “toda sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución”.

Sin embargo, dicho reconocimiento no se efectuó de forma generalizada hacia toda la población del territorio, ya que de dicho reconocimiento ciudadano quedaron fuera las mujeres, los proletarios, los niños, los incapaces, los mendigos, vagabundos, los sirvientes y sobretodo los extranjeros, puesto que se consideraba que estos últimos no formaban parte del colectivo de la soberanía. Cabe hacer hincapié en este punto, acerca de la diferencia existente respecto a la exclusión realizada en esta etapa con la que actualmente realiza el concepto moderno de ciudadanía, puesto que la exclusión realizada durante dicha etapa fue realizada hacia el conjunto de extranjeros que no prestaban su consentimiento al pacto social o por no integrarse como nacionales en dicho sujeto colectivo soberano.<sup>50</sup>

El nuevo Estado liberal, surgido de la Revolución Francesa, produce un cambio trascendental dentro de las concepciones jurídico-políticas existentes en ese entonces.

La noción de soberanía sufre cambios trascendentales, de esta forma, pasa de ser inexistente durante la época medieval, a desarrollarse durante la época de la monarquía como una noción estrechamente ligada a los designios del monarca. Posteriormente con los nuevos cambios acaecidos como consecuencia de la Revolución Francesa, la soberanía llega hasta la nación, y así los súbditos del rey se convierten en ciudadanos con derechos y en ellos residía la soberanía nacional, es decir la legitimidad de poder. El Estado absolutista se convierte en un Estado de Derecho que consagra a su vez una nueva Constitución que reconoce los nuevos

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, p.41-49.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

derechos del ciudadano como parte de la comunidad política en la que reside la soberanía.

El nuevo Estado liberal impregnado por el principio de igualdad tuvo como misión uniformizar el ordenamiento interno de los distintos territorios que la componían y es en esta nueva misión cuando se observó una heterogeneidad étnica y lingüística existente dentro del Estado; dicha heterogeneidad va a ser percibida por los revolucionarios como un obstáculo a sus fines. Y es así como la revolución nacional comienza a operar y a construir el Estado-nación. Este nuevo concepto particular de Estado que se llegó a identificar con una nación y optó por una política uniformizadora y asimilacionista en el ámbito interno.

### **I.5) Ciudadanía y Nacionalidad**

Las instituciones de la ciudadanía y la nacionalidad han venido siendo utilizadas por el ordenamiento jurídico español para definir de forma indiferenciada ya sea en un caso o en otro, la pertenencia del individuo a la comunidad humana estatalmente organizada y para definir la posibilidad de participación en la respectiva comunidad política. También encontramos en los países europeos diversas expresiones que son utilizadas así mismo para referirse a dichas instituciones. De esta forma, encontramos expresiones como la inglesa (nationality/citizenship), la francesa (nationalité/citoyenne), la italiana (nazionalità/cittadinanza), o la alemana (Staatsangehörigkeit/Staatsbürgerschaft).

Conocido el ámbito de alcance que conllevan ambas instituciones, no podemos sin embargo, dejar de tomar en consideración la evolución que ha desarrollado la ciudadanía con respecto a la nacionalidad. En efecto, si efectuamos una mirada retrospectiva hacia el pasado nos encontramos con que ambas figuras han experimentado un proceso de identificación y vinculación constante por el que se ha hecho confuso su real entendimiento y alcance.

Si en un principio la nacionalidad fue un concepto concomitante con el Antiguo Régimen existente durante la época del absolutismo, muy diverso fue el desarrollo demostrado por el concepto de ciudadanía. Efectivamente y es a través de la Revolución Francesa como ya hemos visto cuando el concepto de ciudadanía emerge y se omite así utilizar el concepto de nacionalidad. Dicha ideología propensa de omitir el concepto de la nacionalidad, provino seguramente de la inembargable necesidad que existió en ese entonces de eliminar cualquier elemento que se considerase excluyente y que fuera a su vez contrario a las nuevas ideas revolucionarias y liberales. En este sentido, se prestó especial importancia a aquellos elementos étnicos y culturales que habían prevalecido durante la época del absolutismo. De esta forma, se observó que en muchos de los textos constitucionales existentes en ese entonces, se optó por utilizar el término ciudadano para referirse al nacional.

Esta vinculación y a veces confusión de los términos de la nacionalidad y la ciudadanía se encuentra como señala ALAEZ CORRAL<sup>51</sup>, parcialmente ligada al fenómeno histórico-político de la atribución de la soberanía a un respectivo sujeto nacional, así como también a la distinción entre ciudadanos activos y pasivos que se efectuó durante la época revolucionaria liberal.

Efectivamente, es dentro de la concepción revolucionaria francesa donde se produce la asociación de la nación con el Estado, cuya soberanía ostenta y viene a corresponder con la adhesión voluntaria de los antiguos súbditos, todo ello con total independencia de las características étnicas que se pudiera poseer. De esta forma, la nación se irá vinculando cada vez con más fuerza al nuevo Estado, siendo la base de aquélla la pertenencia a la misma comunidad política, es decir la adhesión a un mismo contrato social. A diferencia de Francia, es en Alemania donde se percibe la ausencia de un concepto de Estado, que pueda arrogarse para sí solo el calificativo de nacional. Encontrándose el territorio alemán fragmentado

---

<sup>51</sup> ALAEZ CORRAL, Benito; “Nacionalidad y ciudadanía ante las exigencias del estado constitucional y democrático”, *Revista de Estudios Políticos y Constitucionales*, N° 127, enero-marzo de 2005, p136-137.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

en multitud de Estados y ciudades libres, es difícil encontrar en ella una identificación entre la nación y el Estado, a no ser que en ella se encuentre elementos comunes como la lengua, la raza o el pasado histórico y es así como se conformó lo que se denomina el Volkgeist<sup>52</sup>. Y es así como en Alemania, la nacionalidad no se encontró ligada al concepto de Estado como lo fue en Francia, sino más bien se encontró ligada a la comunidad étnica, es decir al pueblo, de esta manera, es como el Volkgeist se constituyó en un elemento constitutivo de la nacionalidad, mientras que la pertenencia al Estado a través de la ciudadanía se constituyó en un elemento meramente declarativo.<sup>53</sup>

De esta forma, se observó que en Alemania y en Francia se produjeron dos procesos diversos en cuanto al reconocimiento de las instituciones de la nacionalidad y la ciudadanía, prevaleciendo la ciudadanía en Francia por encima de la nacionalidad y habiéndose configurado en Alemania la nacionalidad étnica como el principal criterio a tomarse en cuenta para la posterior ciudadanía jurídica. Y es así, como en el modelo francés, el individuo se convirtió en parte de la nación en virtud de su propia voluntad, lo que le otorgó por lo tanto a su ciudadanía un cierto matiz activo. Muy por el contrario, en Alemania el individuo desarrolló un papel marcadamente pasivo frente a la atribución de la ciudadanía, ello en razón de su inevitable pertenencia a la nación por causa de origen étnico. De esta forma nacen entre estos dos países dos concepciones de nación diferenciada.

Expuesto el matiz activo del modelo de ciudadanía francés no debemos olvidar, sin embargo, que en buena parte de los textos constitucionales revolucionarios franceses se experimentó un doble proceso de participación social respecto a la ciudadanía. De esta forma se observó una división en torno a la mayor o menor participación del individuo en la titularidad y el ejercicio del

---

<sup>52</sup> El Volkgeist (El Espíritu del pueblo) constituyó un concepto propio de nacionalismo romántico, que consiste en atribuir a cada nación, unos rasgos comunes e inmutables a lo largo de la historia; en [www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org).

<sup>53</sup> RUIZ LOPEZ, Blanca y Otro; *“Las políticas de inmigración: la legitimación de la exclusión”*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Bilbao, 2001; p.31.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

poder. Así se diferenciaron dos clases de ciudadanía: una ciudadanía pasiva y una ciudadanía activa. La ciudadanía pasiva estuvo compuesta por aquellos miembros de la nación que solo eran titulares abstractos de ese poder pero que sin embargo no podían participar en su concreto ejercicio y comprendía los derechos civiles y de libertad de todos aquellos integrantes de la nación o el pueblo del Estado. Por otro lado la ciudadanía propiamente activa se formó por aquellos miembros que se encontraban investidos constitucionalmente con los derechos de participación política, es decir estaba ligada a la atribución de derechos políticos y que correspondía por lo tanto a un grupo más reducido de ciudadanos. De estos dos tipos de ciudadanía pasiva y activa, se derivaron posteriormente lo que hoy conocemos como nacionalidad en el caso de la ciudadanía pasiva y la ciudadanía en sentido propio en el caso de la ciudadanía activa<sup>54</sup>.

En el nuevo marco del ejercicio de la soberanía por parte de pueblo, en el que se distinguió posteriormente como ya hemos visto una ciudadanía exclusivamente activa, se produce por lo tanto, un cambio en torno a los derechos políticos que hasta ese entonces se había reconocido a los extranjeros. De esta forma, se rompió con la tradición que se efectuaba en el Antiguo Régimen de atribuir a los extranjeros el ejercicio de algunos de los derechos políticos, ello claro está con la excepción de los derechos municipales los cuales si pudieron ser ejercidos por los extranjeros dado que se consideró que a través de ellos los extranjeros no ejercían realmente la soberanía colectiva. De esta forma, los extranjeros han de integrarse en el colectivo perteneciente a la ciudadanía pasiva para posteriormente poder ejercer los derechos de participación política, ello siempre y cuando cumplieran y reunieran con los requisitos exigidos por la ciudadanía activa.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> ALAEZ CORRAL, Benito; “Nacionalidad y ciudadanía...”, *op. cit.*, p.137.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p.56.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Observando el caso español podemos apreciar que la Constitución Española de 1812 se constituyó en una de las fieles hereditarias de la nueva noción de ciudadanía . En efecto, hemos de destacar que dentro de su articulado se estableció una expresa separación entre los españoles por un lado, y los ciudadanos por el otro. De esta forma, se observó, que el artículo 5 de la Carta Magna consideraba como españoles a “Todos los hombres libres, nacidos y avecindados en los dominios de las Españas y los hijos de estos” así como también a todos los extranjeros que hubieren obtenido de las Cortes la respectiva carta de naturaleza. Este reconocimiento constitucional les otorgaba así, a los españoles la libertad civil, la propiedad y determinados derechos que les eran legítimos. Sin embargo, dicho reconocimiento difería en contenido de aquellos derechos que les habían sido reconocidos como ciudadanos, pues sólo a los ciudadanos se les otorgaba la posibilidad de elegir y ser elegidos para los empleos municipales tal como lo prescribía el artículo 23 de la misma ley. Hemos de advertir sin embargo, que de dicho reconocimiento de derechos efectuados en base a la condición de ciudadanía, quedaron excluidos los españoles que provenían de origen africano<sup>56</sup> (salvo que hubieran realizado los servicios cualificados a la patria que), los que no habían nacido en el territorio peninsular, los sirvientes domésticos, quienes no tenían empleo, oficio o modo de vivir conocido y los incapacitados, deudores o los sometidos a procesos criminales. Exclusión que fue atenuada únicamente para el caso de los españoles que provenían de origen africano, a quienes se les permitió finalmente ostentar la ciudadanía en virtud de la carta de ciudadano<sup>57</sup> que se les pudiera haber concedido, ello siempre y cuando hubieran prestado servicios calificados a la patria o a los que se distinguieran por su talento, aplicación y conducta; así mismo se les requería que fueran hijos legítimos de padres ingenuos, que estuvieran

---

<sup>56</sup> El artículo 22 de la Constitución Gaditana expresaba que “A los españoles que por cualquiera línea son habidos y reputados por originarios del África, les queda abierta la puerta de la virtud y del merecimiento para ser ciudadanos: En su consecuencia, las Cortes concederán cartas de ciudadano a los que hicieren servicios calificados a la Patria, o a los que se distinguen por su talento, aplicación y conducta, con la condición de que sean hijos de legítimo matrimonio de Padres ingenuos, de que estén casados con Mujer ingenua y avecindados en los dominios de las Españas y de que ejerzan alguna profesión, oficio o industria útil con un capital propio”.

<sup>57</sup> Ciertamente es que, conviene distinguir en este caso la diferencia existente entre “carta de ciudadanía” y “carta de naturaleza”, puesto que ambas concesiones tuvieron un alcance significativo diverso. De esta forma, “la carta de ciudadanía” fue otorgada a todos aquellos individuos que se habían casado con española o que ejercían algún comercio o industria apreciable en España o que hubieran poseído bienes raíces por los que se hubiera pagado alguna contribución directa o por haber prestado servicios relevantes en defensa de la Nación.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

casados con mujeres ingenuas, y que estuvieran vecindados en los dominios de las Españas, así como también el ejercicio de alguna profesión, oficio o industria útil ello siempre y cuando se ejerciera con capital propio. Finalmente, el reconocimiento de la ciudadanía también fue otorgada a los hijos de los extranjeros, ello siempre y cuando hubiesen nacido en España y se encontraran domiciliados en ella y que nunca a su vez hubieran salido del territorio nacional sin licencia del Gobierno respectiva y que tras alcanzar los 21 años, se hubiesen vecindado en España ejerciendo también alguna profesión o industria útil, todo ello en función de lo que prescribió el artículo 5.1 de la Carta Magna Gaditana, el cual siguió evidentemente el criterio del *ius soli*.

Así pues la Constitución de 1812 sigue el camino trazado por el movimiento revolucionario partiendo de que la nacionalidad española expresa la pertenencia del individuo a la Nación soberana, mientras que la ciudadanía pone de relieve la manifiesta la capacidad de algunos de sus integrantes para poder expresarse a través de los diferentes mecanismos de participación política

Establecido el marco de la titularidad de derechos en el de reconocimiento de derechos que consagraba la Constitución española de 1812, respecto a los nacionales y ciudadanos españoles, y habiendo establecido a su vez los límites respecto de una u otra institución, también encontramos en ella sin embargo, unas claras deficiencias con respecto al reconocimiento de los derechos que pudieran ostentar aquellos extranjeros que estuvieran fuera del marco de alcance de aquella. Efectivamente, la Constitución española de 1812 dirige su regulación a la protección de los derechos de los integrantes de la Nación, es decir los españoles, y dentro de éstos, en los derechos de quienes son titulares de la capacidad política, es decir de los denominados ciudadanos españoles. De esta forma ignora la regulación a la que hubieran estado sujetos todos aquellos extranjeros, que sea cual fuera su circunstancia se encontraban habitando en el territorio español y conservando a su vez su condición de extranjeros. Esta situación mantuvo lejos a la Constitución gaditana de la moderna caracterización jurídico-funcional de la

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

ciudadanía como mecanismo de integración de la persona en la comunidad<sup>58</sup>. Dicha omisión regulativa, no significó sin embargo el desconocimiento de los posibles derechos civiles que pudieran ostentar los extranjeros, pues dicho reconocimiento se vio regulado conjuntamente con el colectivo español a través de la codificación civil que se encontraba vigente en ese entonces.

### **I.5.1) Ciudadanía y Nacionalidad en la Constitución Española de 1978**

La Constitución española de 1978 a diferencia de otros ordenamientos constitucionales como el francés y el norteamericano<sup>59</sup>, ha mostrado una evidente tendencia dirigida hacia el predominio de la noción de la nacionalidad por encima del mostrado hacia la ciudadanía. Dicha tendencia se expresa a través del articulado existente dentro de ella. De esta forma, como ya hemos visto, el término de la nacionalidad se encuentra regulado en el artículo 11 de la CE, el cual se concreta a regular la nacionalidad a través de la respectiva remisión al legislador, quien será el encargado de establecer las condiciones para la adquisición y pérdida de la nacionalidad. Junto a dicha regulación, encontramos también dentro del contenido de la misma carta magna, otros artículos referidos a la nacionalidad, aunque dichos artículos han tratado la nacionalidad de una forma indirecta y en un sentido expresamente opuesto para todas aquellas personas que carecían de la cualidad de nacionales, es decir en concreta oposición y sentido negativo hacia los extranjeros y los apartidas<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> ALAEZ CORRAL, Benito; "Nacionalidad, Ciudadanía ...".op .cit, p.57.

<sup>59</sup> El ordenamiento jurídico norteamericano en similitud con el ordenamiento jurídico francés y a diferencia del ordenamiento jurídico constitucional español ha manifestado una expresa tendencia a precluir el término de la nacionalidad (nationality) dentro del término de ciudadanía (citizenship), llegando a absorber la ciudadanía el término de la nacionalidad.

<sup>60</sup> De esta forma, los artículos 13.2, 14, 19, 29, 30.1 y 35.1 prescriben sucesivamente que "solamente los españoles serán los titulares de los derechos reconocidos en el artículo 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", "los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social", "los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional (...)", "todos los españoles tendrán derecho a la petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley (...)", "los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España", "todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de la profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo". Por otro lado, también encontramos en los apartados

Muy diferente por el contrario ha sido el tratamiento jurídico que se le ha otorgado a la ciudadanía en la Carta magna de 1978, puesto que el término de ciudadanía no aparece regulado de expresa dentro de su articulado, observándose no obstante, una regulación indirecta en la medida en que encuentra su contenido en buena parte de los derechos y libertades de la persona, muy especialmente en los derechos de participación que la Constitución reconoce en el Capítulo II del Título I y también cuando se hace referencia a la cualidad que otorga el ser ciudadano según lo que se infiere de lo expresado por el artículo 23, el cual se manifiesta en un sentido diverso de aquello que comprende la nacionalidad.

### **I.5.2) Vinculación de la Ciudadanía y la Nacionalidad**

Tradicionalmente las nociones de ciudadanía y nacionalidad se han encontrado estrechamente relacionadas, y es precisamente de dicha relación de donde se ha confundido su verdadero alcance y aplicación, llegándose en determinadas circunstancias a afirmar su aparente sinonimia. No podemos negar que muchas veces la noción de nacionalidad ha coincidido<sup>61</sup> con la noción de ciudadanía, sin embargo dicha coincidencia no puede ser tomada en cuenta a efectos de utilizar ambos términos de forma equivalente.

Dentro de los temas ampliamente discutidos tanto dentro del Congreso como en el Senado español sobresalieron los términos “nacionalidad”, “nacionalidades” y “ciudadanía”. En efecto, el primer concepto analizado fue el relacionado con el artículo 11 referente al término de la “nacionalidad”, pero dicho análisis fue a su vez efectuado, en relación con el artículo 2 de la CE, el cual hacía referencia al

---

1 y 4 del artículo 13, claras referencias con respecto a la nacionalidad aunque en un sentido expresamente negativo con respecto a la extranjería. De esta forma, se expresa 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, así mismo el apartado 4 prescribe “la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”.

<sup>61</sup> Efectivamente, se puede decir que ambos términos han coincidido en el sentido de que la nacionalidad ha sido considerada como el vínculo jurídico-político que liga a un individuo con una organización política estatal, mientras que la ciudadanía ha sido entendida como el vínculo que permite al individuo la titularidad y el ejercicio de los derechos políticos. Véase DÍAZ PEREZ Amelia; *La protección de las minorías en el Derecho Internacional*, Universidad de Granada, Madrid, 2004; p.58.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

término de las “nacionalidades”<sup>62</sup>. Efectivamente, y es en este análisis comparativo de los términos “nacionalidad” y “nacionalidades” donde se discutió acerca de la posible confusión que ambos términos por su gran parecido, podrían ocasionar en su uso. En un intento de solucionar el aparente problema se propuso la posible conveniencia de intercalar en el artículo 11 el término de ciudadanía, siendo utilizado dicho término como un sinónimo de la nacionalidad, todo ello con el fin de dejar clara la diferencia existente entre la “nacionalidad” y las “nacionalidades”, las cuales provienen evidentemente de una misma voz, pero que han sido utilizadas por el texto constitucional en dos significados diferentes. Posteriormente, se consideró que la inclusión del término “nacionalidades” dentro del artículo 2 de la CE, no significaba por sí mismo<sup>63</sup>, un aspecto muy grave para tratar de justificar la inclusión del término “ciudadanía” como una palabra sinónima al de “nacionalidad”. Concluyente fue afirmar en este sentido la consideración de la nacionalidad española como un concepto jurídico unitario que se apoya en la unidad de la Nación española. Y es precisamente de esta concepción de donde se proyecta la noción de nacionalidad tanto en el orden

---

<sup>62</sup> El artículo 2 de la CE prescribe que “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”.

<sup>63</sup> En este sentido, y para tratar de entender la diferencia existente entre los términos “nacionalidad” y “nacionalidades”, se hace preciso aclarar el alcance diverso que ambos términos conllevan. En primer lugar, hemos de conocer el sentido propio que ha tenido el término de la “nacionalidad” tanto dentro del ordenamiento jurídico constitucional como en el civil, en este sentido se observa, que la nacionalidad ha sido considerada por los ordenamientos jurídicos tradicionales como el vínculo que une a la persona con el Estado, vínculo que se manifiesta estable y permanente y que por su peculiar naturaleza en orden a la configuración de la comunidad presidida por una organización política de carácter soberano se encuentra en gran medida detraído al campo de la autonomía de la voluntad; dicho vínculo se encuentra así mismo desde el punto de vista jurídico, íntimamente unido a la posibilidad de participación en los asuntos públicos y desde el punto de vista civil se configura dicho vínculo como un estado civil de la persona. Véase SANCHO REBULLIDA: voz: “Estado civil”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*; DE CASTRO; *Derecho Civil de España*, II, p.70. En segundo lugar, en lo referente al término de “nacionalidades”, ha quedado bastante claro y según de lo que se desprende del debate constitucional, que el artículo 2 de la CE entiende por nacionalidad una comunidad cultural diferenciada, evidentemente en este caso nos encontramos con un precepto eminentemente sociológico, a diferencia del artículo 11 que concibe la nacionalidad desde un punto de vista jurídico y político. En tercer lugar, no debemos de olvidar que dentro del territorio español existen unos vínculos tanto nacionales como regionales a los cuales se encuentra unido el individuo español. Efectivamente, si efectuamos un análisis histórico del término “nación”, nos encontramos con que dicho término ha sido utilizado muchas veces para referirse a ambos vínculos en términos de “nacionalidad regional” y “nacionalidad estatal”. Indudablemente nos encontramos con una palabra que comprende diversos niveles de concreción, así pues se debe entender que existe una doble nacionalidad como pertenencia a una doble comunidad cultural, la “nacional” y la “regional”, a los que les corresponde una doble organización jurídica, la estatal y la regional, y por lo tanto también un doble estatuto jurídico el de miembro del Estado y el de miembro de una región. En conclusión, se puede decir que la inclusión del término “nacionalidades” dentro del artículo 2 del texto constitucional estuvo y está referido concretamente a un nivel de comunidad cultural total y organizada como estado, que genera a su vez hacia el individuo un determinado vínculo jurídico y político.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

interno español como en el orden internacional. De esta forma es como la nacionalidad española se configura, conforme lo prescribe la Constitución Española con independencia del hecho político del que el Estado español se organice territorialmente en “Comunidades Autónomas”, organización que se constituye como consecuencia del ejercicio del derecho de autonomía que el artículo 2 del texto constitucional reconoce y garantiza a las nacionalidades y regiones<sup>64</sup>

Una de las ponencias significativas defendidas dentro del Senado fue la expuesta por el señor MORAN, representante del grupo Mixto, el cual expresó que “la sinonimia entre nacionalidad y ciudadanía no es tal, no existe, en buena técnica jurídica ni existe en el Derecho Político. La ciudadanía es, como decía el señor HERRERO y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN,<sup>65</sup> un grado más de la nacionalidad. Se trata del ejercicio, de la facultad de ejercer derechos cívicos y derechos políticos” mientras que “la nacionalidad se refiere a una situación, si no totalmente pasiva, sí un tanto pasiva, puesto que la nacionalidad es simplemente la circunstancia de pertenecer a una nación”. Por otro y descartando también la sinonimia ambas nociones, refiere MORAN que la nacionalidad “implica un status anterior al de ciudadanía. La ciudadanía es una actividad; es la conclusión máxima del ejercicio de los derechos políticos en virtud del hecho de ser nacional. Se es nacional antes de ser ciudadano; se puede ser nacional sin ser ciudadano, pero no se puede ser ciudadano sin ser nacional”.

Dentro de la doctrina española podemos citar la distinción realizada por F.PUIG PEÑA quien refiere que si bien se acostumbra a emplear la expresión de la nacionalidad como sinónima al de la ciudadanía debe restringirse sin embargo, el significado de esta última expresión; en tal sentido la ciudadanía debe estar referida exclusivamente a la cualidad de ser miembro activo del Estado, caracterizada por la participación en los derechos políticos. De esta forma,

---

<sup>64</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; *Derecho Español de nacionalidad*, Tecnos, Madrid, 1987, p.23.

<sup>65</sup> La intervención efectuada por el señor RODRÍGUEZ HERRERO DE MIÑÓN, se produjo durante el Pleno del Congreso celebrado el 16 de julio de 1978.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

concluye afirmando que el ciudadano es siempre nacional, pero el nacional no es siempre ciudadano.<sup>66</sup> Por otro lado, y coincidiendo en parte con lo anterior expresado, SERRANO ALBERCA mantiene que serían ciudadanos españoles todos los nacionales que disfrutaran de la plenitud de sus derechos civiles y políticos.

Cabe aludir que es en la propia Constitución Española de 1978 donde se distinguen, a lo largo de su extenso articulado, diversos preceptos referidos a la nacionalidad y a la ciudadanía. Así pues, se reconoce la titularidad de determinados derechos de forma diversa, tal es así, que algunas veces el reconocimiento comprende a todas las personas, otras a los españoles y otras indudablemente a los ciudadanos. Y es precisamente de esta distinción efectuada por la Constitución Española de 1978, donde cabe concluir que los conceptos de nacionalidad y ciudadanía no deben ser considerados como conceptos sinónimos.

Junto a ello, hay que tener en cuenta finalmente, que la nacionalidad cumple la función de determinar quiénes son los sujetos bajo los cuales se ejerce el poder jurídico estatal, y allí donde ese poder se ejerza de forma democrática, la de concretar mediante su vinculación con la ciudadanía, respecto a quienes van a ser los beneficiarios de un núcleo esencial de derechos de participación política y social<sup>67</sup>.

### **I.6) Nacionalidad, Ciudadanía, Extranjería**

El estudio de la nacionalidad y la ciudadanía como instituciones intrínsecamente ligadas al ejercicio de la democracia, requiere indudablemente un replanteamiento, en torno a los nuevos niveles de participación que hoy en día surgen como consecuencia de los ingentes movimientos migratorios.

---

<sup>66</sup> PUIG PEÑA, F; *Compendio de derecho civil español* I. Parte General, 3ª edición, Madrid, 1976, p.286.

<sup>67</sup> ALAEZ CORRAL, BENITO; “Nacionalidad, ciudadanía...”, op cit, p.82.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Indudablemente, a raíz del incremento de estos nuevos fenómenos poblacionales no podemos seguir manteniendo por lo tanto, el mismo criterio de pertenencia al sujeto colectivo de la soberanía que en un principio fue formulado en base a sucesos históricos sociales diferentes a los hoy en día nos vemos inmersos. Procede así recordar como ya vimos anteriormente, que desde los tiempos antiguos la figura del extranjero ha experimentado diferentes niveles de exclusión y desigualdad con relación al nacional o al ciudadano, quien por encima de la figura del extranjero se encontraba en la plena posesión de sus respectivos derechos.

Efectivamente, a través de la historia hemos visto como la lista de los excluidos de la ciudadanía se fue ampliando y reduciendo como consecuencia de los diversos modos de reconocimiento que los Estados efectuaron en sus sistemas de gobierno. Tal es así que muchas personas quedaron excluidas al no llegar a cumplir los requisitos que los diversos estados requerían para poder ostentar la condición de ciudadano. Y es precisamente de dichas exclusiones de donde el extranjero comienza la ardua batalla por la conquista y la extensión en el reconocimiento de los derechos que hoy comprende la figura de la ciudadanía.

La fórmula liberal introducida dentro de los primeros textos revolucionarios franceses, marcó cierta tendencia posterior hacia el reconocimiento de los derechos de los extranjeros. En este sentido no podemos olvidar el significado de la inicial configuración normativa que la soberanía nacional de ese entonces ostentó; dicha soberanía no llegó a significar bajo ningún modo que la capacidad para ejercer aquella ciudadanía estuviese circunscrita única y exclusivamente a los miembros de una determinada comunidad étnico-cultural<sup>68</sup> puesto que, también como hemos ya hemos visto anteriormente se le

---

<sup>68</sup> La ciudadanía, en términos de identidad, fue definida durante el siglo XVIII como la identidad política que tenían los individuos, más no como una identidad étnica y cultural, de esta forma la condición de ciudadanía era seguida de acuerdo a su participación como iguales en el gobierno y de su correspondiente compromiso con la República, y no estaba por lo tanto, conceptualmente ligada a una particular identidad nacional. Véase HABERMAS Jürgen; *Factibilidad y Validez*. Traducción María Jiménez Redondo, Madrid, Trota, 1998, pp.1-698.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

permitió a los extranjeros residentes poder llegar a convertirse en ciudadanos, todo ello de forma independiente a su pertenencia a dicha comunidad étnico-cultural, integrándose de esta forma el extranjero, conjuntamente con los otros ciudadanos ya reconocidos en el ámbito de la respectiva comunidad política. Ciertamente, no cabe duda afirmar que dicho reconocimiento significó un gran avance en el reconocimiento de los derechos de los extranjeros, sin embargo dicha tendencia hacia el reconocimiento de la ciudadanía de los extranjeros, se vio pronto superada en la práctica, con los modernos ideales planteados en los nuevos textos constitucionales europeos que surgieron a partir del siglo XIX.

De esta forma, la ciudadanía que en un principio pareció estar desvinculada de la nacionalidad, puesto que inicialmente podía recaer tanto en nacionales como en los extranjeros, cambia su concepción con el tiempo y pasa rápidamente a estar vinculada a una nacionalidad construida en base a la pertenencia del sujeto a una determinada comunidad humana en la que se hacen presentes en grado diverso; es decir según el país de que se trate y los criterios por los que se ha optado para la adquisición de la nacionalidad determinados signos comunes de identidad étnica y cultural.<sup>69</sup>

Evidentemente, hoy en día resulta difícil negar la tendencia netamente objetivista que presenta la nacionalidad en los nuevos estados constitucionales. La generalizada etnificación de dicha institución ha terminado finalmente por imponer dicha tendencia. Las históricas configuraciones subjetivistas presentes durante la época de la Revolución Francesa, basadas en la noción de una nación definida por la voluntad de los individuos de querer pertenecer a una determinada comunidad humana jurídicamente organizada, dieron paso a ese nuevo carácter objetivo que considera que la nación es definida en base a la común posesión de unos mismos rastros de identidad étnica o cultural, todo ello claro está, al margen de la verdadera voluntad de los integrantes de dicha colectividad.

---

<sup>69</sup> ALAEZ CORRAL, Benito; “Nacionalidad y Ciudadanía ante...” *op.cit.*, p.139.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

La nueva fórmula introducida por el fenómeno de la etnificación ha generado de esta manera, una ciudadanía que se encuentra vinculada indudablemente a la nacionalidad, y que así mismo se encuentra absorbida por ella y que tiende a construirse por lo tanto a partir de la presuposición de unos elementos étnico-culturales comunes a los integrantes de una comunidad. Y es a partir de dichos presupuestos donde la ciudadanía se convierte en una institución limitativa para los individuos en cuanto al ejercicio libre que la soberanía requiere, pues únicamente será posible el ejercicio de aquella en base a la pertenencia a una determinada colectividad, comunidad o nación. Inmersos en este proceso de etnificación encontramos entonces que, la identidad se ha convertido de esta forma en un elemento fundamental y a la vez controvertido, que la nacionalidad requiere, y se convierte a su vez hoy en día, en una precondition para el logro de la ciudadanía democrática en un determinado Estado.

Sin embargo, siguiendo los postulados del nuevo Estado Constitucional Democrático no podemos hoy en día hablar de una ciudadanía que esté basada en una única identidad. Si bien es cierto que la construcción del Estado-nación estuvo basada en una política de homogeneización, hoy en día la nueva realidad de los Estados actuales democráticos no permite seguir dicha tendencia. Naturalmente, la diversa constitución social heterogénea de los nuevos Estados, no permite afirmar la existencia exclusiva de unos derechos fundamentales para un determinado grupo o comunidad social. De esta forma, el mestizaje social, producto de la movilidad geográfica de las personas dentro los Estados se ha convertido en uno de los fenómenos más controvertidos que hoy en día conllevan diversos replanteamientos acerca de la conveniencia de una nueva noción de ciudadanía.

Teniendo en cuenta los vínculos existentes entre la nacionalidad y la ciudadanía la Constitución Española de 1978 ha atribuido la soberanía nacional al Pueblo español, confiriendo a las Cortes Generales su representación, la cual viene siendo ejercitada por todos los ciudadanos españoles, mediante la

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

participación política en su elección por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto. Dicha participación debe ser ejercitada además, sin perjuicio del derecho a participación en otros ámbitos al que tienen los españoles, ello en virtud de los artículos 20, 21, 22 y 28 que la Constitución Española establece. Por otra parte, la Constitución Española de 1978 ha establecido diferencias, en torno a la posesión de la titularidad de los derechos fundamentales que poseen los ciudadanos dentro del territorio español, de esta forma tomando en cuenta el criterio de la nacionalidad ha sustraído del ámbito de la participación política a todos los extranjeros que no forman parte de la soberanía nacional, tal y como lo prescribe el artículo 13.2, cuando expresa que “solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o por ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”.

### **I.7) Ciudadanía e Inmigración**

El establecimiento del Estado-nacional como forma de organización política de los nuevos estados modernos, fue configurado durante el siglo XIX en torno a tres elementos fundamentales que se encontraban estrechamente ligados entre sí: la soberanía, el territorio y la nacionalidad. Fiel heredaria de los viejos postulados liberales, dicho Estado se caracterizó por subrayar la homogeneidad, como uno de los principales elementos relevantes, a la hora de la configuración del status de la ciudadanía. El binomio nacionalidad-ciudadanía supuso la configuración de una ciudadanía conformada por elementos estrictamente homogéneos. Basado en esta homogeneidad el estado se equipara entonces con la nación y esta con el concepto de pueblo o comunidad homogénea<sup>70</sup>. De esta forma se observa, como expresa De Lucas que “la nación, Estado y cultura son uno, como consecuencia de compartir los lazos de origen, tradición, prácticas e

---

<sup>70</sup> PAJARES, Miguel; *Integración Ciudadana. Una perspectiva para la inmigración*, Icaria, Barcelona, 2005.p.29.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

instituciones culturales surgidas de forma análoga a la que caracterizan las estructuras de parentesco, es decir, la sangre y la tierra...”<sup>71</sup>

La uniformidad, la ausencia de conflicto y el monismo fueron las principales notas caracterizadoras de dicho Estado. Si bien es cierto, que el Estado nacional surgió con la finalidad de abolir el régimen estamental y las diferencias que esta misma conllevaba por razón de nacimiento, raza, sexo o condición social o económica, sin embargo, ello no supuso la abolición de un régimen de desigualdad y por consiguiente se dió la implantación de una igualdad formal, mas no real entre todas las personas que vivían dentro del mismo territorio. De esta forma, el Estado se encargó de atribuir derechos a sus nacionales a los cuales les reconocía la condición de ciudadanos, y una vez reconocida dicha categoría también les reconocía los derechos que a ella le eran inherentes.

Generalizado el proceso de cohesión homogeneizadora que se realizaba respecto a las personas, se produjo entonces, inicialmente, en los nuevos Estados nacionales, un reconocimiento de la ciudadanía que estuvo dirigido hacia un gran número de individuos que pertenecían a un determinado territorio. De esta forma, se observó que el reconocimiento de la categoría de ciudadano fue atribuido a la gran mayoría de los integrantes de la sociedad que pertenecían a dicho territorio. La cuota de excluidos de dicha ciudadanía era tan insignificante que poco pudo alterar la equivalencia y vinculación existente entre la nacionalidad y la ciudadanía. Así las cosas, la exclusión se produjo con respecto a las poblaciones que vivían en otros espacios geográficos, pero al conformarse el Estado en una unidad territorial basada en identidades culturales homogéneas y eminentemente mayoritarias se pudo resolver de forma satisfactoria el problema de la cohesión social en el ámbito geográfico del Estado<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> DE LUCAS, Javier; *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*; Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.16.

<sup>72</sup> DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso; “La paradoja ...”, *op cit*, pp. 300-418.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

En el ámbito español se observó la confluencia hereditaria de varias de las concepciones política normativas que ya habían sido expuestas en otros ordenamientos europeos. Por un lado recibió gran parte de las concepciones constitucionalistas francesas que observaban como hemos visto, la tendencia hacia la uniformización nacional del territorio. Por otro lado, y en fiel consonancia con los postulados germanos también se construyó en España un concepto étnico-cultural de nación con la respectiva adopción posterior del principio del ius-sanguinis el cual se convertiría en el principal eje vertebrador del Derecho a la nacionalidad. A pesar de que la conformación de la estructura del Estado español, se manifestó en un principio de forma debilitada, no podemos negar que sobre ella ejerció gran influencia la concepción decimonónica de nación y de su respectiva relación con el Estado, el cual llegó a marcar en consecuencia, a partir de ese entonces, los principales conceptos de ciudadanía y extranjería.

Una vez establecido y asentado el estado nación éste en su desarrollo se sintió capaz de asegurar el control del ritmo de la modernización económica y en tal sentido la amortiguación de sus aspectos sociales más negativos; se sintió capaz, a su vez, de proteger la cultura y la identidad nacional de la población, así como también de crear un espacio donde la soberanía política pudiera ser ejercitada por todos los ciudadanos. Sin embargo, hoy en día, tanto el proceso de internacionalización de la economía como el de la información, de entre otros factores, han contribuido en poner en cuestión el cumplimiento de dichos objetivos.

En relación con los objetivos planteados por el Estado nacional, éste actúa además en la actualidad como uno de los más importantes mecanismos de identificación de las personas y es precisamente de dicha tarea de identificación, es decir de quienes son y quienes no son ciudadanos de donde también surge dentro de ella la contraposición entre nacional y extranjero. Y es precisamente el Estado quien a través del Derecho introduce la noción misma de extranjero; es por esta razón por la que puede afirmarse que la institución de la extranjería representa un elemento significativo dentro de la evolución de las nociones de

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Estado y ciudadanía. También en la Constitución del Estado Español podemos ver como el concepto jurídico de extranjero ha sido regulado con expresa oposición al de nacional, muestra de ello, lo encontramos a lo largo del desarrollo de la mayor parte de las constituciones históricas españolas, las cuales consagraron dentro de sus primeros articulados la figura jurídica de la nacionalidad.

Las profundas transformaciones a las que se está visto sometido el mundo contemporáneo han cambiado el panorama de la institución de la ciudadanía. Los constantes movimientos poblacionales aunados a otros fenómenos recientes como hoy en día lo constituye la globalización han hecho tambalearse los principales cimientos sobre los que se constituyó el Estado nación.

Si bien es cierto que la condición de inmigrante no siempre comportó un estatus de inferioridad dentro de la historia, hoy en día sin embargo, la situación ha cambiado radicalmente, y es ante esta nueva oleada de inmigrantes donde el viejo Estado nacional se manifiesta impotente y expresa sus dificultades para seguir adelante su política homogeneizadora.

Los países europeos a lo largo de su desarrollo histórico han atravesado por etapas o momentos migracionales. La primera etapa transcurrida a partir del siglo XVI estuvo caracterizada por la expansión del imperialismo y el capitalismo colonial, los modernos estados europeos occidentales conquistan y colonizan a diversos pueblos en sucesivas olas migratorias que llegan hasta la Segunda Guerra mundial. Posteriormente durante la segunda mitad del siglo XX, la Europa occidental pierde la hegemonía ejercida sobre el resto del mundo debido a la conjunción de cinco factores : el embate de dos guerras mundiales, el genocidio nazi, la hegemonía mundial de Estados Unidos, la formación de dos bloques militares rivales en torno a Estados Unidos y la Unión Soviética, y por último sufre la descolonización de las últimas colonias europeas.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

En torno a los años 70 se produjo la gran crisis del petróleo que estuvo vinculada a lo que se denominó la nueva división internacional del trabajo. Es en esta etapa donde se sustituye el colonialismo político anterior por el de la dependencia económica como articulación entre los países del Norte y del Sur. Es precisamente en esta etapa donde se producen los fenómenos migratorios intrarregionales y así muchos de los países latinoamericanos, movidos por diversos factores<sup>73</sup> inician un proceso migratorio hacia la Europa Occidental. Finalmente el proceso migratorio se acentúa y se consolida con el emergente modelo internacional de la globalización.

Y efectivamente es con la globalización cuando el fenómeno migratorio se desarrolla y adquiere nuevos matices de lo hasta ahora antes visto; dicho desarrollo poblacional va a repercutir posteriormente en los institutos estatales de la nacionalidad y la ciudadanía y por ende en la soberanía del Estado democrático. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo de la ONU del año 1997 ha definido la globalización como “la ampliación y profundización de las corrientes internacionales de comercio, finanzas e información en un solo mercado mundial integrado. La receta consiste en liberalizar los mercados nacionales y mundiales en la creencia de que las corrientes libres de comercio, finanzas e información producirán el mejor resultado para el crecimiento del bienestar humano(...)”.

La globalización como proceso se inició a mediados del siglo XX y apareció definido en un principio en relación con el ámbito de las telecomunicaciones y de las técnicas de información; todo ello como

---

<sup>73</sup> Diversos fueron los motivos que originaron la gran ola migratoria hacia los países europeos, entre ellos sobresalen: el despotismo y la corrupción que existía en las élites gobernantes en muchos de los países existentes en el Sur, lo cual originó en muchos casos el colapso del Estado y el consecuente estallido de las guerras civiles; el problema de la deuda externa, y la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación las cuales conformaron lo que se denominó el nuevo “capitalismo informacional. Veáse CAMPILLO MESEGUER, Antonio; “Ciudadanía y extranjería en la Sociedad Global”, *La condición inmigrante: exploraciones e investigaciones desde la región de Murcia*, HERNÁNDEZ PEDREÑO, Manuel (coord), Universidad de Murcia, 1ª edición, 2005, p.111.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

consecuencia de la revolución informática que había tenido lugar en las últimas tres décadas. Se pasó así a hablar de una globalización de la técnica y de las comunicaciones que en un principio había tenido lugar, para luego con el avance de las relaciones económicas-capitalistas, financieras y de producción transnacional, a hablarse de una “globalización económica y financiera”. Es en esta nueva etapa donde se produce la integración de los mercados, donde la dinámica de la vida económica trasciende ahora las fronteras nacionales y donde se produce en este sentido un descontrol por parte de los gobiernos nacionales. En esta nueva etapa es cuando la globalización mina la autonomía relativa del estado-nación puesto que, rompe el nexo entre poder y lugar y se origina así una soberanía nueva, supraestatal y difusa, la cual se va encargar de limitar la soberanía de los estados, intensificándose de esta forma la circulación de bienes, servicios, tecnologías, capitales e informaciones entre los diversos países del mundo; esto por no decir y por no caracterizarlo como lo han hecho muchos autores como un fenómeno complejo que se da a un nivel planetario.

De esta forma se produce una limitación en el ámbito de decisión de la soberanía de los Estados. Dicha soberanía se vuelve cada vez más impotente ilusoria y engañosa, esto en razón de que la vida y la libertad de los seres humanos depende cada vez más de las decisiones que toman unas élites de poder que no se encuentran circunscritas por ninguna frontera ni sujetas por lo tanto a ninguna regulación democrática<sup>74</sup>.

Paralelo al desarrollo de la globalización de los mercados y como consecuencia directa de aquello se va produciendo consecutivamente la aparición de un nuevo ejército de trabajadores, los cuales movidos por diversos motivos y ayudados a su vez, por las nuevas tecnologías del transporte se convierten de esta forma, en el nuevo flujo migratorio por el que van a experimentar los países desarrollados. Indudablemente y es en este sentido, cuando el factor trabajo se convierte también en un recurso global, puesto que se le permite a las grandes

---

<sup>74</sup> CAMPILLO MESEGUER, Antonio; “Ciudadanía y Extranjería en...” *op .cit*, p.121.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

empresas escoger la ubicación de sus sedes y filiales en cualquier país del mundo y es precisamente de dicha elección posterior donde se encuentra el origen de los flujos migratorios. La lucha por el cambio y por mejores condiciones de vida a que aspiran los trabajadores se ve reflejada a través del proyecto migratorio. Y es así como la inmigración tiene como destino final el país o países donde la empresa haya escogido finalmente como su principal centro de operaciones y es en dichas empresas donde finalmente se reclutará la mano de obra barata proveniente de cualquier lugar del mundo.

Por otra parte aunque sea dentro de la dinámica misma que conlleva el proceso de la globalización, debemos resaltar que dicho proceso no sólo propicia convergencias e integraciones sino que también produce y reproduce desigualdades, diversidades, diferenciaciones y fragmentaciones. En virtud de lo anteriormente expuesto, debe advertirse, además, que la globalización, siguiendo cierta tendencia uniformizadora, que antes vimos, como característica relevante en la constitución de los Estados Nación, se ha presentado hoy en día como un proceso homogeneizador, que parte de la superioridad de la cultura occidental y que pretende por ello neutralizar las diferencias que puedan surgir dentro del ámbito de su dominio. Sin embargo, la uniformización planteada por la globalización difiere de la propuesta por los Estados Nacionales, puesto que este nuevo proceso se apoya en la conjunción de la democracia formal, así como también en la racionalidad del mercado y del capital<sup>75</sup>.

De esta forma la globalización pretende homogeneizar la pluralidad, controlando por lo tanto las diferencias que pudieran amenazar la propuesta de su modelo<sup>76</sup>. En definitiva, debe resaltarse que el modelo de homogeneización propuesto por la globalización, no sólo proyecta sus efectos desde un punto de vista económico, sino que también, en el cometido de controlar las diferencias existentes, y con la finalidad de proyectar el dominio de una determinada cultura

---

<sup>75</sup> FARIÑAS DULCE, María José, "Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico jurídica a la actitud postmoderna"; *Cuadernos Bartolomé de las Casas*; N°6; Dykinson, Madrid, 1997.pp. 9 y 10.

<sup>76</sup> DE LUCAS, Javier, *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Icaria, Barcelona, 1996, p.12.

desarrolla un proceso de homogeneización de patrones de comportamiento, conduciendo por lo tanto a un tipo de globalización cultural, desarrollando por lo tanto una ideología excluyente del cosmopolitismo de la diferencia.<sup>77</sup>

### **I.8) Ciudadanía y Exclusión**

La exclusión del extranjero forma parte de la actual naturaleza del Estado constitucional moderno. Concretamente es la situación de inmigrante la que actualmente genera el proceso de exclusión, puesto que al no contar el inmigrante con el estatus requerido de la nacionalidad, éste se convierte fundamentalmente en su principal elemento de exclusión.

En efecto, y es en virtud del estatus de nacionalidad donde la adquisición de la ciudadanía tiene sus razones y es a través de ella donde también la exclusión despliega sus efectos, originándose por lo tanto también en dicho ámbito una exclusión, la cual se encuentra redirigida respecto al colectivo de personas que en el caso de los extranjeros no son considerados ciudadanos. A pesar de que hoy en día el fenómeno de la exclusión se encuentra ligado a la condición de ciudadano, podemos afirmar no obstante que según el avance del ordenamiento jurídico moderno no siempre se le atribuyó a la ciudadanía una función excluyente.

Así, la evolución histórica de la nacionalidad y la ciudadanía ha manifestado que no ha existido siempre un nítido y estático reparto de las funciones que corresponden a una u otra categoría y más concretamente en lo que a la institución de la ciudadanía se refiere. De esta forma las respectivas funciones de inclusión y exclusión que han desempeñado ambas instituciones ha estado marcada y configurada de acuerdo al contexto social en que ambas

---

<sup>77</sup> FARIÑAS DULCE, María José; *Globalización, Ciudadanía y derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2000, p.21.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

instituciones han tenido su desarrollo. Un elemento fundamental en dicho desarrollo, ha sido la progresiva diferenciación que ha experimentado el sistema jurídico con respecto de otros sub sistemas sociales, el cual le llegó a conferir a la nacionalidad y a la ciudadanía la importancia que ellas conllevaban como categorías jurídico constitucionales.

Finalmente y siguiendo un proceso evolutivo diverso se ha llegado a atribuir a la ciudadanía una función netamente incluyente, función que hace de dicha institución un instrumento que el ordenamiento constitucional democrático hace uso para el respectivo reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales. De esta forma la ciudadanía se convierte en un instrumento que permite al mayor número posible de individuos la máxima integración y participación en las distintas esferas de la comunicación social, las cuales se encuentran jurídicamente regladas y también dirigidas especialmente , aunque no exclusivamente al ámbito político. Paralelamente a dicho desarrollo funcional de la ciudadanía, la nacionalidad ha desarrollado contradictoriamente una función eminentemente excluyente, ello en cuanto es expresión de la diferenciación segmentaria que tiene lugar en los Estado territoriales; de esta forma, permite al ordenamiento jurídico distinguir un conjunto de súbditos, todo ello en función de su más intensa, estable y permanente sujeción, sujetos que a merced de la vinculación que tengan con la ciudadanía les atribuye el núcleo participativo de ésta.<sup>78</sup>

Conocida la funcionalidad incluyente que desarrolla la ciudadanía no podemos negar en este sentido que sobre ella, es decir sobre la actual noción de ciudadanía han ejercido gran influencia determinados elementos esenciales. La pertenencia, los derechos y la participación se han constituido en elementos esenciales básicos en la actual configuración de la ciudadanía. Y es en base a dichos elementos esenciales cuando posteriormente la ciudadanía se convierte para los inmigrantes en un elemento de exclusión más que de inclusión. Se alega asimismo, en perjuicio de los inmigrantes, que aquellos no pueden tener los mismos derechos que los nacionales puesto que aquellos al no formar parte de la

---

<sup>78</sup> ALAEZ CORRAL, Benito, op .cit, pp.22 y 23.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

nación quedarían por lo tanto fuera del reconocimiento de los derechos que el Estado en función de la nacionalidad reconoce.

Mucho ha variado el contexto con respecto a la situación a la que hace unos años representaba el fenómeno migratorio en Europa y es precisamente en dicho cambio en donde la función de la ciudadanía comienza a modificarse, tanto es así, que hoy en día ya no podemos hablar de una ciudadanía incluyente sino más bien de una ciudadanía que ejerce una función excluyente. Efectivamente, con el transcurso de los años y con el advenimiento del nuevo siglo XXI se producen nuevos cambios en lo que respecta a los ideales y las nuevas políticas que los nuevos estados europeos tienen respecto a la inmigración. Si bien en un principio predominaba la idea de la temporalidad de la inmigración, en donde la tendencia era que los inmigrantes estaban unos años y se volvían después a su país de origen,<sup>79</sup> dicha situación cambió al convertirse la nueva inmigración en un contingente que se hacía cada vez más denso y numeroso; de esta forma la nueva inmigración se presenta como un fenómeno nuevo que alberga rasgos diferenciados, una nueva inmigración que viene y que no pretende retornar sino que más bien pretende estabilizarse definitivamente en los países de destino, todo ello en función de las nuevas oportunidades que el país de destino le ofrece y al que más bien su país de origen le niega.

Esta nueva inmigración viene a introducir un elemento de incertidumbre dentro de las sociedades culturalmente homogéneas, provocando un fenómeno conflictivo que muchas veces genera rechazos dentro de la población de acogida. Todo ello frente a la afirmada posible invasión de aquellos inmigrantes, que a diferencia de los Gastarbeit que existían en Alemania, pretenden quedarse dentro del territorio español en busca de mejoras condiciones de vida. Los nuevos inmigrantes se incorporan, cada vez más y en mayor número, a las prósperas

---

<sup>79</sup> Es alrededor de los años ochenta cuando se produce en España, la primera llegada del contingente de extranjeros, sin embargo como en ese entonces la proporción de trabajadores inmigrantes no era significativa no resultó por tanto alarmante en un principio su presencia, todo ello aunado a la razón de que en ese entonces el crecimiento económico que ostentaba España se manifestaba en un nivel favorable y así mismo, España no estaba considerada como el principal país de destino del colectivo sino que más bien se le consideraba como un país de tránsito para la llegada hacia los países del norte, países en donde se esperaba lograr el tan logrado desarrollo que evidentemente en sus países no poseían.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

sociedades democráticas, sociedades en las que la democracia social y el bienestar material han llenado de contenido la moderna noción de ciudadanía,<sup>80</sup> noción que fue elaborada dentro del modelo de organización social del Estado-nación que hoy se encuentra crisis. Y efectivamente dicho modelo entra en crisis, al verse incapacitado dicho Estado para poder responder a las nuevas realidades que la inmigración conlleva, pues la presencia del colectivo inmigrante, pone en cuestión la actual conexión entre el nacimiento, el territorio y el Estado, generando por lo tanto a su vez una crisis en lo que al concepto de ciudadanía se refiere.

De esta forma se observa que los extranjeros inmigrantes provenientes de los llamados “terceros países” quedan excluidos parcial o totalmente de la ciudadanía y quedan por lo tanto sometidos a un contrato de extranjería que se caracteriza por la provisionalidad, la parcialidad y la superficialidad, el cual queda supeditado a su vez a las necesidades laborales o demográficas que ostente el país de acogida.<sup>81</sup> La ciudadanía se ha constituido en un símbolo de injusticia y de desigualdad, que privilegia algunos y que excluye a otros; se ha constituido también en el principal elemento en cuanto a la atribución de derechos se refiere y de este modo al no contar el extranjero con el respectivo estatus de ciudadanía, se convierte de esta manera en un individuo vulnerable, sujeto a condiciones menos favorables, y que no posee a su vez la plenitud de los derechos que en función de calidad de persona debería de poseer.

Y es precisamente esta carencia de derechos la que aunada a las crecientes dificultades de integración<sup>82</sup>, el cual se constituye en uno de los principales factores que contribuyen a poner en tela de juicio la actual noción de ciudadanía. La actual Ley de Extranjería Española, la Ley Orgánica 8/2000 ha contribuido también a poner en duda dicha noción; ello se deriva de lo expresado a lo largo de su articulado, en donde claramente se puede apreciar que se ha efectuado una

---

<sup>80</sup> ARANGO, Joaquín, “Derechos Sociales, Ciudadanía e Integración en Inmigración y Derechos de ciudadanía”. *Tercer Seminario Inmigración y Europa*, Fundación CIDOB, Barcelona 2006, p.122.

<sup>81</sup> DE LUCAS, Javier; “La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración”, *Isegoria*, N° 26, p.79.

<sup>82</sup> Fue necesario plantear políticas dirigidas a favorecer la integración de la población inmigrada ante las elevadas posturas racistas que surgieron como consecuencia del incremento de la inmigración, así como también ante la gran trascendencia que generaron los procesos de guetización en los últimos tiempos, dicha política se tradujo a través de la actuación concreta que hoy en día ejercen las instituciones públicas.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

negación de los derechos con respecto al colectivo de inmigrantes irregulares e indocumentados que se encuentran en España.

Con todo ello podemos afirmar que la institución de la ciudadanía ha sido finalmente entendida, en contraposición a su anterior funcionalidad, como un estatus de privilegio, el cual llegan a ostentar todos aquellos individuos que en función de la nacionalidad han adquirido dicha condición dentro del país. Pero, por otro lado, también se constituye la institución de la ciudadanía, en un inminente factor de exclusión y discriminación, factores que se encuentran dirigidos hacia todo aquel colectivo de personas inmigrantes que por no poseer la nacionalidad no pueden optar hacia aquella ciudadanía tan anhelada; todo ello, además, aunado con el respectivo detrimento de los derechos que por dicha condición no poseen, puesto que tienen plenos derechos quienes tienen la plena ciudadanía y es ciudadano pleno quien es nacional. Vistas así las cosas, el extranjero inmigrante viene a constituirse por lo tanto, en un individuo cuya condición ha de ser considerada como parcial, temporal y sobre todo incierta<sup>83</sup>, todo ello en contraposición a la situación que ostentan aquellos que si tienen reconocida la ciudadanía plena.

En los momentos actuales podemos observar que la figura del inmigrante ha sido construida en función de las diversas circunstancias por las que éste se encuentra al llegar al territorio español; de esta forma se le ha denominado muchas veces ya sea como extracomunitario, clandestino o inmigrante irregular<sup>84</sup>. Dicha categorización ha tenido efectos negativos en cuanto al reconocimiento de los derechos que según una u otra categoría deban poseer los inmigrantes; de esta forma, se le ha despojado prácticamente de su condición de persona, estigmatizándolo negativamente como un no ciudadano y excluyéndolo por tanto,

---

<sup>83</sup> MARTINEZ DE PISÓN, José; “Ciudadanía e inmigración”, *Ciudadanía: dinámicas de pertenencia y exclusión*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de la Rioja, La Rioja, 2003, p.95.

<sup>84</sup> La entrada irregular de los inmigrantes extracomunitarios dentro del territorio español, conlleva a situaciones sociales en las que el inmigrante se ve afectado de muy diversos modos, y es precisamente en el ámbito laboral donde el inmigrante se inserta sigilosamente y opta por lo tanto ante su precariedad y ante la carencia de un contrato de trabajo legal efectivo, a insertarse laboralmente en lo que se denomina hoy en día como economía sumergida. Toda esta situación de irregularidad sucesiva, contribuye en gran forma a incrementar sus posibilidades de no integración ciudadana.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

a través de determinados mecanismos sociales, políticos y jurídicos, todo ello en base a su consideración como no ciudadano.

Los actuales gobernantes de los Estados no son conscientes en este sentido, de las verdaderas consecuencias que sobrevienen a causa de sus denominadas políticas inmigratorias, pues es precisamente en dichas políticas donde se tiende a reafirmar el carácter de “no ciudadano” del inmigrante extracomunitario, negándosele por lo tanto la posibilidad de actuar como un sujeto de derechos y a su vez como un sujeto de su respectiva comunidad política, todo ello en función de la política restrictiva y reforzada de la plena posesión de los derechos fundamentales de acuerdo a su condición de nacional. Y en base de la consideración de “no persona” que hoy en día padece el inmigrante extranjero cabe resaltar la propuesta realizada por DE LUCAS<sup>85</sup>, quien se expresa afirmando que hay que romper el “circulo cerrado de la ciudadanía entendida como fortaleza” y hay que en este sentido abrir paso a un nuevo sujeto que pugna por el reconocimiento de sus derechos.

En la actualidad la insuficiencia por la que atraviesa el concepto de ciudadanía, ha obligado a replantearse acerca de la conveniencia de poder elaborar un nuevo concepto de ciudadanía. Un nuevo concepto que tome en cuenta la nueva realidad plural de la sociedad y que así mismo deje de lado el postulado básico de homogeneización bajo el cual se construyeron los modernos Estados nación. Por ello en virtud de la crisis ya denunciada hemos de observar que sobre la categoría de ciudadanía confluyen dos procesos paralelos. De esta forma refiere FARIÑAS DULCE<sup>86</sup> que por un lado, ha surgido un proceso interno comúnmente denominado como “ciudadanía fragmentada” o diferenciada, la cual implica la existencia de diferencias jurídico y políticamente estables y que por el otro lado ha surgido otra postura más bien externa y que plantea el objetivo de crear una ciudadanía “cosmopolita”, “global o “transnacional”; dicha postura solicita la pérdida creciente del concepto absoluto de soberanía nacional que poseen actualmente los estados nacionales modernos, todo ello en favor de las

---

<sup>85</sup> DE LUCAS, Javier; La globalización no significa universalidad de los derechos. En el 50 aniversario de la declaración de 1948, *Revista Jueces para la Democracia*, N° 32, julio, 1998, p6.

<sup>86</sup> FARIÑAS DULCE, María José; Globalización, ciudadanía y derechos humanos, Dykinson, 2000, Madrid, p.36.

instancias transnacionales o de las regiones globales que puedan existir, se postula de esta forma también la existencia de un sujeto que posee y ejerce los derechos derivados de su vínculo de ciudadanía, no solo dentro de su Estado sino que también los ejerce fuera de ella. Dicha situación se explica por la existencia del doble vínculo político y jurídico de ciudadanía o de pertenencia que posee el individuo; de esta forma ejercería por una parte un vínculo con su Estado nacional y por el otro uno derivado de la integración de su propio Estado a cualquier otro tipo de región global o transnacional, o derivado también por razones de residencia en algún territorio de la correspondiente región global.<sup>87</sup>

### **I.8.1) Titularidad de los derechos de ciudadanía**

La titularidad de los derechos que comporta la noción de ciudadanía ha venido ampliándose conforme ha tenido lugar la concepción tradicional y liberal que ha dado lugar a los modernos Estados Nación. No obstante, cabe recordar la exclusión efectuada y de la que fueron objeto muchos grupos humanos; tal es así, que tanto mujeres, menores, analfabetos e indigentes fueron excluidos en un principio y tal y como hemos visto anteriormente, de la respectiva categoría de ciudadano. La heterogeneidad moderna nos ha demostrado que la presencia de los extranjeros, y para ser más precisos de los extranjeros inmigrantes, ha movido los cimientos de la moderna concepción de la ciudadanía, de tal manera que hoy se plantea la ampliación de los derechos que conllevan la ciudadanía, rompiendo la ecuación entre ciudadano y nacional de un Estado, que hasta entonces ha regido en los Estados modernos. El nuevo ámbito de ejercicio de la ciudadanía es por ello mucho más complejo que en épocas anteriores, las nuevas realidades poblacionales han puesto en duda la verdadera titularidad que poseen los nacionales al derecho de la ciudadanía.

DE LUCAS<sup>88</sup> ha puesto de manifiesto que el concepto de ciudadanía debe de ser revisado, y así mismo reprocha a dicho concepto su carácter ideal, abstracto e irreal para poder hacerse cargo de las nuevas realidades diferenciales que

---

<sup>87</sup> *Ibidem*, p.43.

<sup>88</sup> De LUCAS, Javier; *El vínculo social entre ciudadanía y Cosmopolitismo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p.12.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

conlleven actualmente los nuevos fenómenos minoritarios, manifiesta además su indebida utilización como un instrumento a favor de la exclusión, en donde determinadas minorías se verían perjudicadas del disfrute de los derechos que conllevan el derecho de la ciudadanía. De Lucas identifica el concepto liberal de ciudadanía con el del Estado nacional, a su entender la ciudadanía está basado en el vínculo político de pertenencia al Estado nacional, en el que nación, Estado y cultura son uno, como consecuencia de compartir los lazos de origen, de tradición, prácticas e instituciones culturales, surgidas de forma análoga a la que caracterizan las estructuras de parentesco, considera también, que la ciudadanía liberal está edificada sobre el sofisma del universalismo ilustrado, conforme al cual para ser reconocidos como seres humanos y, en consecuencia como ciudadanos, tendrían que despojarse el individuo de todas las características concretas personales e históricas sobre las cuales existe la persona. Sostiene que si el Estado libera no toma en serio las minorías, sus instituciones políticas adolecerán de un déficit de legitimidad democrática, con lo cual, una ciudadanía forjada al margen de las exigencias del reconocimiento identitario de las minorías nacionales, étnicas o lingüísticas “afecta a la legitimidad democrática en sociedades multiculturales”

PEREZ LUÑO, suscribe la crítica planteada por de Lucas respecto a la noción puramente nominal y depontenciada de eficacia que posee la ciudadanía y así mismo su denuncia respecto a la instrumentalización de la ciudadanía para excluir a determinadas personas o grupos de disfrute. Manifiesta de forma expresa, la función excluyente que de tal categoría hacen los estados de derecho liberales actuales para poder marginar el acceso a los derechos a los extranjeros e inmigrantes.

La doctrina constitucional explica a través de PEREZ ROYO<sup>89</sup>, los motivos por los cuales se les ha negado a los extranjeros inmigrantes la titularidad de los derechos que conllevan la institución de la ciudadanía. PEREZ ROYO, considera que el problema de la titularidad de los derechos fundamentales a los cuales tienen acceso los ciudadanos, se ve manifestada como consecuencia del

---

<sup>89</sup> PEREZ ROYO, Javier; *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, 2007, p.223.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

doble carácter natural y artificial, que poseen los derechos fundamentales. De esta manera, refiere que si los derechos fueran exclusivamente naturales, sería evidente entonces que todos los hombres independientemente de su nacionalidad tendrían que ser considerados titulares de los mismos y por otro lado refiere que si los derechos fundamentales fueran exclusivamente artificiales o constitucionales, sería igualmente evidente que sólo serían por principio titulares de dichos derechos los ciudadanos del Estado. Si bien es cierto que el Estado es la primera forma de organización en la historia que encuentra su origen en la expresa manifestación de voluntad de los individuos que viven en una sociedad, no se puede negar entonces que aquel no se justifica de manera transpersonal, sino que más bien se legitima por la manifestación expresa de la voluntad de los individuos que deciden constituirlo a través de los que se denomina el “contrato social”, en cual lo hacen a través del “poder constituyente”. De esta forma se manifiesta una clara conexión entre los elementos constituidos por la población definida por los derechos y por el respectivo poder constituyente. Queda claro que el poder constituyente no lo ejercen los hombres en general, sino más bien la población de un determinado territorio y es a través del ejercicio concreto del poder constituyente por la población de un determinado territorio como se constituye posteriormente el poder de un determinado Estado, con lo cual quiere decirse que es la participación en el contrato social, en el poder constituyente precisamente, lo que convierte a los individuos en ciudadanos. Y es por esta razón que la ciudadanía se convierte en un concepto general dentro de las fronteras del Estado, pero así mismo es un concepto particular fuera de las fronteras del mismo Estado.

PEREZ ROYO, manifiesta la existencia de una igualdad constitucional, la cual se predica como la igualdad de la población de un Estado, es decir una igualdad política, territorialmente limitada. No se refiere por tanto, a una igualdad humana de carácter universal. Manifestada la diferencia entre estas dos igualdades, se entiende por lo tanto, que todos los hombres son iguales por naturaleza, pero en lo que respecta al ámbito político solo lo constituirían los ciudadanos del Estado. De esta forma la línea divisoria trazada por la igualdad natural y la igualdad política es la que hace que los extranjeros y los nacionales no sean titulares de derechos en las mismas condiciones, y es así como también el

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

principio de igualdad que se reconoce y garantiza en todas las constituciones es de aplicación en toda su extensión e intensidad a los ciudadanos pertenecientes a un Estado, pero no lo es respecto a quienes no lo son. Finalmente, concluye afirmando que es así, que se explica como los ciudadanos se constituyen en titulares de todos los derechos constitucionales sin excepción, por el contrario de los extranjeros, quienes no serán acreedores de dichos derechos constitucionales en su totalidad todo ello en función de su estatus de no ciudadanos, sin embargo no podrá negárseles el reconocimiento de aquellos derechos naturales indiscutibles, como lo son el derecho a la vida, a la libertad personal, y a la intimidad.

Siguiendo este sentido, la L.O 8/2000 ha incidido de forma restrictiva en cuanto al reconocimiento de los derechos que aquella reconoce a los extranjeros inmigrantes. De esta forma ha seguido el criterio de la titularidad, haciendo depender por lo tanto, el reconocimiento de los derechos en función de “la residencia legal” que deben poseer los extranjeros inmigrantes.

Este enfoque jurídico político no toma en consideración, y por tanto deja intacta, la realidad de que los inmigrantes son depositarios de dos fuentes de injusticia y de discriminación o más exactamente de dominación. La del poder derivado de la soberanía estatal, que decide quiénes son iguales y quienes son diferentes, y la derivada de su situación socio-económica que hace que hoy podamos hablar en términos de su particular cuestión social.<sup>90</sup>

### **I.8.2) Ciudadanía y Naturalización**

El Código Civil español regula a través de su articulado las vías precisas para poder adquirir la nacionalidad española. Tal es así, que desde el artículo 17 al 26 se han contemplado dos vías diversas. Una vía que es independiente de la voluntad de la persona, y otra vía que constituye el resultado de la decisión unilateral que puede ejercer el Estado hacia un no nacional, esto siempre y cuando el no-nacional lo haya requerido voluntariamente con anterioridad.

---

<sup>90</sup> DE LUCAS Javier y Otro; “Le déplacement du monde.Migration et politiques identitaires”, Paris, Kime, 1998, *Nueva Ciudadanía y Derechos Sociales y Políticos de los Inmigrantes* de Añón, María, Gaceta Sindical, junio 2003 N°3, p.116.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

De este modo, la nacionalidad puede adquirirse o bien automáticamente es decir, por nacimiento, o bien de una forma derivada o atributiva. La adquisición de la nacionalidad de forma automática ha seguido el criterio del *ius sanguinis* (es decir el derecho de sangre) y está dirigido para los hijos de padre español, en donde lo importante es la ascendencia de los individuos y se encuentra prescrito así mismo en el artículo 17.1.a del Código Civil. Este tipo de adquisición de la nacionalidad constituyó el modelo étnico de Estado al cual se adhirieron Alemania y Austria por muchos años.

El otro criterio utilizado para adquirir la nacionalidad de forma automática los constituye el *ius soli*, este segundo criterio es el corresponde a una “comunidad política” y es el modelo propio de Estado que resulta de un pacto entre las partes que lo integran. Francia y Gran Bretaña y los países que se forman a partir de la emigración son ejemplos de éste último criterio. Este criterio se encuentra regulado en los artículos 17.1.b y 17.2 del Código Civil. Finalmente se sigue el criterio de la adopción, el cual se encuentra regulado en el artículo 19.1-2 del Código Civil. La nacionalidad por otro lado, dentro de la forma derivativa, puede adquirirse también, por la opción, por la naturalización y por la residencia, los cuales se encuentran prescritos en los artículos 20.1, 21.1 y por el artículo 22 del Código Civil.

Si bien es cierto que la ciudadanía y la nacionalidad no son términos iguales, no podemos negar que dichos conceptos se encuentran estrechamente relacionados entre sí, tanto que la ciudadanía para el caso de los extranjeros, ha quedado hoy en día subordinada en cierta forma al concepto de la nacionalidad siendo indispensable por lo tanto la respectiva naturalización para el pleno acceso a la ciudadanía. De esta forma se ha vinculado la ciudadanía a la nacionalidad en un sentido en el que se ignora o se subestima la residencia que pueda tener el inmigrante, reconociéndosele así el estatus de ciudadanía sólo a los nacionales europeos y convirtiendo así como lo refiere CAMPILLO



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

MESEGUER<sup>91</sup> a millones de extranjeros inmigrantes en unos ciudadanos de segunda clase.

Se ha observado que en los países en donde rige el derecho de sangre sólo se ha otorgado la ciudadanía en función de la descendencia que poseen los ciudadanos del lugar; en cambio en los países en donde se aplica el derecho del suelo son considerados ciudadanos los nacidos en el mismo territorio.

Es cierto que en la práctica todos los estados combinan los dos principios aunque realmente siempre predomina alguno de ellos. Se ha observado que solo Austria y Suiza, de entre los países de la Europa occidental, han mantenido el principio del *ius sanguinis* de forma estricta, negándosele así la ciudadanía respectiva a los hijos de los extranjeros que han nacido en el país, ignorándose también la residencia de toda la vida que pudieran ostentar sus progenitores. Alemania fue hasta hace poco un ejemplo preclaro del principio del *ius sanguinis*.

Sin embargo, la situación cambió en el año de 1998, con la llegada al poder del grupo de la coalición centro-izquierda. Este cambio se manifestó con la nueva ley de ciudadanía, aprobada en mayo de 1999 y que entró en vigor en el año 2000, la cual en una versión más moderada a la inicial propuesta de doble ciudadanía que fue elaborada con anterioridad, dejó de lado el denominado principio del *ius sanguinis*, el cual estuvo regido por el código alemán de nacionalidad desde el año 1913, para dar paso en su lugar al respectivo derecho del suelo, es decir al criterio del *ius soli*, se dio paso así a un cambio histórico de un modelo de ciudadanía étnico o popular a un tipo más moderno e inclusivo<sup>92</sup>.

Es precisamente con dicha legislación con la que los inmigrantes pueden optar a la naturalización tras ocho años de residencia, ello siempre y cuando cumplan con ciertos requisitos, como la renuncia a la nacionalidad previa, la carencia de antecedentes penales, medios económicos para la subsistencia

---

<sup>91</sup> CAMPILLO MESEGUER, Antonio; “Ciudadanía y Extranjería en la Sociedad Global”, VV.AA, *La condición inmigrante: exploraciones e investigaciones desde la Región de Murcia*, PEDREÑO CÁNOVAS, Andrés (coord.), Universidad de Murcia, Murcia, 2005

<sup>92</sup> CASTLES, Stephen, Jerarquías de ciudadanía en el nuevo orden global, *Análes de la Cátedra Francisco Suárez*, N°37 (2003), P.19

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

familiar, conocimientos suficientes del idioma alemán y la declaración de lealtad respectiva a su ley nacional. Los hijos de los inmigrantes obtienen a su vez la ciudadanía con el nacimiento, ello si al menos uno de sus progenitores han residido en Alemania, siendo el plazo mínimo solicitado el de 8 años o con la posesión de un permiso de residencia permanente de por lo menos tres años. Pueden también optar a la ciudadanía los que hayan estado en la situación de escolarización en Alemania por el período de tiempo de 8 años. En cuanto a los miembros de la segunda generación, éstos podrán obtener la doble nacionalidad hasta los 23 años, fecha en donde indefectiblemente tendrán que optar por solo una de las nacionalidades.

En los últimos tiempos ha surgido un nuevo criterio respecto a la adquisición del estatus de la ciudadanía. Ha surgido el *ius domicili*, como el criterio que liga a la ciudadanía con la residencia. Este criterio supone una fórmula alternativa tanto para los inmigrantes de primera como para los de la segunda generación. Este plazo de residencia varía de acuerdo a lo que se estipula en los diversos Estados. De esta forma, los plazos cambian según el país en que se encuentre y la concesión que se otorgue al inmigrante. En Suecia los inmigrantes de los países nórdicos pueden solicitar la ciudadanía al cabo de 2 años de residencia legal, mientras que el resto de los inmigrantes deben esperar por un período de tiempo de 5 años. En España, la legislación está orientada por el principio de inclusión y defiende así, el criterio del *ius soli* para los inmigrantes provenientes de la segunda generación, esto tal como lo establece el artículo 17.2 del código civil, así mismo se aprecia que la legislación española ha seguido también un criterio selectivo puesto que la duración de residencia que se requiere depende directamente de criterios que no dependen de la voluntad de la persona, sino que son de nacimiento, es decir que se depende de la nacionalidad del que lo solicite. Se observa así, que el criterio de la nacionalidad del inmigrante que lo solicita opera como una referencia para discriminar selectivamente.

En la práctica la mayoría de los inmigrantes precisan de 10 años de residencia para poder tener la opción de adquirir la nacionalidad española, mientras que se solicita el plazo de dos años para los originarios de

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Latinoamérica, Guinea Ecuatorial, Filipinas y Andorra, es decir se toma en cuenta el nacimiento en dichos países y se considera como una nacionalidad preferente. Finalmente se pide cinco años para el caso de los asilados y refugiados. La práctica de la discriminación institucionalizada y legislada se encuentra expresada en la diferencia de ocho años que existe entre la primera y segunda categoría anteriormente señalada; sin embargo dicha discriminación se explica como consecuencia del pasado colonial que ha experimentado España con determinados países, lo cual hace entender porque se producen estas distancias temporales tan grandes entre nacionalidades.<sup>93</sup>

Igualmente que en Alemania, en España también se solicitan ciertos requisitos para poder adquirir la nacionalidad, de esta forma la naturalización está sujeta a condiciones de buena conducta y de compromiso positivo o lealtad. Debe aclararse que la buena conducta suele definirse en términos negativos como la ausencia de antecedentes criminales, mientras que el compromiso positivo se encuentra referido al conocimiento de la lengua y alguna otra prueba de voluntad de integrarse y de lealtad.

Por lo que se refiere al modelo de adquisición de la nacionalidad que se desarrolla en España, se observa que el modelo que se ha desarrollado en concreto, ha oscilado entre un modelo abierto y un modelo propiamente proteccionista. El modelo abierto está referido a las condiciones que se ofrecen para poder adquirir la nacionalidad española de forma automática, es decir el *ius soli*, y está dirigido hacia aquel colectivo de inmigrantes que pertenecen al menos a la segunda generación migratoria, es decir hacia los hijos de los primeros inmigrantes que se establecieron en España; esto tal y como lo ha establecido el artículo 17.1.b el cual establece que “Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España”. El otro modelo proteccionista que se sigue para la adquisición de la nacionalidad, se encuentra expresado por la exigencia que se solicita hacia

---

<sup>93</sup> ZAPATA BARRERO, Richard; *Multiculturalidad e Inmigración*, Síntesis, Madrid, 2004, p.58.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

aquellos inmigrantes no preferentes, consistente en un período de residencia de más de cinco años.

Paralelamente a lo anteriormente establecido para la obtención de la nacionalidad española, la legislación española, también reconoce la posibilidad de la obtención de la doble nacionalidad. Tal es así, que el artículo 11.3 de la Constitución española establece que “El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido una particular vinculación con España. En estos mismo países, aún cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen”. Del artículo constitucional expuesto se infiere por lo tanto, que se ha establecido dos situaciones legales de doble nacionalidad: la convencional y la automática, de acuerdo con sus dos referentes, la de la comunidad histórica iberoamericana y la protección social del español residente en el extranjero, respectivamente. Por otro lado, también el Código Civil español ha regulado la adquisición de la doble nacionalidad, pero esta doble nacionalidad se infiere al leer del artículo 24 los cuatro casos en los que se pierde la nacionalidad española para los españoles de origen. De esta forma, se pierde la nacionalidad española en primer lugar por razón de emigración, si el individuo adquiere la nacionalidad del país donde estuviere instalado y expresara su voluntad de conservar la nacionalidad española al encargado del Registro Civil, se pierde en segundo lugar cuando la adquisición de la nacionalidad de países preferentes no supone la pérdida de nacionalidad española, esto es, por adquisición de la nacionalidad de un estado vinculado histórica, cultural o geográficamente a España, estamos hablando concretamente de los países iberoamericanos, Andorra, Filipina, Guinea Ecuatorial y Portugal, la tercera causa de pérdida de la nacionalidad es cuando los españoles emancipados renuncian expresamente a la nacionalidad española y finalmente se pierde cuando los que han nacido y residido en el extranjero y que se encuentran ostentando a su vez la nacionalidad española por ser hijos de padre o madre españoles, los cuales también hubiesen nacido en el extranjero, no manifestasen expresamente su voluntad de conservar dicha nacionalidad en el plazo de tres años, a contar desde que hubiesen obtenido la mayoría de edad o la emancipación.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

La adquisición de la doble nacionalidad permite a determinados extranjeros extracomunitarios estar en la posesión de una doble ciudadanía, la cual se convierte en un elemento clave para el mejor reconocimiento de las múltiples afiliaciones e identidades que existen en el Estado. Los países receptores de inmigración muchas veces conceden esta doble ciudadanía como forma de vincular a los emigrantes con sus países de origen, establecido este vínculo se puede observar un reporte de beneficios en forma de envíos económicos, transferencia de tecnología, lealtad política y el mantenimiento cultural que van a beneficiar indefectiblemente al país receptor. Así mismo se espera mejorar la integración social de las minorías y prevenir el vínculo de etnicidad que pueda provocar desventaja social y que está a su vez en la raíz de los conflictos étnicos y el racismo<sup>94</sup>

La adquisición de la nacionalidad se ha convertido en un instrumento importante para la integración de los inmigrantes en España y conforma hoy en día uno de los cauces vertebrales en la solución jurídica de los problemas de la inmigración. Hay pocas dudas de que la nacionalidad debe ser considerada como uno de los instrumentos de integración, de modo que una hipotética política severa y restrictiva en materia de integración, no es incompatible con la más progresista posición en materia de integración de los inmigrantes extranjeros residentes en el Estado.<sup>95</sup> Sin embargo, a pesar de que la nacionalidad sea considerada como un instrumento de integración, serias dudas caben acerca del vínculo que tiene aquella, con respecto a la ciudadanía que no posee la mayoría de extranjeros extracomunitarios. De esta forma aquel vínculo se ha manifestado hoy en día como ya hemos dicho anteriormente como un elemento de exclusión, de restricción y de incluso de negación de los derechos fundamentales y de esta forma no se le abre la posibilidad al inmigrante extracomunitario de actuar como un sujeto de derechos y como un sujeto a su vez de la respectiva comunidad política puesto que el vínculo político de nuestras sociedades sigue construyéndose desde el estatus de la nacionalidad.

---

<sup>94</sup> CASTLES, Stephen, "Globalización e Inmigración", *Inmigración y proceso de cambio. Europa y el mediterráneo en el contexto global*, Icaria, Barcelona, 2004, p.455.

<sup>95</sup> RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, Juan; La nacionalidad como vía de integración de los inmigrantes extranjeros, *Revista de Estudios Políticos*, N°103, enero/marzo, 1999, p.172.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

De esta forma el extranjero es excluido del núcleo de la comunidad política y solo tiene la posibilidad de acceder a un cierto estatus de ciudadanía parcial frente a la condición plena de lo que significa ser verdaderamente ciudadano. En este sentido se expresa la Constitución española de 1978 en el artículo 13.3 cuando expresa que “solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 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”. Este mismo criterio es el que hace suyo el legislador de la Ley Orgánica de extranjería 4/2000; esta ley reconoce a los extranjeros la titularidad de todos los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución, con la única excepción del derecho de participación política que se encuentra reconocido en el artículo 23 de la Constitución Española, el cual como hemos visto se encuentra reservado en exclusiva a los ciudadanos españoles.

Hemos de observar así mismo que dicho criterio ha sido complementado con un criterio interpretativo general de presunción de la igualdad entre españoles y extranjeros en el ejercicio de los derechos reconocidos por la Ley Orgánica 4/2000; en este sentido se expresa el último inciso del artículo 3.1 cuando refiere que “se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que le reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”. Ejemplos significativos de los derechos reconocidos en condiciones de igualdad con los españoles, por la Ley Orgánica 4/2000, lo tenemos respecto al derecho a la educación reconocido en el artículo 9, en el derecho a la asistencia sanitaria reconocido en el artículo 12, y en el derecho a la seguridad social y a los servicios sociales, los cuales se encuentran reconocidos en el artículo 14 de dicha ley. Sin embargo, debe dejarse constancia que para el goce de aquellos derechos es condición previa que el extranjero tenga la condición jurídica de residente de acuerdo con lo previsto en la propia ley, específicamente en el capítulo II, del Título II el cual se encuentra referido concretamente a las Situaciones de los extranjeros. En este sentido se observa que la presencia de residentes extranjeros convertidos en titulares de determinados derechos ciudadanos, ha producido una desvirtuación del estatus de ciudadanía al

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

erosionar la tradicional dicotomía jurídica entre el nacional y el extranjero<sup>96</sup>. Diversa es la situación de los derechos a la documentación, el derecho a la enseñanza básica gratuita y obligatoria para los menores de 18 años, el derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera sea su causa, o también para los menores de 18 años y con respecto a las mujeres embarazadas y finalmente con respecto a la tutela judicial efectiva, estos derechos pueden ser así ejercidos por los extranjeros, aunque aquellos no tengan la condición de residentes. De esta forma hemos de observar que la adquisición de la residencia por el inmigrante extracomunitario se ha convertido en un elemento esencial para el goce de determinados derechos fundamentales, pero no así en un elemento suficiente para el goce pleno de todos aquellos derechos de los que actualmente gozan los nacionales.

Expuesto lo anterior no cabe duda en afirmar que los gobernantes no son concientes de las implicaciones que tienen sus decisiones sobre la extranjería para un efectivo sistema democrático, es decir para el estado de Derecho y para la efectividad de los derechos fundamentales y así, se observa que las denominadas políticas de inmigración tienden a reafirmar el carácter de no ciudadano del inmigrante, y refuerzan la plena posesión de derechos con la adquisición de la nacionalidad con lo cual se restringe enormemente su acceso a un estatuto legal normal.<sup>97</sup> Solo determinados países, tales como Noruega, Suecia, Holanda y Bélgica han alcanzado un avance significativo en cuanto al reconocimiento de los derechos políticos que pueden ostentar los extranjeros residentes y es en este sentido que se ha otorgado el derecho al voto en las elecciones locales y regionales a los inmigrantes legales que lleven un determinado tiempo en el país.

Con todo hay que advertir, que como consecuencia de la vinculación que se ha dado entre la ciudadanía y la adquisición de la nacionalidad se ha producido entonces en los últimos tiempos una ampliación en el número de los extranjeros que no poseen actualmente una ciudadanía plena y se ha desarrollado a su vez una

---

<sup>96</sup> LOPEZ SALA, Ana María; *Inmigrantes y estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*, Barcelona, 2005, p.40.

<sup>97</sup> MARTINEZ DE PISÓN, José; "Ciudadanía e inmigración", *op. cit.*, p.78.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

compleja gradación de niveles en relación con la ciudadanía<sup>98</sup>, respecto de quienes son ciudadanos y quienes no lo son, esto de acuerdo con las diferentes dotaciones de derechos que corresponden a los distintos grupos de inmigrantes según cuál sea su estatus legal y político.

De este modo se encuentran ubicados en el primer nivel de la clasificación aquellos extranjeros que han optado por la naturalización y que poseen por lo tanto la totalidad de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española. En un segundo grupo les siguen aquellos extranjeros residentes permanentes, conocidos como los *denizens*, los cuales gozan de una amplia dotación de derechos, de la que solamente estarán excluidos los derechos políticos. En tercer lugar quedan aquellos inmigrantes con permisos temporales de residencia, a los cuales les corresponde un determinado número de derechos limitados dados en función de su estancia temporal, derechos a su vez que son variables según la legislación de los distintos países receptores de inmigración. Este carácter temporal de la estancia que posee el inmigrante se ha constituido hoy en día en un factor transcendental limitante que dificulta que todo inmigrante pueda acceder con posterioridad a obtener la nacionalidad del país de acogida, el inmigrante es considerado como un sujeto portador de fuerza de trabajo y como una herramienta sostenedora de la sociedad de bienestar antes que como un ciudadano<sup>99</sup>. Se trata de mantener así la condición transitoria de huésped del inmigrante, puesto que dicha condición asegura su alejamiento de una ciudadanía plena, pues, si esta se obtuviera mediante un estatus de residencia permanente, los inmigrantes entrarían en competencia directa y estable con los trabajadores autóctonos, situación que las políticas inmigratorias de los estados procuran evitar.<sup>100</sup> El último y cuarto lugar los ocupan los inmigrantes irregulares, los cuales en función de su situación ilegal se encuentran privados de derechos fundamentales, aunque dicha situación también resulta variable según la distinta procedencia de las sociedades de acogida, que como en el caso de España ya

---

<sup>98</sup> ARANGO, Joaquín; "Derechos Sociales, Ciudadanía e Integración" *Inmigración y Derechos de Ciudadanía*, 3er seminario Inmigración y Europa, Fundación CIDOB, Diputación de Barcelona, 2006, p.123.

<sup>99</sup> DE LUCAS, J; El marco jurídico de la inmigración. Algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la ley Orgánica 4/2000", *Jueces para la Democracia*, N° 38, 2000, p.3-4.

<sup>100</sup> WALSER, Michael; *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y de la igualdad*. Fondo de cultura Económica, México, 1993, pp.68-71.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

hemos visto que si se atribuye determinados derechos en función de criterios de urgencia u otras circunstancias.

Finalmente cabe tener en cuenta lo que suscribe DE LUCAS, cuando refiere que, la clave para obtener la ciudadanía radica en evitar el anclaje que se realiza de aquella con respecto a la nacionalidad, sea esta tanto la otorgada por nacimiento como la obtenida por la naturalización, la ciudadanía debe pues como dice el autor regresar a su raíz y asentarse en la condición de la residencia, es por eso que debe dársele la importancia a la vecindad, a la ciudadanía local, que es la que mayormente nos permite entender más fácilmente como los inmigrantes comparten con los ciudadanos propios de la ciudad, las tareas, las necesidades, los deberes y por tanto también los derechos propios de ésta.<sup>101</sup> De esta forma los inmigrantes que disfrutan del permiso de residir y trabajar deberían tener pues el derecho a convertirse en ciudadanos, ello siempre y cuando se satisfagan ciertas condiciones que no deberían ser desproporcionadas, en la que no se tome en cuenta de forma imperativa el criterio de la nacionalidad. Oponerse a ello resultaría a la larga contradictorio con los presupuestos participativos e igualitarios de un verdadero sistema democrático. Así mismo, debe prestarse atención a las diversas restricciones que se han planteado en las normas jurídicas sobre materia de extranjería, para poder acceder a la nacionalidad y a la residencia, las cuales como bien lo señala MORENEO<sup>102</sup>, se han impuesto a la condición de persona para adquirir el estatuto de derechos que hacen de los seres humanos unos ciudadanos plenos. Se debe por lo tanto transferir el vínculo de la ciudadanía desde la nacionalidad a la residencia, la cual no debe otorgarse únicamente bajo los criterios de la obtención de la nacionalidad.

---

<sup>101</sup> DE LUCAS, Javier; “Los inmigrantes como ciudadanos”, *Gaceta Sindical*, N°3. *Reflexión y Debate. Ciudadanía y derechos sociales y políticos de los inmigrantes*, junio, 2003, p.48.

<sup>102</sup> MONEREO, José, “Ciudadanía, solidaridad y extranjería”, VV.AA, *Comentario a la constitución socio-económica de España*, MOLINA, C y Otros (Directores), Granada, Comares, 2003, p.204-205.

**I.9) La Ciudadanía Social**

El estudio del concepto de ciudadanía comprende en primer lugar un aspecto político, es decir una relación política existente entre un individuo y una comunidad política determinada, y es en virtud de esa relación que el individuo se convierte en miembro de pleno derecho de esa comunidad y le debe a su vez lealtad mientras disfruta de aquella. Durante el siglo XIX la ciudadanía adquirió un carácter predominantemente político y los ciudadanos eran aquellos que gozaban de la plenitud de los derechos políticos. Pero es el siglo XX donde la ciudadanía adquiere un nuevo contenido, el social, así el tránsito del Estado Liberal al estado Social de derecho planteó la ampliación del contenido de la ciudadanía para integrar en el seno de la ciudadanía social una serie de derechos tanto de índole económica, social y cultural los cuales en su significado estricto, rebasan la idea primigenia de ciudadanía. De esta forma, ser ciudadano hoy en día es tener derecho a recibir educación y asistencia, prestaciones sociales diversas, servicios públicos subvencionados, salario reglamentario, protección laboral etc<sup>103</sup>.

Este modelo de ciudadanía social tiene su formulación más conocida en la obra de Thomas Marshall, quien recogió en su estudio *Citizenship and Social Class* (Ciudadanía y Clase Social) un variado conjunto de derechos, los cuales se componen de tres partes que evolucionaron históricamente, los civiles, los cuales resultaron claves para el ejercicio de la libertad individual, los políticos, necesarios para la plena participación en los asuntos públicos y los sociales-económicos que permiten disfrutar del nivel de vida, así como también de la protección social, y es precisamente en dicha protección social donde Marshall resalta la superación de la lógica liberal en la relación entre el Estado y el ciudadano, pues se cede el paso de la sumisión a la integración a través del nuevo papel que corresponde a los poderes públicos.<sup>104</sup> Se puede decir entonces que, se ha producido un proceso que ha consistido en una extensión gradual de estos derechos y de los sujetos y grupos a los que se han ido incorporando a la categoría

---

<sup>103</sup> BORJA, Jordi y Otros; *La Ciudadanía Europea*, Ediciones Península, Barcelona, 2001, p.38.

<sup>104</sup> MAESTRO BUELGA, Gonzalo; “Globalización, inmigración y ciudadanía social”, *Revista de Derecho migratorio y Extranjería*, N°4, noviembre, 2003, p.14.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

de ciudadanía. Según refiere Marshall, los derechos sociales tienen una naturaleza distinta de los derechos civiles y políticos, pues mientras que estos últimos pueden definirse y reconocerse con cierta precisión, los derechos sociales atañen a la calidad de vida. Marshall expone la idea según la cual para ser ciudadano y participar plenamente en la vida pública un sujeto necesita encontrarse en una cierta posición socio-económica. Con lo cual, la noción de ciudadanía no puede ser independiente de la dimensión social y económica, y no sólo porque las desigualdades producen inestabilidad, sino porque las situaciones de insatisfacción de necesidades básicas interfieren claramente con la capacidad de deliberación. Este razonamiento ha sido denominado por Held<sup>105</sup> como el doble enfoque sobre los derechos que tienen en cuenta, tanto los derechos que los ciudadanos disfrutan formalmente, como las condiciones bajo las cuales los realizan o los hacen valer. Hay que tomar en cuenta, sin embargo, que a pesar de que el acceso a la educación o al sistema sanitario, constituyen de por sí ejemplos eminentes de derechos sociales, ello no significa indefectiblemente de que el principio de ciudadanía social pueda prescribir el nivel que cabe esperar de escuelas y hospitales<sup>106</sup>.

Por otro lado, refiere también MARSHALL de que los derechos sociales se han constituido en elementos esenciales dentro del concepto de ciudadanía, puesto que aquellos derechos se constituyen en derechos básicos para poder disfrutar del goce efectivo de los derechos civiles y políticos, puesto que la pobreza y la ignorancia se constituyen en elementos negativos que merman inevitablemente el deseo y la oportunidad de poder beneficiarse de aquellos.

MARSHALL también puso de manifiesto la tensión permanente que existe entre ciudadanía y mercado y advirtió de la necesidad de disfrutar de un conjunto de derechos sociales para poder hablar de una plena ciudadanía, ya que en su opinión la ciudadanía no podía limitarse a la atribución formal de los derechos políticos. MARSHALL expone la tesis de que la igualdad inherente a la

---

<sup>105</sup> HELD, David; "Ciudadanía y Autonomía, La política", *Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, N° 3, 1997, p.55.

<sup>106</sup> HEATER, Dereck, *Ciudadanía. Una breve historia*, Alianza Editorial, Madrid, 2007, p.210.

ciudadanía puede ser compatible con la desigualdad consustancial a la estructura de clases. Además suscribe MARSHALL que “existe una igualdad humana básica, asociada al concepto de pertenencia plena a una comunidad que no entra en contradicción con las desigualdades que distinguen los modelos económicos de la sociedad, en otras palabras la desigualdad de clases del sistema de clases sería aceptable siempre que se reconociera la igualdad de la ciudadanía” y así mismo declara que “aunque no existe un principio universal que determine cuáles son los derechos y obligaciones, las ciudades donde la ciudadanía es una institución en desarrollo, crean la imagen de una ciudadanía ideal que sirve para calcular el éxito y es objeto de las aspiraciones. Las conquistas que se producen en la dirección así trazada proporcionan una medida más acabada de la igualdad, un enriquecimiento del contenido de ese estatus y un aumento del número de los que disfrutan de él”. En virtud de lo expuesto por MARSHALL, podría decirse como bien lo señala MARTINEZ BONAFÉ<sup>107</sup>, que el concepto social de ciudadanía se ha convertido indudablemente en el correctivo de las respectivas desigualdades de clase o de cualquier tipo que puedan existir en la sociedad, puesto que como también refiere MARSHALL, tanto los derechos civiles como los políticos tienen poco efecto sobre la desigualdad social creada por el mercado y son pues los derechos sociales los que tendrán como función la modificación de la estructura de la desigualdad social creada por el mercado. Además, existe como lo declara BOTTOMORE<sup>108</sup>, una tendencia hacia la igualdad, puesto que ésta representa la última fase de una evolución secular de la ciudadanía que había comenzado por la conquista de los derechos civiles y políticos, para desembocar finalmente en los derechos sociales; dicha tendencia se manifiesta a su vez paradójica respecto al desarrollo que han experimentado los derechos de ciudadanía, pues dicho desarrollo ha estado asociado al nacimiento y desarrollo del capitalismo el cual se caracterizó más bien por ser un sistema que favoreció la desigualdad.<sup>109</sup> Es decir, el objetivo de la ciudadanía consiste en asegurar que cada cual sea tratado como miembro pleno de la sociedad de iguales y este principio coincide, sin embargo con el auge del capitalismo que genera desigualdad. De esta forma MARSHALL llegó a la

---

<sup>107</sup> MARTÍNEZ BONAFÉ, Jaime y Otros; *Ciudadanía, poder y educación*, Editorial Graó, Barcelona, 2003, p15

<sup>108</sup> MARSHALL, Thomas y BOTTOMORE, T; *Ciudadanía y Clase Social*. Alianza, Madrid, 1998, p85

<sup>109</sup> PEÑA, Javier; *La ciudadanía hoy, problemas y propuestas*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2000, p.47.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

conclusión de que la ciudadanía social no es capaz de subvertir la lógica antiigualitaria del mercado, pero sin embargo puede producir un enriquecimiento general del contenido concreto de la vida civilizada”, generándose por lo tanto, de entre otros algunos fenómenos favorables como la reducción de los riesgos y una tendencia hacia la equiparación respecto a la salud y a la educación. PEÑA JAVIER<sup>110</sup>, destaca que la ciudadanía social conlleva a una especie de infiltración de la lógica del estatus en la lógica del contrato, ello en razón de que se tiende a subordinar los precios del mercado a los criterios de justicia social y a sustituir el libre cambio por la declaración de derechos subjetivos; esta desigualdad en el estado social no sería pues una desigualdad de estatus sino más bien una desigualdad de renta.

Así pues, conforme al planteamiento de MARSHALLI, se observa que la noción de ciudadanía se integra mediante dos elementos esenciales de orden complementario. De esta forma, el primero de ellos está conformado por el principio de igualdad el cual deriva del reconocimiento del estatus social y legal. El segundo de los elementos se encuentra constituido por el principio de participación y está referido a la identificación de un vínculo de pertenencia con la comunidad.

La ciudadanía según el primer elemento es considerada como “aquel estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una sociedad”, de esta forma, se puede decir que “sus beneficiarios son iguales en cuanto a los derechos y a las obligaciones que implica”.<sup>111</sup> Pero se ha de aclarar que aunque ese estatus ha sido construido en parte sobre una base jurídica de derechos, la utilización que se ha efectuado de ella ha sido según Marshall en un sentido sociológico, pues el estatus fue concebido como una posición en la estructura social que permite esclarecer una identidad social, expresada en uno o más roles, los cuales definen la conducta esperada de quien ocupa dicha posición.<sup>112</sup> De esta forma el estatus de ciudadanía se apoya en un conjunto de derechos, pero a la vez también se nutre de la interacción de diversos factores sociológicos tales como son los relacionados

---

<sup>110</sup> *Ibidem*, p48.

<sup>111</sup> MARSHALL, Thomas y BOTTOMORE, T; Ciudadanía .... , op .cit, p.37.

<sup>112</sup> GINER, Salvador; y Otros; *Diccionario de Sociología*, Alianza, Madrid, 1998, p.267.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

con la propiedad, la educación y la estructura de la economía nacional.<sup>113</sup> Acorde con este sentido, el estatus del inmigrante, ha de tener que integrarse mediante otras posiciones de estatus social, las cuales se van a sobreponer a aquél bajo el patrón de la igualdad, esto de tal forma que, por ejemplo, el inmigrante trabajador o el inmigrante propietario sean tratados por el estado y la sociedad receptora desde esa pauta igualitaria.<sup>114</sup>

El segundo elemento que conforma el concepto general de ciudadanía, presenta también una doble dimensión sociológica y jurídica. Así, sociológicamente, la ciudadanía presenta una faz más activa y de adhesión a un proyecto común, de este modo, “requiere otro vínculo de unión distinto, un sentimiento de pertenencia a la comunidad basado en la lealtad a una civilización que se percibe como patrimonio común”.<sup>115</sup> Cabe subrayar en este sentido, que dicha comunidad con la que se establece el lazo de pertenencia puede adoptar formas distintas organizativas o institucionales, entendiéndose que la entidad con la que tal vínculo suele establecerse es el Estado-nación.<sup>116</sup> En esta segunda vertiente nos encontramos entonces con un vínculo que sobrepasa el ámbito jurídico para conectarse específicamente con una realidad histórica, cultural y social identificada con la nación. El vínculo de pertenencia encuentra su plataforma de despegue en el conjunto de derechos que conforman la ciudadanía genérica como estatus legal y social y, en consecuencia, en los derechos sociales y la ciudadanía social que los compendia. Todo ello significa que los derechos de ciudadanía y, por tanto los derechos de ciudadanía social, conforman factores de integración que ayudan a forjar aquel vínculo. Ahora bien, ha de quedar claro que si bien es cierto que el reconocimiento de tales derechos constituye una condición necesaria para tal integración, no viene resultando dicho reconocimiento una condición necesariamente suficiente.<sup>117</sup> Es en este sentido, cuando Marshall se manifiesta partidario de la existencia de un vínculo de cercanía con una determinada comunidad, para poder lograr la plena integración del ciudadano.

---

<sup>113</sup> MARSHALL, Thomas y BOTTOMORE, T; Ciudadanía..., *op.cit.*, p.38-39.

<sup>114</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente; *Ciudadanía Social y Políticas migratorias de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2005, p.33.

<sup>115</sup> MARSHALL, Thomas y Bottomore, Ciudadanía..., *op. cit.*, p.46.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p.37.

<sup>117</sup> SOLÉ PUIG, Luisa y Otros, “Identidad colectiva y ciudadanía supranacional”, *Papeles de Economía Española*, Nº 98, p.169.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Expuesta la vertiente sociológica y teniendo en cuenta el contexto territorial y temporal en el que fue elaborada, se observa que aquella ha suscitado una especial dificultad con respecto a la plena integración del inmigrante. Efectivamente, en virtud del vínculo de pertenencia que se exige, el inmigrante quedaría fuera de dicho vínculo al no pertenecer su sociedad de origen a la civilización y cultura de la respectiva sociedad receptora. Esta situación se convierte así en un problema difícilmente superable para los inmigrantes que no se identifiquen con la civilización o con la cultura o culturas existentes en el Estado de acogida. La referida dificultad de integración aparece asimismo si se considera la dimensión jurídica de esta segunda vertiente de la ciudadanía. De esta forma el vínculo de pertenencia a la comunidad encuentra también una primera vía de expresión legal, la cual se halla expresada en la posible obtención de la nacionalidad por parte del inmigrante, todo ello de acuerdo con el modelo identitario de ciudadanía.<sup>118</sup>

Según MARTÍNEZ ABASCAL<sup>119</sup>, la noción de ciudadanía social, toma como base el carácter jurídico y sociológico del concepto genérico de ciudadanía, de esta forma presenta también a su vez, una dimensión sociológica y una dimensión jurídica la ciudadanía social. Visto desde un punto de vista estrictamente jurídico, la ciudadanía social se identifica con un estatus legal de la persona, el cual se encuentra integrado por un determinado conjunto de derechos sociales. Sin embargo, aunque comúnmente estos derechos se encuentran ligados a la nacionalidad y a la condición de trabajador, no se puede decir que ha de ser así en todos los casos, y así los derechos que alcanzan mayor entidad tienen también la condición de derechos humanos, y es así, como los inmigrantes ostentan también la titularidad de dichos derechos sociales ello en su condición de personas.

Tomando en cuenta el aspecto sociológico MARTINEZ DE ABASCAL refiere que, la ciudadanía social comporta un estatus social, derivado de derechos sociales, el cual se encuentra poseído por todos aquellos sujetos que poseen dicha posición social. Es en este grupo donde también estarían incluidos los

---

<sup>118</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente; Ciudadanía Social., *op .cit* p.38.

<sup>119</sup> *Ibidem*; p.35.

inmigrantes, esto es en cuanto grupo que son, por lo tanto, se encuentran dotados de una identidad social y además de ciertos roles aparejados, es en este sentido que los inmigrantes expresan, sin duda, un estatus que no ha de integrarse sólo por los derechos de modo exclusivo. Así mismo se observa que dicha categoría social, no se encuentra inmóvil, sino que más bien está sometido a diversos cambios, en especial a los que derivan del reconocimiento de los derechos sociales, que al cumplir una función integradora del inmigrante, generan a su vez modificaciones de su estatus social como inmigrante, añadiéndose otras tales como el de trabajador, propietario, estudiante o contribuyente.

La ciudadanía social según MARTINEZ DE ABASCAL, desempeña relevantes funciones en el logro de una efectiva integración social y cultural de los inmigrantes. Sin embargo, dichas funciones no siempre son efectuadas con la debida diligencia por las políticas inmigratorias de los diversos Estados receptores de inmigración.

#### **I.9.1) Función Igualadora de la Ciudadanía Social**

La ciudadanía social desempeña una función igualadora en un triple sentido, en un sentido subjetivo, objetivo, y finalmente en el sentido del logro de la igualdad material o sustancial. El sentido subjetivo, hace referencia al incremento que se ha experimentado hoy en día, respecto al mayor número de personas que se han ido incorporando al estatuto jurídico y al estatuto social que el reconocimiento de los derechos sociales conlleva. Si bien es cierto que los derechos sociales estuvieron dirigidos en un principio hacia la clase trabajadora, posteriormente se ha observado que su campo de aplicación se ha extendido también hacia no solo todos los ciudadanos, es decir bajo la forma de los derechos fundamentales que las constituciones recogen, sino también hacia todas las personas que sin ostentar la condición de ciudadanos pueden gozar del ejercicio de aquellos derechos; esto último en función del reconocimiento de los derechos humanos que han proclamado las normas internacionales, los cuales han sido mayoritariamente ratificados por la mayoría de los Estados. Ejemplos de



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

estos derechos universales lo constituyen el derecho a la salud, el derecho a la vivienda o el derecho a la educación.

El sentido objetivo de la función igualadora se encuentra representado por la ampliación progresiva que experimentan las prestaciones y servicios que los derechos sociales cubren para el conjunto de la población. Esta función igualadora ha adquirido de esta forma, una dimensión universalista, la cual sin embargo, ha de entenderse de una forma progresiva y tendencial, puesto que no puede ignorarse la dependencia que ostentan los derechos sociales con respecto al nivel presupuestario existente en cada momento y en cada Estado.

Expuestas estas dos vertientes de las funciones igualadoras, tanto la subjetiva como la objetiva, se han presentado algunas objeciones en torno al carácter universal que según ambas vertientes poseen los derechos sociales; dicha objeción ha generado a su vez, una idea acerca de una posible reducción, que pudiera experimentar la ciudadanía social respecto al alcance que ella pudiera realmente ostentar. Así, se ha argumentado que la definición y justificación de tales derechos ha de tener en cuenta los fines particulares que se pudieran perseguir, situación que por tanto les privaría de la dimensión universal anteriormente proclamada. Dicha crítica ha sido cuestionada por CONTRERAS PELEZ<sup>120</sup> al afirmar que dicha objeción confunde la titularidad de los derechos humanos universales que conciernen a todas las personas y dentro de los cuales se encuentran incluidos también los derechos sociales, con el respectivo ejercicio que corresponde a los mismos, ejercicio que por principio es particular al afectar tan sólo a aquellas personas que realmente deciden ponerlos en práctica, obviamente no solo nos referimos al ejercicio de los derechos sociales, sino también al de los derechos civiles o políticos. Un ejemplo paradigmático lo constituye el derecho humano social de protección contra el desempleo, el cual a pesar de estar dirigido hacia a todas las personas según de lo que ha dispuesto el artículo 23.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, su ejercicio ha quedado limitado a número determinado de seres humanos.

---

<sup>120</sup> CONTRERAS PELÁEZ, Faustino, *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1998, p.37-38.

El tercer sentido de la función igualadora de la ciudadanía social radica en el logro de la igualdad material o sustancial, la cual no se encuentra dirigida precisamente hacia la eliminación de cualquier tipo de discriminación normativa, sino más bien al reconocimiento de un régimen jurídico diferenciado que persigue y se encuentra encaminado a atajar una desigualdad de hecho.<sup>121</sup> Este sentido igualador ha sido cuestionado en una crítica dirigida al fundamento igualador de la ciudadanía genérica. Así, se ha sostenido como consecuencia el carácter funcional de la ciudadanía para las clases dominantes, las cuales se han constituido como las titulares del poder económico y político en los distintos momentos históricos; así mismo se ha sostenido que dichas clases dominantes han articulado determinadas estrategias de supervivencia frente a los embates de las clases emergentes, mediante las distintas concesiones que se han efectuado en el ámbito de la ciudadanía.<sup>122</sup> Sin embargo, pese al fondo histórico que alberga dicha posición, ha de observarse que la misma no deja de ofrecer una visión parcial de la realidad y de esta forma se ha reservado un papel vicario a la progresiva conquista y disfrute de los derechos de ciudadanía. Demuestra también una concepción de la ciudadanía vertical puesto que los derechos que contiene constituyen el producto de las cambiantes estrategias de las clases dominantes, lo cual le lleva a minusvalorar el contenido emancipador de tales derechos.<sup>123</sup>

### **I.9.2) Función Constitutiva de la Ciudadanía Social**

Si bien es cierto que el reconocimiento de los derechos de ciudadanía ha seguido una secuencia histórica que ha situado el desarrollo de los derechos sociales con posterioridad al desarrollo que se ha efectuado en los derechos civiles y políticos, colocando de esta forma a la ciudadanía social en el hito final de la ciudadanía, hoy en día la situación ha cambiado, todo ello si tenemos en

---

<sup>121</sup> PRIETO SANCHIS, L; Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en AÑÓN, M, L. *La universalidad de los derechos humanos: el reto de la inmigración*. Tirant lo Blanch, Valencia, p.21.

<sup>122</sup> MANN, Michael; Ruling class strategies and citizenship, en BULMER, M. y REDDS, A; *Citizenship today*. UCL Press. Londres, 1996, p.27.

<sup>123</sup> TURNER, Bryan; “Outline of a theory of citizenship”, *Dimensions of radical democracy*, Verso, Londres, 1992, p.44.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

cuenta la presencia de la nueva población inmigrante que hoy existe dentro de los Estados modernos . De este modo, contradiciendo la secuencia histórica, la ciudadanía social del inmigrante se presenta como según refiere MARTINEZ DE ABASCAL, como una función constitutiva o germinal, la cual se deriva de una dinámica propia y específica con relación a la que observa propiamente la ciudadanía genérica. De este modo, el fenómeno de la inmigración invierte la secuencia histórica de la ciudadanía, ya que es el reconocimiento de la ciudadanía social el que abre la puerta de admisión de la ciudadanía civil y política.<sup>124</sup>

Invertida esta secuencia se produce entonces también la ampliación del objetivo de integración que usualmente cumplen los derechos sociales respecto de quien no ostenta la condición de nacional del estado receptor de inmigración. Sin embargo, producida la alteración histórica se observa que las posibilidades de reconocimiento de sus derechos civiles y políticos a partir del acceso a la ciudadanía social no se ha producido de forma plena, puesto que el inmigrante ha sido considerado más como un instrumento para el ejercicio del mercado del trabajo que se requiere en un momento determinado, que como un ciudadano pleno, y de esta forma en vista de su consideración temporal sufre una merma en cuanto al ejercicio de sus derechos civiles y políticos, los cuales muchas veces le son negados u obstaculizados. Hay que tomar en cuenta a su vez, que si bien la inversión histórica que desempeña la ciudadanía se ha presentado en un principio como un factor positivo hacia el mayor disfrute de los derechos civiles y políticos, también debe de tomarse en cuenta un factor negativo que ella misma pueda generar; nos referimos específicamente a las posibles situaciones de discriminación que se pueda efectuar respecto al inmigrante. Aunado a esta posible discriminación se presentan además situaciones como la baja cualificación profesional, los salarios reducidos, las pésimas condiciones de alojamiento y las dificultades idiomáticas, las cuales se constituyen en factores que dificultan la posibilidad de poder ejercer con normalidad los derechos sociales reconocidos, y por ende también el de los derechos civiles y políticos. Expuesto el inmigrante a todas estas situaciones

---

<sup>124</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y BRAVO FERRER, “Nacionales extracomunitarios y derecho a la igualdad de condiciones de trabajo”, *Temas Laborales*, Nº 59, 2001, p.20.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

denigrantes, las cuales se encuentran por debajo de las exigencias de la dignidad, surge entonces una ciudadanía degradada, la cual es aceptada por el inmigrante debido a su necesidad imperiosa de sobrevivir económicamente y de no caer a su vez en el grupo de extranjeros. Por lo que respecta a la situación del inmigrante irregular, queda claro que en este caso, la inversión histórica de la ciudadanía o bien no llega a producirse o bien queda suprimida con posterioridad a su plasmación, resultando por lo tanto ilusorio el ejercicio pleno de la ciudadanía genérica.<sup>125</sup>

No podemos negar el gran aporte positivo al que ha contribuido la tesis de MARSHALL en la actualidad. Sin embargo, tampoco podemos pasar por alto las críticas que hoy en día han surgido en torno a ella, puesto que no debemos olvidar que el estudio de MARSHALL fue elaborado sobre la base de un estudio sociológico más que jurídico y así como también, sobre la base de un marco general preciso de un estado nación que hoy en día ha sido puesto en duda. Estado nación que nació con la idea de una homogeneidad cultural que actualmente no es posible mantener, debido a la existencia cada vez más frecuente de diversas sociedades multiculturales. El multiculturalismo constituye un fenómeno complejo y multidimensional que ha puesto en discusión fenómenos tan relevantes como las reivindicaciones de las minorías, la afirmación de la propia identidad y su reconocimiento y cuestiones propias de integración.<sup>126</sup> Y es específicamente en este sentido donde se manifiesta la crítica hacia Marshall, pues es precisamente el factor inmigratorio el que está impulsando la ampliación del estatus de ciudadanía, reprochándose de esta forma el modelo expuesto por Marshall, el cual según la crítica se considera que fue elaborado en un contexto inglés que no es pues extrapolable a otros contextos y que no contaba a su vez con las nuevas realidades poblacionales. Dicha crítica no es seguida por Giddens<sup>127</sup> quien más bien enfoca su crítica hacia Marshall en el sentido de que él presenta la adquisición de los derechos de ciudadanía como un desarrollo espontáneo del propio mercado, Giddens considera que Marshall no toma en

---

<sup>125</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente; *Ciudadanía Social*, *op. cit.*, p.50.

<sup>126</sup> MARTINEZ PINSÓN, José; “Ciudadanía e Inmigración”, *op.cit.*, p75.

<sup>127</sup> GIDDENS, Anthony, *Profiles and Critiques in Social Theory*, Macmillan, London, 1982, p. 172

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

cuenta que la adquisición de derechos es más bien en gran medida el resultado de las políticas protagonizadas por las clases dominadas. Por otro lado, Held<sup>128</sup> criticando también la postura de Marshall, se mantienen a su vez contrario a la crítica de Giddens y sostiene así que ambas tesis infravaloran la complejidad de la ciudadanía moderna, vinculándola más bien al tema de las clases y del modo de producción capitalista.

Desde una postura más propiamente jurídica se ha criticado la definición de Marshall desde las dos partes que componen dicha definición. La primera parte de la definición Marshall sostiene como ya hemos visto, que la ciudadanía es “un estatus atribuido a quienes son miembros de pleno derecho de una determinada comunidad”. Para la vertiente jurídica dicha acepción no difiere, salvo por su mayor carga comunitaria, de su noción análoga de ciudadanía, la cual está identificada esencialmente con el de la “ciudadanía política” como presupuesto de los derechos políticos, vinculados a su vez a la soberanía política. Es en la segunda parte del concepto de Marshall donde se presentan las divergencias, la crítica manifiesta la visión amplia que sigue Marshall al considerar que la ciudadanía sería el estatus al que se asocian *ex lege* todos los derechos, de forma que esta se convierte en denominación omnicomprensiva y en un presupuesto común de todo ese conjunto de derechos que él llama “de ciudadanía”, comprendiendo así, los derechos civiles, los políticos y los derechos sociales. Desde el punto de vista jurista, la relación establecida por Marshall entre la “ciudadanía” y las tres categorías de derechos que él mismo clasifica resulta arbitraria, puesto que no todos estos derechos presuponen la ciudadanía como un estatus único que incluye a todos los demás. Los juristas han mantenido tradicionalmente la distinción entre un estatus *civitatis*, que es propiamente la ciudadanía y un estatus *personae* que es lo que constituye la personalidad o la subjetividad propiamente jurídica. Esta distinción constituye el aporte de la solemne Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789<sup>129</sup>, la

---

<sup>128</sup> HELD, David, *op. cit.*, p.41.

<sup>129</sup> Sin embargo, hay que tener en cuenta como ya hemos visto antes, que si bien la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del ciudadano se expresó a favor del reconocimiento de los derechos del hombre, dicha declaración no estuvo dirigida en sí misma hacia todos los hombres en

cual habiendo suprimido cualquier anterior definición de estatus, proclamó el estatus de ciudadano, es decir la ciudadanía propiamente dicha y el de la persona, es decir el de la personalidad, la cual se extiende actualmente a todos los seres humanos, de esta forma la personalidad y la ciudadanía forman desde ese entonces los dos estatus subjetivos de los que dependen dos clases diferentes de derechos fundamentales: los derechos de la personalidad, que corresponden a todos los seres humanos en cuanto individuos y personas que son, y los derechos de ciudadanía, que corresponden en exclusiva a los ciudadanos. Se critica así, la visión de MARSHALL al incluir de dentro de su noción de ciudadanía tanto los derechos que corresponden a la personalidad, que no exigen propiamente la condición de ciudadano, con los derechos de ciudadanía en sentido estricto los cuales como ya se ha dicho antes, vienen referidos al ámbito de los derechos políticos.<sup>130</sup> Los derechos civiles y sociales como bien lo señala FERRAJOLI se vinculan tradicionalmente a la persona, a los derechos del hombre y no más bien a los del ciudadano. Estos derechos civiles y sociales fueron vistos sin embargo, por MARSHALL como unos determinados derechos vinculados propiamente con la ciudadanía. Situación distinta se manifiesta con los derechos de ciudadanía en sentido propio, los cuales suelen adscribirse básicamente a una dimensión política de la ciudadanía. Para el pensamiento jurídico, los derechos a las libertades de pensamiento, de creencia, el derecho a poseer cosas en propiedad y de estipular contratos válidos y el derecho de obtener justicia, no son atribuibles a los ciudadanos en cuanto ciudadanos sino más bien en cuanto personas que son.

FERRAJOLI así, crítica a Marshall por ofrecer una visión omnicompreensiva<sup>131</sup> de la ciudadanía pues engloba dentro de esta categoría tanto los derechos civiles, políticos y sociales, insiste en que dicha visión ha sido la responsable de haber enturbiado el significado estricto de la ciudadanía como un estatus subjetivo para la titularidad de los derechos políticos, hasta hacerlo coincidir con la titularidad de los derechos de personalidad. FERRAJOLI,

---

general, pues dicha declaración fue elaborada pensando en los *citoyens* franceses, todo ello en función de la mayor universalidad que se le quería dotar a dicha declaración.

<sup>130</sup> FERRAJOLI, Luigi; *Derechos y garantías. la ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2ª ed, 2001, p. 99.

<sup>131</sup> FERRAJOLI Luigi; *Derecho y razón. Teoría del pragmatismo Penal*, Trotta, Madrid, 2000, p.40.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

propugna la idea de que el reconocimiento de los derechos de la ciudadanía debe de ir desligado de la pertenencia o fidelidad a una determinada identidad nacional, puesto que dicha situación acaba por convertirse en un factor de exclusión y fractura social, en lugar de lo contrario. Insiste en la idea de que si los derechos fundamentales se asientan sobre el concepto de ciudadanía excluyente en el que no es posible que grandes sectores de la población puedan participar de aquel, entonces se está cayendo en convertir los derechos fundamentales en categorías de exclusión. Para Ferrajoli, la distinción entre los derechos de los ciudadanos y los derechos del hombre es un fenómeno que perturba la historia propia de los derechos fundamentales, por tanto plantea el autor italiano que para tomarse en serio los derechos humanos debe disociarse de aquellos la condición de ciudadanía. Finalmente FERRAJOLI denuncia el carácter también discriminatorio cuando se alude a los derechos de ciudadanía, pues para la época en la que estamos viviendo en que el problema más grave y urgente de las sociedades democráticas es el de dar una respuesta necesaria y justa a los crecientes flujos migratorios, la ciudadanía es utilizada contradictoriamente como un instrumento para negar los derechos y libertades de los inmigrantes y asilados. De esta forma, propugna FERRAJOLI, la superación definitiva de la ciudadanía así como la correspondiente desnacionalización de los derechos fundamentales con la correlativa desestatalización de las nacionalidades.

Resulta interesante la idea propuesta por FERRAJOLI; sin embargo como bien dice PEREZ LUÑO<sup>132</sup> no podemos caer en la confusión de los ámbitos que competen respectivamente tanto a los derechos fundamentales como a los derechos humanos, y así debemos de tener en cuenta que los derechos que observan más un signo cosmopolita son aquellos derechos humanos los cuales por su dimensión deontológico se encuentran unidos con presupuestos iusnaturalistas. Por el contrario no podemos decir lo mismo de la conformación de los derechos fundamentales reconocidos por las cartas constitucionales puesto que aquellos no participan del rasgo de universalidad porque se hallan delimitados por esas circunstancias tanto de lugar como de época los cuales han terminado

---

<sup>132</sup> PEREZ LUÑO, Antonio, "El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos sociales y culturales", *Anuario de Derechos Humanos*, Tomo I, 1981, p.25.

contextualizando su reconocimiento positivo dentro de los ordenamientos jurídicos.

Ahora bien, expuesta esta crítica, debe de quedar claro, además que para la tradición jurídica el estatus jurídico de la nacionalidad va a representar un claro impedimento hacia el paso pleno de la ciudadanía en el disfrute de sus respectivos derechos políticos, puesto que el estatus de la nacionalidad es aquel que permite actualmente el acceso a la condición de ciudadano y de esta forma se observa que existe una ciudadanía inicial del nacional titular de los derechos civiles y sociales y una ciudadanía plena que corresponde al nacional que, además, ostenta la titularidad de los derechos políticos. Importa subrayar a su vez que si bien la nacionalidad crea vínculos jurídicos tanto de derecho público, como la facultad de actuar en la vida pública, como de derecho privado, mediante el reconocimiento de un estatuto personal,<sup>133</sup> es admisible atribuir la condición de derechos de ciudadanía tanto a los derechos civiles, sociales y políticos, que aunque se traten de derechos de distinta naturaleza tanto pública como privada, se observa que todos ellos derivan, comúnmente, del estado civil de la nacionalidad.<sup>134</sup>

Expuestas ya las críticas principales hacia la tesis planteada por Marshall, no podemos sin embargo subestimar el principal aporte que al ámbito de la ciudadanía en general ha efectuado este sociólogo; de esta forma, tal como lo exponen N.FRASER Y L.GORDON (1992, 68)<sup>135</sup> podemos observar como finalmente Marshall fue capaz de analizar las contradicciones entre las tres dimensiones de la ciudadanía desarrolladas, así como las tensiones entre los ciudadanos y reparar en aquellos que habían permanecido excluidos de la ciudadanía. Comprendió así mismo, que la ciudadanía misma había funcionado como un arquitecto de la desigualdad social, y descubrió así mismo la compatibilidad entre ciudadanía, las leyes del mercado y la propiedad privada. Sin

---

<sup>133</sup> DE CASTRO, Federico; *Derecho civil de España*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1984, p.395.

<sup>134</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente; *Ciudadanía Social*, *op.cit.*, p.34.

<sup>135</sup> FRASER, Nancy Y GORDON, Linda, "Contrato versus caridad: una reconsideración de la relación entre ciudadanía civil y ciudadanía social", Isegoría, 1992, p.68.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

embargo estableció, de que el más amplio desarrollo de la ciudadanía social podría renovar las relaciones sociales en el sentido de hacerlas más igualitarias. Autores como Mishra<sup>136</sup> a su vez sostienen, que es precisamente en el lugar donde se ha establecido la ciudadanía social, donde ha sido posible el alcance de ciertos bienes necesarios para el desarrollo de la persona, es decir se ha orientado sus políticas sociales hacia la satisfacción de las principales necesidades básicas, esto ha sido y es considerado por tanto, como una conquista de primer orden para el desarrollo de los seres humanos.

### **I.10) Ciudadanía Nacional y Ciudadanía Europea**

#### **I.10.1) Antecedentes de la Ciudadanía Europea**

El concepto clásico de ciudadanía propio del período histórico iniciado con las grandes revoluciones liberales del siglo XVIII y caracterizado a su vez por la primacía del Estado-nación, difiere de muy diversos modos de lo que actualmente constituye el proceso de la ciudadanía europea.

El nacimiento de la ciudadanía europea tuvo como uno de sus principales antecedentes la introducción del derecho a la libre circulación de las personas dentro del territorio de la Comunidad Europea. Dicha introducción fue producto de la firma del Tratado constitutivo de la C.E.E, el cual fue firmado en Roma en el año de 1957. Sin embargo, se observó que la introducción del derecho a la libre circulación no apareció ligada en ningún momento al concepto de ciudadanía, puesto que más bien se encontraba estrechamente vinculada al desempeño de una actividad económica, tales como el trabajo por cuenta ajena, actividad independiente o prestación de servicios. Fue de este modo, como se reconoció, el derecho a la residencia de los trabajadores y de sus familiares, puesto que dicho derecho se reconoció en relación con el derecho a ejercer una determinada actividad laboral en cualquier otro país que fuese miembro de la CEE. De esta

---

<sup>136</sup> RAMESH, Mishra, *El estado de bienestar en crisis. Pensamiento y cambio social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992 p.72

forma, se dieron los primeros logros comunitarios, los cuales si bien se centraron en el terreno económico, fue porque resultaba necesario la construcción de un edificio que estuviese construido sobre la base firme de una determinada solidaridad. Y es en este sentido que fue afirmado por SCHUMAN, quien refirió que “Europa no se hará de golpe, ni en una construcción de conjunto; se hará a través de realizaciones concretas, creando en principio una solidaridad de hecho”.<sup>137</sup>

El proceso de integración europea que constituyó la base sobre la que floreció el status *civitatis* europeo, se ha desarrollado bajo las constantes revisiones periódicas<sup>138</sup> de las que fueron objeto sus principales textos constitutivos y fue así como de estas constantes revisiones se fue perfilando cada uno de ellos y fue así, como también donde aparecieron las nuevas propuestas y retos como lo fue propiamente el de la Ciudadanía de la Unión.

La Cumbre de París del 10 de diciembre de 1974, fue la primera cumbre en la que se llega al acuerdo de plantearse la construcción de una Unión Europea y se trasciende así la idea de un mero mercado. En dicha cumbre los jefes de estado y de Gobierno manifestaron su interés por atribuir a los ciudadanos de los que en ese entonces eran los nueve Estados miembros, una serie de derechos especiales, encargando a un grupo de trabajo específico el estudio de las condiciones y los plazos en que dichos derechos podrían reconocerse. Y es así como a partir de este momento empieza a hablarse de la “Europa de los ciudadanos”, aunque con una perspectiva algo alejada de la actual y con un contenido lógicamente diverso.<sup>139</sup> Leo Tindemans, fue el encargado de elaborar un informe Sobre la Unión Europea en el año de 1975 y fue así mismo también la persona designada para elaborar en dicho informe la definición de “Unión europea”. Su informe preconizó que la

---

<sup>137</sup> SCHUMAN, Robert, Declaración de 9 de mayo de 1950 en [http://europa.eu/abc/symbols/9-may/decl\\_es.htm](http://europa.eu/abc/symbols/9-may/decl_es.htm).

<sup>138</sup> PERALTA MARTÍNEZ, Ramón y Otro; “La ciudadanía europea: límites”, *Revista de la facultad de la universidad Complutense*, N°86, 1994-1995, p.382.

<sup>139</sup> JUÁREZ PÉREZ, Pilar; *Nacionalidad Estatal y ciudadanía Europea*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p.20.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Europa debía de estar cerca de los ciudadanos basándose para ello en dos grandes directrices: primero en la protección y reforzamiento de los derechos de los ciudadanos europeos y segundo en la creación y expansión de signos externos que fueran testimonio de la identidad europea, es decir se quería crear una conciencia europea. Este informe tuvo finalmente escaso éxito entre los gobiernos, pero no se puede negar que aquella tuvo una importante influencia en los posteriores pasos hacia la integración europea.

Los trabajos realizados por el Parlamento Europeo en el año de 1983 constituyeron un aspecto fundamental en el proceso de elaboración de lo que hoy en día constituye la ciudadanía europea,<sup>140</sup> la propuesta dada por el Parlamento tuvo el mérito de abrir nuevos horizontes dentro de la perspectiva comunitaria que hasta ese entonces se había tenido en esta materia, impulsando de esta forma la puesta en marcha de nuevos proyectos e iniciativas sobre la ciudadanía de la Unión. Finalmente a pesar de la contribución realizada por el parlamento, dicha propuesta no fue adoptada por los estados miembros, configurándose la ciudadanía europea como “una situación jurídica, estática y abstracta, exenta de efectos jurídicos específicos”<sup>141</sup>. Las conclusiones del Parlamento han sido recogidas en dos textos básicos, el primero fue el anteproyecto del tratado sobre la Unión Europea denominado también el anteproyecto Spinelli, dicho anteproyecto fue adoptado por resolución del 14 de noviembre de 1983<sup>142</sup>, y de entre sus artículos resaltó el artículo cuarto el cual declaraba que “los ciudadanos de los estados miembros son asimismo ciudadanos de la Unión”. El segundo texto estuvo constituido por el Proyecto del Tratado sobre la Unión Europea y fue adoptado mediante resolución del 14 de febrero de 1984.<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> *Ibidem*, p.23.

<sup>141</sup> CAPOTORTI, Francesco; “Art.3”, en *Le Traité d’Union Européenne. Commentaire du projet adopté par le Parlement Européen*, CAPOTORTI, HILF, JACOBS, JACQUE (dirs), Univ.Bruxelles, Bruxelles, 1985, p.33-35.

<sup>142</sup> Resolución y Anteproyecto de tratado publicados en la Revista de Instituciones Europeas, 1983-3, p.1145-1176.

<sup>143</sup> Resolución y Proyecto de Tratado publicados en la revista de Instituciones Europeas, 1984-1, pp.351-377.

Posteriormente, con el objetivo concreto de querer paliar el abismo existente entre la Comunidad y sus respectivos ciudadanos, quienes la consideraban como algo ajeno a sus vidas, tiene lugar en junio de 1984, el Consejo Europeo de Fontainebleau el cual se encargó de crear un comité ad-hoc sobre la Europa de los ciudadanos, y se encontró dirigido por Pietro Adonnino, quien redactó en el año de 1985 dos informes sobre la materia, los cuales estuvieron dirigidos a facilitar la libre circulación de las personas, pero cuyo objetivo principal fue el de la creación de unos derechos específicos del ciudadano europeo y de unos símbolos comunitarios.<sup>144</sup> La trascendencia de dichas conclusiones se encuentran manifestadas como bien lo dice la profesora PÉREZ VEGA, en que aquellas situaron el proceso de integración en una vía que conduciría irremisiblemente a alguna forma de unión política<sup>145</sup>. De esta forma, el ciudadano pasa así, a ser protagonista de la vida política, un papel que difícilmente había podido desempeñar hasta entonces, puesto que el carácter económico que propugnaba la CEE impedía hablar de ciudadanía en un ámbito mucho más parecido a un mercado que a una verdadera unión política<sup>146</sup>.

Pese a ser moderada, el Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y que entró en vigor el 1 de julio de 1987, apenas recogió ninguna de las propuestas del proyecto Spinelli y curiosamente nada dice de la Europa de los ciudadanos y menos aún de la Ciudadanía europea; sin embargo deben de observarse que su aporte fue fundamental con respecto al compromiso y el objetivo concreto que se encontraba dirigido hacia una Unión política europea<sup>147</sup>. El Acta Única por la que se modificó el Tratado de Roma, pretendió la realización de un verdadero Mercado Interior, así como también la reactivación de las respectivas políticas comunitarias, desarrolló así mismo, las prácticas que darían el origen al derecho de protección diplomática y consular el cual fue consagrado posteriormente por el Tratado de Maastrich. La propuesta del Mercado único constituyó un factor decisivo para la posterior creación de la

---

<sup>144</sup> PERALTA MARTÍNEZ, Ramón y Otro; *La ciudadanía ...*, *op. cit.*, p.384.

<sup>145</sup> PEREZ VERA, Elisa; "La ciudadanía europea en el tratado de Maastricht", *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, p.1127.

<sup>146</sup> JUÁREZ PÉREZ, Pilar; *Nacionalidad Estatal ...*, *op. cit.*, p.24.

<sup>147</sup> BRU, Carlos María; *La ciudadanía europea*, Editorial Sistema, Madrid, 1994, p.20.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

ciudadanía europea, y en este sentido se entiende que la libre circulación de personas se configuró así como uno de los pilares sobre los que fue posible edificar el mercado, contribuyendo también al mismo tiempo a perfilar el propio concepto de la Europa de los ciudadanos<sup>148</sup>.

Posteriormente el Consejo Europeo de Roma, celebrado en octubre de 1990, introduce la noción de una Ciudadanía Europea como un elemento esencial de la reforma de los Tratados y con unas características y derechos similares a los que posteriormente se recogieron en el Tratado de la Unión de la Unión Europea conocido como el tratado de Maastricht. Fue la delegación española la que presentó una propuesta a la presidencia de la Comunidad, la cual fue aceptada por el Consejo Europeo de Roma en diciembre de 1990. La propuesta consistió en una declaración de derechos y deberes basados en los derechos fundamentales del individuo con referencia expresa al Convenio Europeo de los Derechos Humanos; se hacía especial hincapié en los derechos a la libre circulación y residencia independientemente de la actividad económica, así como también en el sufragio de las elecciones europeas y locales en cualquier lugar de residencia dentro de la Comunidad<sup>149</sup>; en definitiva se concebía a la ciudadanía como uno de los elementos necesarios sobre los que debía de edificarse la futura Unión Europea<sup>150</sup>. Con todo lo anterior el concepto de ciudadanía europea experimentó un cambio importante respecto de la ciudadanía comunitaria que hasta hace algunos años había regido, puesto que la segunda se caracterizaba no por ser una noción propiamente dinámica, sino que más bien lo era en un sentido estático con respecto a la primera y es así como se abandona la visión de aproximar la construcción comunitaria al ciudadano y se aspira más bien a convertir al ciudadano en el protagonista de la misma<sup>151</sup>.

---

<sup>148</sup> LUMANN,C; “L’ Europe des citoyens”, *Revue du Marchè Común*, N° 346, 1991, p.283.

<sup>149</sup> PERALTA MARTÍNEZ, Ramón y Otro; *La ciudadanía ...*, *op .cit*, p.384.

<sup>150</sup> Propuesta del Gobierno español de 4 de mayo de 1990, publicada en la Revista de Instituciones Europeas, 1991-1, p.333-338.

<sup>151</sup> JUÁREZ PÉREZ, Pilar; *Nacionalidad Estatal y...*, *op. cit*, p.p28-29.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Finalmente es con el Tratado de la Unión Europea, denominado también Tratado de Maastricht, el cual fue suscrito en el 7 de febrero de 1992, en donde se recoge la iniciativa del gobierno español y se incluye así, el nuevo concepto de Ciudadanía de la Unión dentro de su articulado<sup>152</sup>. El Tratado de Maastricht pretendió dar protagonismo al ciudadano, otorgándole la posibilidad de que todas aquellas disposiciones que se adoptasen fueran en lo posible lo más próximas hacia aquellos. De esta forma se incluyeron en el Tratado una serie de derechos que estaban aparejados a su condición de ciudadano y que a su vez su disfrute no se hiciera depender de la voluntad de los Estados miembros como tampoco a lo que refería el ámbito competencial del Tratado. La Ciudadanía de la Unión se constituye así y como una cualidad del individuo que se deriva de su condición de nacional de un Estado miembro y que lleva aparejado a su vez un conjunto de derechos que no se yuxtaponen a los estatales ni los absorben, sino que más bien los transforman<sup>153</sup>.

La ciudadanía europea experimenta con el Tratado de Ámsterdam su primera reforma el 2 de octubre de 1997; dicho Tratado viene así a modificar los primeros Tratados constitutivos, como también al Tratado de Maastricht. Y es con respecto a éste último que introduce importantes modificaciones sustanciales en materia de ciudadanía europea.

De esta forma, modifica en primer lugar a través del apartado 9 del artículo 2 del Tratado de Ámsterdam, el artículo 8.1 del TCE, enunciando al igual que el Tratado de Maastricht que “se crea una ciudadanía de la Unión” y que “será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un estado miembro”, pero añade finalmente en dicho artículo que “la ciudadanía de la Unión será complementaria y no substitutiva de la ciudadanía nacional”. Otra modificación importante se encuentra introducida a través del apartado 10 del mismo artículo 2, el cual viene a modificar el texto del artículo 8<sup>a</sup>.2, estableciendo que “el consejo podrá adoptar las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio

---

<sup>152</sup> El artículo 8.1 del tratado de Maastricht proclamaba que “queda instituida una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado Miembro”

<sup>153</sup> LIÑAN NOGUERAS, D.J.; “De la ciudadanía europea a la ciudadanía de la unión”, *Gaceta Jurídica de CE*, D-17, 1992, p.73.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

de los derechos contemplados en el apartado 1”, los cuales se encuentran referidos específicamente a los derechos a circular y residir libremente en el territorio de los estados miembros , siempre y cuando se dé con la sujeción a las limitaciones y condiciones que el tratado prevé. De las modificaciones introducidas se desprende que el merito que posee el Tratado es el de aspirar a hacer de los derechos de los ciudadanos el eje de la Unión<sup>154</sup>; para tal fin se ha configurado a través del artículo 8.2 del Tratado un marco adecuado para el desarrollo y extensión de los derechos ya existentes. El Tratado de Ámsterdam ha mostrado una preocupación por los principales problemas que afectan a la vida cotidiana de sus ciudadanos y es este el sentido por el cual en aquella se ha consagrado el derecho de los ciudadanos a que la Unión actúe en los ámbitos que más les preocupan.

### **I.10.2) Configuración de la Ciudadanía de la Ciudadanía Europea. Rasgos que la diferencian de la ciudadanía nacional**

La ciudadanía europea posee una configuración bifronte que le ha dotado de un doble significado. La ciudadanía europea ha sido considerada en primer lugar como un factor determinante de la pertenencia de la población a la Comunidad Europea. Por otro lado, ser ciudadano europeo conlleva ser titular de derechos y deberes, todo ello con total independencia de las cualidades que puedan concurrir en él.

La ciudadanía europea ha introducido también un carácter novedoso respecto a la terminología por éste empleada, la cual le va a otorgar una nueva dimensión al concepto tradicional de ciudadanía, pues le dota de una proyección “ad extra” de la que actualmente carecen la ciudadanía nacionales; sin embargo ha de quedar claro que dicha proyección en ningún momento va a sustituir a la ciudadanía nacional. Por otro lado, la ciudadanía europea se perfila como una ciudadanía indirecta, puesto que el Derecho Comunitario no establece por sí mismo ningún criterio atributivo referente a esta cualidad, ya que la misma se hace depender de la consecuente nacionalidad de los Estados miembros. De esta forma se crea un vínculo indisoluble entre la nacionalidad estatal y la ciudadanía de la unión, de donde la primera hace nacer a la segunda. Es decir que se trata de

---

<sup>154</sup> JUÁREZ PÉREZ, Pilar; Nacionalidad Estatal ..., *op. cit.*, p.31.

una ciudadanía común, pero no exclusiva, la cual no llega a sustituir a la nacionalidad de los estados miembros, pero que basa su mantenimiento precisamente por la existencia de dicha nacionalidad. Por otro lado afirma AGUIAR DE LUQUE que, la ciudadanía europea comporta la superación de los conceptos tradicionales de la nacionalidad y de la ciudadanía pues dichos conceptos en ningún momento pueden ser intercambiables.

La ciudadanía europea difiere de la ciudadanía nacional en la forma de articulación que observa la primera, tal es así, que de los tres requisitos que ordinariamente se exigen para alcanzar la categoría de ciudadano, como son la nacionalidad, la mayoría de edad y la plenitud de los derechos, solo uno de ellos será requerido para disfrutar de la condición de ciudadano europeo, nos estamos refiriendo al requisito de la nacionalidad; por lo tanto, la ciudadanía europea se manifiesta con un carácter derivado y a su vez de atribución automática del exclusivo que sí corresponde a los Estados miembros. De esta forma se reconoce la facultad exclusiva que tienen cada uno de los Estados miembros para poder regular tanto la adquisición como la pérdida de la nacionalidad. La ciudadanía europea también se manifiesta como una categoría jurídica superpuesta o de segundo grado, puesto que dicha ciudadanía resulta inconcebible sin la existencia de las otras ciudadanía que poseen los nacionales de los estados miembros.

### **I.10.3) Alcance Jurídico y Político de la Ciudadanía Europea**

La ciudadanía europea posee al igual que el estudio realizado de la nacionalidad, un doble alcance que se manifiesta tanto políticamente como jurídicamente.

El alcance político se ve manifestado por la relevancia que ha adquirido el hecho de que del texto final que fue aprobado en Maastricht haya desaparecido toda referencia explícita respecto a una idea federal, dicha omisión tiene su explicación por la difícil asimilación que significó para varios estados miembros la difícil y pesada carga doctrinal y política que conlleva la idea federal. Por otro lado, la Ciudadanía de la Unión constituye el vínculo político que determina la pertenencia a la Unión Europea, la cual se encuentra impregnada de unos



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

determinados elementos políticos. El carácter político de este vínculo ha emanado del propio Tratado de Maastricht y es a través de ella como se explica el contenido político que posee la Ciudadanía Europea. La ciudadanía europea constituye por lo tanto, un factor clave para la configuración de la unión política que ha creado el Tratado de la Unión Europea<sup>155</sup>. El Tratado de la Unión Europea ha acentuado este carácter político que posee la ciudadanía europea con el contenido de derechos que aquella comprende, los cuales no se restringen ya a los ámbitos económicos o de mercado, sino que más bien se extiende hacia aquellos aspectos tanto sociales y políticos como democráticos<sup>156</sup>.

El alcance jurídico de la ciudadanía europea está determinado por el conjunto de derechos y obligaciones que poseen todos los ciudadanos comunitarios por su condición de nacionales de los estados miembros. En este sentido, la ciudadanía de la Unión se constituye en una cualidad de la persona, la cual como ya se ha dicho, viene determinada por su condición de miembro de la Comunidad. Dicha pertenencia a su vez caracteriza su capacidad de obrar en los términos que se han fijado en los tratados constitutivos. Manifiesta la cualidad o el estado que posee el ciudadano europeo, éste está a su vez llamado a coexistir con otros estados o cualidades, muy especialmente con el de la nacionalidad estatal el cual se mantiene en principio inalterada. La ciudadanía así, se configura como un estado de la persona, como un nuevo *status civitatis*, como una nueva cualidad jurídica de la persona, que condiciona y limita así su capacidad de obrar. Se configura como una especie de supranacionalidad o como un *tertius genus* entre la nacionalidad y la extranjería. De este modo, ningún ciudadano puede llegar a asimilarse a los nacionales, pero tampoco podrá ser considerado extranjero. Por otro lado, con la ciudadanía europea estamos también ante un estado civil, que como ya hemos dicho antes, se superpone o se complementa a otros que ya existen, pero que presenta respecto a ellos unas ciertas peculiaridades, las cuales son derivadas tanto de su origen convencional como del hecho de que proceden de una Organización y no de un Estado, es por tanto que se proyecta por encima de las fronteras de cada Estado de la Comunidad Europea. Sin embargo, no ha de

---

<sup>155</sup> PEREZ VERA, Elisa; “La ciudadanía europea en el Tratado de Maastricht”, *op. cit.*, pp.1128-1129.

<sup>156</sup> JUÁREZ PÉREZ, Pilar; “Nacionalidad Estatal ...”, *op. cit.*, p.37.

olvidarse la tendencia que sigue la ciudadanía Europea respecto al principio de subsidiariedad.

Si bien es cierto que el alcance jurídico de la ciudadanía europea está determinado por el conjunto de derechos y obligaciones que la conforman, hemos de observar, sin embargo, que el TCE se ha encargado de enumerar dentro de su articulado todo el conjunto de derechos que según aquél, conforman la ciudadanía europea, pero dicho desarrollo no se manifestó del mismo modo con respecto a las obligaciones que también conllevan ser ciudadano europeo, de esta forma, se observa la ausencia en dicho texto de una enumeración precisa de las obligaciones que deben acatar los ciudadanos de la Unión. No habiendo desarrollado las obligaciones precisas, el Tratado Constitutivo de la unión Europea, se ha limitado únicamente a enunciar dentro de su artículo 17.2 que “*los ciudadanos de la unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en el presente tratado*”.

#### **I.10.4) La Técnica de Remisión de la Ciudadanía Europea**

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea ha delimitado el ámbito de personas que pueden ser considerados ciudadanos europeos, y para esta delimitación ha utilizado una técnica indirecta o técnica de remisión<sup>157</sup>. Una remisión que es dirigida hacia la regulación efectuada por los estados miembros con respecto a la Nacionalidad. La técnica de remisión ha sido observada por el artículo 17 del Tratado de la Unión Europea el cual proclama que “Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro”. El Tribunal de Justicia confirma esta posición en su sentencia de 7 de julio de 1992, cuando declara que “la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho Internacional, competencia de cada Estado miembro...”.<sup>158</sup> Expuesta la remisión, se observa por tanto que no existe una normativa comunitaria que regule propiamente los requisitos y las condiciones para poder adquirir y perder la ciudadanía europea y es por este

---

<sup>157</sup> PERALTA MARTÍNEZ, Ramón y Otro; La ciudadanía ..., *op .cit.*, p.386.

<sup>158</sup> Sentencia de 7 de julio de 1992, as.C-369/90, Micheletti (Rec.1992-7, p. I-4262, FJ 10).

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

motivo que son los propios legisladores nacionales quienes establecen de forma indirecta quienes son los ciudadanos europeos.

Las Comunidades Europeas no han alterado por lo tanto, el principio de base según el cual la reglamentación de la nacionalidad corresponde a la competencia exclusiva del Estado, no ha existido así en este ámbito cesión alguna de competencia de los estados miembros a la Comunidad y no existe, por consiguiente, ningún acto de acervo comunitario que fije las condiciones de armonización de las legislaciones en materia de nacionalidad<sup>159</sup>. Debe prestarse atención además, al hecho de que la posición de ciudadano de la Unión resulta ejercitable<sup>160</sup> desde el momento en que se ostenta la nacionalidad de alguno de los Estados miembros, nos estamos refiriendo precisamente sobre la eficacia que contiene la adquisición de la nacionalidad sobre la posición del ciudadano europeo. El Tribunal de Justicia ha impuesto también, en esta conocida sentencia, la obligación de reconocer la nacionalidad que haya sido atribuida por otro Estado miembro, de esta forma se impide así que los Estados puedan restringir con su legislación interna los efectos de la nacionalidad conferida por otro.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta además que a la luz de la vinculación entre la nacionalidad y la ciudadanía de la Unión, se produce entonces una imbricación entre las legislaciones estatales que la regulan y el propio ordenamiento comunitario; de esta forma la exclusividad que es mantenida por los diversos Estados respecto a la adquisición y pérdida de la nacionalidad debe de ser ejercida también dentro del respeto por el sistema comunitario. Así el Derecho comunitario a la vez que acepta la existencia de una competencia exclusiva de los Estados sobre la nacionalidad, impone también limitaciones<sup>161</sup> específicas que ponen de relieve su encauzamiento dentro del propio Derecho Comunitario, pero debe tenerse en cuenta que la finalidad de dichos límites no podrán ser otras que la realización de los objetivos en los Tratados, así como el respeto consecuente

---

<sup>159</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José; *Derecho español de nacionalidad*, Tecnos, Madrid, 1987.p28.

<sup>160</sup> RODRÍGUEZ BARRIGÓN, Juan Manuel; *La ciudadanía de la unión europea*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, p.127

<sup>161</sup> Los límites impuestos hacia las normas internas de los Estados Nacionales para regular las condiciones de adquisición de la nacionalidad están dirigidos a evitar las infracciones hacia las normas o principios internacionales que no resulten inderogables y a su vez a tratar de mantener el respeto hacia ciertas directrices y principios que deben ser respetados por las normativas internas de los Estados.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

con sus principios.<sup>162</sup> Existe un amplio consenso en la doctrina que reconoce la acción del Derecho internacional sobre una materia como la nacionalidad, el cual en principio es objeto de la competencia interna<sup>163</sup>. Se observa en definitiva que la creación de la Ciudadanía de la Unión ha supuesto el reconocimiento de un nuevo estatus del individuo, el cual va mas allá de la nacionalidad de los Estados miembros, con lo cual parte de su importancia radica en las eventuales limitaciones que para la nacionalidad podría general la ciudadanía europea<sup>164</sup>.

Sin lugar a dudas la ciudadanía europea se manifiesta como una ciudadanía superpuesta a la nacionalidad que poseen los estados miembros y este fue el sentido que recoge el Tratado de Maastricht, la que recogió dentro de su articulado, una ciudadanía de superposición, la cual complementa a las nacionalidades de los Estados miembros que la han hecho nacer. Sin embargo, a pesar de darse por manifestada esta superposición, no se pone en duda la estrecha relación que existe entre la ciudadanía europea con el estatus de la nacionalidad que poseen los estados miembros, y no se puede afirmar de modo alguno que dicha relación se dé en condiciones de igualdad, puesto que al ser la nacionalidad el fundamento de la ciudadanía, esto produce por lo tanto que la condición de ciudadano se subordine a la posesión de la nacionalidad de un Estado miembro. Dicha conclusión resulta lógica por el hecho de que la Unión Europea, al no ser un Estado, carece por lo tanto de la capacidad para poder otorgar la nacionalidad<sup>165</sup>.

---

<sup>162</sup> RODRÍGUEZ BARRIGÓN, Juan Manuel; La ciudadanía..., op. cit, pp.157-159.

<sup>163</sup> En este sentido CARRILLO SALCEDO afirma que no es posible que la soberanía implique que el Estado, por el hecho de ser soberano, esté por encima del Derecho internacional, sino que más bien es el Estado soberano el que se encuentra sujeto a la primacía de la comunidad internacional, el cual recoge normas inderogables por los ordenamientos internos. Soberanía del Estado y Derecho Internacional, Tecnos, 2ª edición, 1976, p.90. Concordante con la idea anterior MIAJA DE LA MUELA, también expresa que la inclusión del estatus de la nacionalidad en el ámbito de la competencia exclusiva del estado "no supone la inexistencia de normas internacionales que, sin regular directamente las cuestiones concretas de la nacionalidad, limiten la libertad con la que cada Estado procede en su legislación interna a esta regulación". Derecho internacional Privado, vol . II, Atlas, 10ª ed, Madrid, 1987, p.39.

<sup>164</sup> JUÁREZ PÉREZ, Pilar; Nacionalidad Estatal ..., op.cit, p.154.

<sup>165</sup> GUIGNER, Sebastien, "La citoyenneté de l'Union Européenne", *Revue du Droit public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, Nº 5, septiembre-octubre, 1993, p.1270.

**I.10.5) Consecuencias de la Remisión**

**A) Consecuencias de la diversidad de Reglamentaciones estatales  
sobre la nacionalidad en el ámbito comunitario**

La remisión del Derecho Comunitario hacia la nacionalidad estatal efectuada a través de la competencia exclusiva de los Estados sobre la nacionalidad, no está exenta de ciertos problemas; por ello se han presentado cuestiones referidos a la diversa reglamentación que poseen los Estados comunitarios con respecto a la adquisición de la nacionalidad. Tal es así, que de las políticas de naturalización que se han seguido por los diversos Estados, se han presentado situaciones que podrían llegar a ser divergentes. Estas divergencias se manifiestan a través de las diferencias que se mantienen respecto a los estatutos de adquisición de la nacionalidad entre los diversos países de la Unión, porque distintas son las normas por las que se rigen tales eventos, según las nacionalidades que ostenten los diversos países. Efectivamente las diferencias se encuentran hoy tamizadas por una dinámica social que, inevitablemente, aproxima las actitudes de los Estados. Y es aquí donde la inmigración proveniente de los terceros países se constituye en un banco de prueba donde se puede verificar la coherencia de los Estados con los dogmas jurídicos presuntamente adoptados<sup>166</sup>. Buena prueba de ello lo constituyó durante muchos años el Estado alemán, pues dicho Estado fue el que hasta algunos años protagonizó la corriente nacionalista más apegada al *ius sanguinis*. Puede aducirse a este respecto que tales profundas diferencias legislativas han originado una discriminación<sup>167</sup> para los residentes provenientes de terceros países, sin embargo la realidad es una sola y solo es posible en la actualidad establecer la nacionalidad y posteriormente la ciudadanía como una competencia exclusiva del Estado. Es aquí donde claramente la ciudadanía europea manifiesta su carácter subsidiario.

---

<sup>166</sup> BRU, Carlos María; la ciudadanía..., *op .cit.*, p.477.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p.178.

**B) Consecuencias del criterio de la nacionalidad como determinante del ámbito de aplicación de las normas comunitarias**

La remisión efectuada por el derecho comunitario ha presentado también otro tipo de consecuencias en torno al ámbito de aplicación en el que deben regir las normas comunitarias basándose para ello en el criterio de la nacionalidad de los individuos residentes dentro de la Comunidad. Por lo que se refiere a la situación de los nacionales de los Estados miembros se observa que la aplicación que se efectúa del Derecho Comunitario, respecto a aquellos, se ha manifestado y se manifiesta hoy en día de una forma positiva. De tal modo que el Derecho Comunitario no opera con respecto a éste colectivo de una forma indiscriminada, situación que se presenta diversa con respecto al colectivo de nacionales que pertenecen a terceros Estados que no son miembros de la Unión, los cuales van a ser objeto de una exclusión respecto del ámbito personal del ordenamiento comunitario en razón de que aquel colectivo no cumple con el requisito básico de poseer la nacionalidad de un Estado Miembro.

**C) Consecuencias Respecto a los Nacionales de Terceros Estados ajenos a la Unión Europea**

La nacionalidad constituye el criterio de aplicación que siguen las normas comunitarias y constituye a su vez, como ya hemos visto anteriormente, un concepto excluyente que deja fuera del ejercicio de la libre circulación a los individuos no originarios de algún Estado miembro. Sin embargo, se observa que del mismo modo que la posición jurídica de los nacionales de los Estados Miembros se ha transformado progresivamente hasta su consideración como auténticos ciudadanos, también ha sido posible efectuar ciertos avances con respecto a los individuos cuyo origen no pertenece al de la Unión Europea. De esta forma, se observa que el proceso de integración europea ha evolucionado para insertar en él a los nacionales de los terceros Estados.

Los objetivos de naturaleza económica que caracterizaron la primera etapa del proceso de construcción europea, llegaron a determinar que el disfrute de los

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

derechos y libertades que se reconocía a los individuos, fuesen circunscritos únicamente a los nacionales de los Estados Miembros. De este modo, se llegó a considerar que aquellos que no poseían la nacionalidad de uno de los Estados miembros, quedaban por lo tanto, al margen de las normas comunitarias y expuestos a su vez, a las políticas estatales de inmigración que en muchos casos se manifestaron de forma descoordinada, y en otros, se encontraron sometidos a los acuerdos celebrados por los Estados para poder fomentar la contratación de mano de obra exterior<sup>168</sup>.

La realidad del fenómeno inmigratorio que contienen hoy en día los diferentes países europeos ha variado mucho en estos últimos tiempos. Así se observa que la inmigración obrera que antes tenía como único objetivo el carácter económico y en cual se tenía como aspiración final el regreso de los extranjeros a sus países de origen, ha pasado a convertirse en una inmigración que más bien aspira a quedarse en los territorios de los Estados receptores, es decir en el territorio de los Estados Miembros de la Unión.

La existencia de este nuevo contingente que hoy en día crece de forma alarmante en el territorio de la Unión Europea ha planteado tomar en serio este fenómeno, puesto que es un hecho que debe ser tenido en cuenta a la hora de diseñar el espacio comunitario. Este sentido fue recogido por la Comisión cuando afirmaba que del mismo concepto del mercado interior se podía deducir que el objetivo de la creación de un espacio sin fronteras estaba dirigido a cumplirse para todas las personas en general, sin importar por lo tanto la nacionalidad de aquellas. Expuesto lo anterior, podemos afirmar que dicho fenómeno inmigratorio ha provocado dentro de la Unión Europea la evolución hasta la actual formación de un incipiente régimen de extranjería.

Habiéndonos remitido al régimen de extranjería cabe entonces preguntarse quiénes son considerados como extranjeros dentro de la regulación que establecen las normas comunitarias europeas al respecto. En este sentido se observa que el punto de partida para conocer quiénes son considerados extranjeros

---

<sup>168</sup> RODRÍGUEZ BARRIGÓN, Juan Manuel; *La ciudadanía...*, op. cit. p.295.

lo constituye la propia institución de la ciudadanía de la Unión. Efectivamente es posible a partir de dicha institución y de los límites que ella impone poder conocer quienes constituyen los extranjeros de la Unión. Observamos que el estatuto del ciudadano europeo ha creado un vínculo jurídico y político entre el nacional comunitario y la Unión Europea propiamente que ha impedido por lo tanto, calificar a los nacionales comunitarios como extranjeros frente a los demás Estados miembros. En virtud de dicho vínculo se advierte que la concepción clásica de la dicotomía nacional-extranjero se transforma y se crea así un trinomio, el cual distingue actualmente al nacional, al europeo y a los otros<sup>169</sup>. De esta forma se advierte que “los otros” son considerados así como los extranjeros, los procedentes de los terceros países, los cuales van a pasar a ser los extranjeros no sólo frente a los propios países miembros, sino también frente a la Unión Europea<sup>170</sup>.

La noción del individuo nacional extracomunitario, al igual que el concepto general de extranjero, conlleva un carácter negativo y a su vez excluyente con respecto al de la nacionalidad que se requiere y que si posee un nacional de un Estado miembro. Dicha carencia se ve también reflejada por lo tanto en la ciudadanía de la Unión la cual no posee como una consecuencia directa de la carencia de la nacionalidad requerida. Por lo tanto puede considerarse extranjero en relación a la Unión toda persona que no es titular de su ciudadanía, situación que viene a coincidir en muchos casos con el de aquellas personas que poseen la nacionalidad de un tercer Estado o también para aquellas que no posean ninguna nacionalidad, como viene a ser el caso de los apartidas.

Hay que tener en cuenta además que la condición de extranjero que se plantea dentro del derecho comunitario se encuentra referida no frente a un estado soberano, sino más bien frente a un nuevo ente político, el de la Unión Europea. Por otro lado, se observa que a partir de la existencia y la concreción de un estatuto del ciudadano europeo, que confiere unos derechos propios a los

---

<sup>169</sup> LE BRIS, R, “L'éger et les metamorphoses: quelques considérations contemporaines”, en *L'Internationalisation du Droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarm*, Dalloz, Paris, 1994, p.242.

<sup>170</sup> BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene; *Los nacionales de los Terceros países en la Unión Europea*, Servicio de Publicaciones de la universidad de Cordoba, Cordoba, 2001, p.43.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

nacionales de los Estados miembros frente a la Unión, se crea entonces una nítida situación jurídica diferencial con respecto a los nacionales de los terceros países.

Aunque hasta el momento presente el Tratado de la Unión no ha utilizado el término de extranjero para referirse a aquellos ciudadanos procedentes de terceros países, no puede negarse sin embargo que se ha generado hoy en día una posición jurídica particular y diferenciada a la del ciudadano europeo; así de esta forma se utiliza, aunque aún de forma embrionaria el término de “extranjería a nivel comunitario”, ejemplo preciso de este uso lo encontramos en los Acuerdos de Schengen que se han realizado a nivel comunitario. En este sentido, el artículo 1 del convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen designa como extranjero a “toda persona distinta a los nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas”.

Se ha discutido ampliamente en la doctrina acerca de la existencia o no de un verdadero estatuto de la extranjería. Efectivamente, según, GONZALEZ CAMPOS<sup>171</sup>, el estatuto de la extranjería es la condición jurídica del extranjero en el territorio de un determinado Estado”. En este mismo sentido DIEZ DE VELAZCO VALLEJO<sup>172</sup>, suscribe que el estatuto de extranjería es “el conjunto de derechos que se le reconocen al extranjero en el ámbito de un estado del que no es nacional y las obligaciones que se le imponen”. En sentido diverso en cambio, se expresa RUILOBA ALVARIÑO<sup>173</sup> para quien pese a reconocer un conjunto de derechos a favor de los extranjeros en el sistema comunitario, niega por otro lado la existencia de un estatuto jurídico propio. Conviene tomar en cuenta en este punto, como un aporte clarificativo hacia lo que constituye el estatus de la extranjería aquello que sostiene ALVAREZ-VALDEZ Y VALDEZ<sup>174</sup>, quien aprecia que para que pueda existir un verdadero estatuto de extranjería es necesario “que exista un ente político o social, por pequeño y rudimentario que

---

<sup>171</sup> GONZALEZ CAMPOS, Julio y Otros; *Derecho internacional privado*, Vol. I, Oviedo, 1985, p.163.

<sup>172</sup> DIEZ DE VELAZCO VALLEJO, M; “La proyección del derecho comunitario europeo sobre el estatuto jurídico del extranjero”, *Curso de Conferencias sobre el Derecho comunitario europeo*, 1975, Centro de Estudios hipotecarios, Madrid, 1976, p.15.

<sup>173</sup> RUILOBA ALVARIÑO, Julia, “¿Hacia un status jurídico armonizado de los nacionales de terceros Estados en la unión Europea?”, *op .cit*, p.211.

<sup>174</sup> ALVAREZ-VALDEZ Y VALDEZ, Manuel; *La extranjería en la historia del derecho español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1992, pp.11-13.

sea, y que dentro de su órbita aparezca una persona que no forma parte de aquel, pero que de alguna manera se relaciona con el mismo”.

A pesar de la dificultad que se aprecia para poder concretar el régimen normativo del estatus de extranjería, BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ<sup>175</sup> ha designado con cuatro caracteres el actual estatus jurídico que posee el nacional extracomunitario en la Unión Europea. Para la autora el actual estatus del nacional extracomunitario debe de ser entendido en primer lugar en un sentido amplio, englobando el conjunto de reglas que se aplican a estas personas. En el orden estatal, distingue dos grupos de normas las cuales regulan la condición jurídica del extranjero en su territorio. Por un lado, se regulan las condiciones relativas a la entrada, permanencia y salida de los extranjeros dentro del territorio del Estado; esta sería por lo tanto la regulación que se ejerce a un nivel administrativo. Por otro lado, existiría otra dimensión concerniente al goce de los derechos tanto políticos como privados, que pueden ejercer los extranjeros en el estado de acogida. En el ámbito comunitario, cuando se alude a la condición jurídica de los nacionales de terceros países, ésta se designa por el conjunto del derecho material que se ha elaborado dentro del contexto de la Unión Europea para este colectivo de personas.

El segundo carácter que presenta el estatuto del extranjero, presenta una marcada vocación funcional, lo que conlleva que éste también sea al menos de momento de carácter también parcial. Efectivamente, se observa que el estatus de extranjería se encuentra íntimamente conectado a los objetivos y avances que aspira la propia construcción europea, de esta forma se circunscribe en la actualidad, a aquellas situaciones consideradas complementarias a la consecución del Mercado Interior y, en particular al de la libre circulación de personas. El carácter parcial se manifiesta tal y como lo ha expuesto ESCOBAR HERNÁNDEZ<sup>176</sup> en el sentido de que el estatus de extranjería “no puede en ningún caso equipararse ni pretender sustituir a los regímenes de extranjería de los

---

<sup>175</sup> BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene; Los nacionales de los Terceros..., *op. cit.*, pp.50-54.

<sup>176</sup> ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción; “Extranjería y Ciudadanía de la Unión Europea”, *Extranjería e inmigración en España y la Unión Europea*, Asociación española de profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, 1998, p.110.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

estados miembros” puesto que el régimen de extranjería según BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “no se trata de un régimen que defina el estatuto pleno del extranjero en el territorio de los estados miembros, sino tan sólo el del extranjero, y por relación a la Unión”<sup>177</sup>. La tercera característica que presenta el estatuto de extranjería, se refiere a su naturaleza plural. Si bien es cierto que la noción de extranjería tienen un alcance genérico en el que comprende dentro de su ámbito a todas aquellas personas que no son nacionales del respectivo Estado, sin embargo no podemos decir que dicha noción valga en los mismos términos dentro del contexto de la Unión Europea, puesto que la condición jurídica del extranjero en un Estado determinado de la Unión no es idéntica para todas aquellas personas que son extraños a la comunidad. De este modo, se observa que dentro de la Unión Europea, existen una multitud de situaciones de extranjería, las cuales han tenido su razón de ser en distintas causas y que son incluso objeto de reglamentación por normas que proceden de diversas fuentes.

### **I.11) Estatutos de Extranjería en el Orden Comunitario Europeo**

De las características anteriormente expuestas acerca del estatus de extranjería resulta hoy en día inevitable hablar de una variada clasificación respecto del estatus de extranjería que actualmente posee este colectivo dentro del ordenamiento comunitario. De esta forma, los extranjeros son clasificados primer lugar, de acuerdo a un criterio de legalidad respecto a su situación dentro del orden comunitario. De este modo, se observa que en función de dicho criterio es posible hablar entonces en primer lugar, de unos extranjeros que son legales dentro del territorio y de otros que no lo son. En segundo lugar, el orden comunitario ha diferenciado a los extranjeros de acuerdo a un criterio de procedencia, de esta forma se clasifica a los extranjeros según el lugar del que proceden y según también de los riesgos que conlleven su permanencia temporal en el país de acogida o en algunos casos definitiva. El tercer criterio por el cual se clasifica a los extranjeros, viene determinado por la actividad que aquellos extranjeros desarrollen dentro del territorio de los Estados de la comunidad; dicha actividad puede tener diferente naturaleza y finalidad, ya que las razones pueden ser tanto económicas, como de otra índole, o en cualquier caso también pueden

---

<sup>177</sup> BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene; Los nacionales de terceros países...*op .cit*, p51.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

ser actividades relacionadas con diversos centros de formación o de enseñanza básica o superior que se realicen dentro de los Estados de la Unión. El cuarto criterio clasificador se refiere al modo en cómo es aplicada la normativa respectiva, distinguiendo por lo tanto, entre aquellos a quienes se les aplica el régimen general, y aquellos a quienes por el contrario se les aplica un régimen normativo favorable y resultan, por lo tanto, ser beneficiados de una situación privilegiada, puesto que aquellos últimos se encuentran sujetos a Acuerdos de Cooperación y Asociación que fueron firmados con anterioridad por sus respectivos países de origen con la Comunidad Europea en cuestión. Otro criterio clasifica a los extranjeros de acuerdo a su tiempo de permanencia en la Unión Europea.

De esta forma se distingue a los extranjeros según la estancia que aquellos tienen y se observa si aquella estancia es mayor o menor a los tres meses. Es aquí donde también se encuentran clasificados aquellos extranjeros que han logrado tener un estatus propio respecto a los nacionales; nos estamos refiriendo a aquellos nacionales de terceros países que son considerados como residentes dentro del territorio de la Unión. El último criterio que se utiliza para clasificar a los extranjeros viene referido según la situación familiar en la que se encuentre el extranjero. De aquella suelen a veces presentarse situaciones privilegiadas, como suele ser el caso de los nacionales de terceros países que poseen un vínculo familiar con ciudadanos de los Estados Miembros. Por otro lado, también se encuentran aquellas personas que gozando también de un régimen privilegiado, aunque en un aspecto más bien restrictivo, van a hacerse acreedores de ciertos beneficios, por su condición de miembros de la familia de aquellos extranjeros que han resultado ser beneficiarios como producto de los Acuerdos exteriores que han sido firmados entre la Comunidad y los terceros Estados. Finalmente importa advertir como lo señala BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ que todos estos estatutos jurídicos finalmente pueden interrelacionarse y superponerse, dando lugar así, entre ellos a una multitud de situaciones particulares y que así mismo, debe considerarse que el régimen de extranjería que se plantea con respecto a la Unión Europea está referido no en un sentido pleno del extranjero en el territorio de los

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Estados Miembros, sino más bien tan sólo el del extranjero en relación a la Unión Europea<sup>178</sup>.

### **I.12) Política Europea de Control de los Flujos Migratorios**

El elemento fundamental para la conexión de los extranjeros con el espacio de la Unión Europea queda marcado por la circulación de personas, y así mismo por los derechos que en base a dicha circulación se hacen depender de aquella<sup>179</sup>. La Unión Europea ha desarrollado, en base a una limitada necesidad de fuerza de trabajo inmigrante, una política de control exhaustiva de los flujos migratorios. Dicha política migratoria se ha visto manifestada a través de la diversa normativa comunitaria existente al respecto, la cual se ha concretado en torno a dos aspectos fundamentales. De este modo, se ha dirigido tanto hacia un refuerzo de la seguridad interior como una lucha contra la inmigración ilegal.

En torno a la seguridad interior, las políticas efectuadas para cumplir y reforzar este objetivo, se han dirigido especialmente a poder lograr la contención de los ingentes flujos inmigratorios que hoy en día crece dentro de la Unión Europea. La preocupación constante que ha emergido dentro de la Unión tiene como objetivo poder lograr la protección y mantener el nivel de bienestar y seguridad que actualmente ostentan los Estados de la Unión. De esta forma, conjuntamente con la acción normativa comunitaria que se desarrolla en el marco de esta política también se desenvuelve dentro de ella una acción estrictamente intergubernamental. El Tratado de la Unión Europea ha mostrado su preocupación en torno a la seguridad y ha contemplado dicho tema como uno de sus principales objetivos a lograr. De esta forma proclama en su artículo 2 que se tendrá que “mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad y seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo y la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia”, así mismo establece en su artículo que “el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia

---

<sup>178</sup> *Ibidem*, p.54.

<sup>179</sup> MARTINEZ ABASCAL, Vicente; Ciudadanía Social y políticas..., *op. cit*, p.52.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia...”.

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea viene a introducir nuevos avances en cuanto a la regulación que hoy en día se tiene con respecto a la circulación de los extranjeros inmigrantes en Europa, de esta forma contempla en su Título IV todo lo relativo al “visado, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”. El avance efectuado por dicho tratado ha consistido en apostar de forma más decisiva por una armonización en tales materias,<sup>180</sup> estableciendo un conjunto de medidas sobre la política de inmigración que el Consejo debe adoptar, medidas referidas en materia de asilo, de inmigración, regulando dentro de ésta las condiciones de entrada y de residencia y así como los procedimientos de expedición de visados de larga duración por los Estados Miembros y también de los permisos de residencia y los casos procedentes de reagrupación familiar. También se regula en el artículo 63 de dicho tratado, los casos de inmigración y de residencia ilegal, incluyendo también la repatriación de los residentes ilegales.

Establecida ya la normativa europea, respecto al control de los nacionales de ciertos países, cabe así mismo resaltar la existencia del Reglamento 539/2001, el cual a su vez ha sido modificado por el Reglamento 2414/2001, que ha regulado a través de una lista, todos aquellos países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de obtener un visado para poder cruzar las fronteras exteriores, así como también respecto de aquellos terceros países cuyos nacionales están exentos de tal obligación. Dicho criterio de control mediante la obtención del visado, obedece sin lugar a dudas a los objetivos de preservación del interés del estado y al cumplimiento de los fines de la política exterior y de otras políticas públicas, en especial de la política de la inmigración y de la política económica que poseen tanto la Unión Europea como los Estados Miembros<sup>181</sup>.

---

<sup>180</sup> BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene; “Los nacionales...”, *op. cit.*, pp.75-77.

<sup>181</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente; “Ciudadanía Social y políticas ...”, *op. cit.*, p.55.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

En el ámbito intergubernamental también se observa una política de control de los flujos migratorios orientados hacia el fortalecimiento de la seguridad interior. La política se ha visto desarrollada con los Acuerdos de Schengen de 14 de junio de 1985 y con el Convenio de Aplicación de 19 de junio de 1990, los cuales han sido firmados por algunos de los países que conforman la Unión Europea y que tienen como destino final lograr la gradual supresión de los controles en las fronteras comunes a los estados miembros y al establecimiento compensatorio, a fin de garantizar la seguridad del espacio común, así como de un visado uniforme para las estancias de corta duración o de simple tránsito de los nacionales de terceros países; asimismo tienen también como objetivo básico lograr la contención de los flujos migratorios y también la defensa de la seguridad interior<sup>182</sup>. Es precisamente en base a dichos objetivos que actualmente se exige el cumplimiento de una serie de requisitos tanto administrativos como económicos, para poder optar así a la visa solicitada, dichos requisitos se ven reforzados con la defensa de la seguridad interior que se sigue dentro de la Unión Europea. Aunada a esta seguridad interior, también se observa dentro de la política europea, la introducción de determinados elementos de carácter restrictivo, el cual se ve reflejado en la tendencia que se encuentra entre los acuerdos que se efectúan entre los Estados miembros, por los que los extranjeros se sometieran al requisito singular de no encontrarse inscritos en la lista de no admisibles, tal como se dispuso en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, específicamente el inciso d del artículo 5, que se encuentra estrechamente relacionado con lo previsto por el artículo 96 del mismo Convenio<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup> PÉREZ VILLALOBOS, María, “Libertad de circulación y residencia. Art 5”, *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, MOYA ESCUDERO Mercedes, Granada, 2001, p.540.

<sup>183</sup> El Inciso 2 y 3 del artículo 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen prescribe que “Las decisiones podrán basarse en la amenaza para el orden público o la seguridad nacional que pueda constituir la presencia de un extranjero en el territorio nacional. Este podrá ser particularmente el caso: a) de un extranjero que haya sido condenado por una infracción sancionada con una pena privativa de libertad de un año como mínimo. b) de un extranjero sobre el cual existan razones serias para creer que ha cometido hechos delictivos graves, incluidos los contemplados en el artículo 71, o sobre el cual existan indicios reales de que piensa cometer tales hechos en el territorio de una Parte contratante.” “Las decisiones podrán basarse asimismo en el hecho de que extranjero haya sido objeto de una medida de alejamiento, de devolución o de expulsión que no haya sido revocada ni suspendida y que incluya o vaya acompañada de una prohibición de entrada, o en su caso, de residencia basada en el incumplimiento de las legislaciones nacionales relativas a la entrada o a la residencia de extranjeros”.

Posteriormente al establecimiento de dichas medidas restrictivas la política de la Unión ha seguido una tendencia explícitamente limitativa, dentro de la medida de lo posible, para la concesión de los permisos de residencia a quienes pretenden ejercer una actividad económica, dirigida en forma especial para aquellos extranjeros que pretendan ejercer una actividad laboral, admitiéndose como excepciones aquellas situaciones en las que las demandas laborales no pueden ser satisfechas con trabajadores nacionales o comunitarios, o con respecto a aquellos extranjeros que residen legalmente en los Estados miembros y más aún en los casos en los que la fijación de la residencia dentro de la Unión respondiese a motivos no económicos<sup>184</sup>, como resulta ser el caso de la admisión de los nacionales de terceros estados con fines educativos.

El incremento de los flujos inmigratorios ha hecho brotar la necesidad de un control riguroso de aquel y éste se ha intensificado más aún en los casos de los inmigrantes que se encuentran en situación irregular, los cuales por encontrarse en un situación precaria muchas veces caen dentro de lo se denomina empleo ilegal. El tratado Constitutivo de la Comunidad Europea ha previsto en este sentido, tal y como ya hemos visto anteriormente, la adopción de medidas contra la inmigración y la residencia ilegal por parte de los extranjeros inmigrantes. Pero es con el Consejo sobre la inmigración Ilegal<sup>185</sup> cuando se ha puesto en marcha dos planes de acción, uno consiste en el control fronterizo<sup>186</sup> y el otro en la política de repatriación<sup>187</sup>.

### **I.13) La Residencia de los Inmigrantes y la Ciudadanía Europea**

Si bien la inmigración ha sido tradicionalmente considerada desde un ámbito jurídico y político cuya competencia corresponde al Estado, no es menos cierto con ello que dicho fenómeno puede limitarse únicamente en su regulación al ámbito estatal. Efectivamente, si observamos la realidad existente hoy en día

---

<sup>184</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente, "Ciudadanía Social y políticas ...", *op. cit.*, p.310.

<sup>185</sup> Plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea, de 28 de febrero de 2002, (DOCE C núm.142 de 14 de junio de 2002), p.23.

<sup>186</sup> Plan para la gestión de fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea de 13 de junio de 2002, Doc del Consejo 10019/02, Front 58.

<sup>187</sup> Programa de acción sobre el retorno, de 28 de noviembre de 2002, doc. del Consejo 14673/02, MIGE 125.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

nos encontramos con que dicho fenómeno, es decir más concretamente, la gestión de los flujos migratorios ha desbordado las capacidades y las competencias de los Estados nacionales<sup>188</sup> y exige por lo tanto a su vez una respuesta ya sea en el ámbito regional o en el ámbito europeo. Pese a la práctica inexistencia actual de normas de Derecho internacional Público que regulen las obligaciones que tienen los Estados con respecto a la inmigración, la Unión Europea ha asumido en los últimos años una regulación relevante con respecto a esta materia y se ha observado en este sentido, que en función del desarrollo y la construcción de una ciudadanía común entre los pueblos de Europa se ha desarrollado a través de sus tratados constitutivos, una política inmigratoria restrictiva y excluyente. El desarrollo de la regulación normativa que efectúa la Unión Europea en esta materia, se encuentra contemplado como ya vimos anteriormente, en el título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y es precisamente de dicha normativa existente por la que se han visto sometidos los Estados miembros, los cuales se han visto obligados a someter sus legislaciones nacionales sobre asilo e inmigración al cumplimiento de las normas que la Unión Europea ha establecido al respecto.

La integración política europea que se espera lograr, depende hoy en día de la forma como se gestione el tema de la inmigración. Ciertamente, no cabe duda de que la ciudadanía europea se ha presentado como un mecanismo de inclusión, incluyendo así, determinadas poblaciones históricas con identidades diversas en gran parte del espacio comunitario europeo; sin embargo dicha inclusión se ha manifestado de forma contradictoria respecto a aquellas personas a quienes no se les considera parte de la Unión Europea, estas personas ajenas a la ciudadanía europea son excluidas por tanto, de determinados derechos, los cuales en función de los ideales europeos deben serles negados con el íntimo propósito de preservar sus principales valores integrativos. Los extranjeros son esas personas ajenas que vienen a constituirse en unos ciudadanos de segunda clase<sup>189</sup>, cuya residencia y actividades son objeto de una especial vigilancia.

---

<sup>188</sup> DE LUCAS, Javier; "Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración, Inmigración y derecho". *Segundas Jornadas de Derechos Humanos y libertades fundamentales*, FERNÁNDEZ SOLA, Natividad (coord.), Mira Ediciones, Zaragoza, 2001, p.33.

<sup>189</sup> BALIBAR, Étienne, *Nosotros ¿Ciudadanos de Europa? Las fronteras, el Estado, el pueblo*, Tecnos, Madrid, 2003, p.307.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Así pues, se viene efectuando una exclusión determinada respecto a las diferentes poblaciones extranjeras existentes, que se van incrementando cada vez más dentro de la Europa Comunitaria, utilizándose para ello diversos mecanismos selectivos de admisión y de no admisión dentro de los países de la Comunidad. Paralelamente hacia la dicha exclusión realizada se viene realizando también un proceso de inclusión dentro de la economía de los países de la Unión y se efectúa así un reclutamiento de mano de obra necesaria, reclutamiento que dista hoy en día de los efectuados durante los años cincuenta hasta mediados de los setenta. Efectivamente, no cabe duda de que hoy en día los inmigrantes tienden a quedarse en forma permanente en el país de acogida; dicha situación ha generado la puesta en marcha de los principales mecanismos de control, así como la implantación de las respectivas políticas restrictivas que se deben ejercer respecto a ésta inmigración laboral, que si bien en un principio resulta necesaria para la economía de la Unión, es vista por otro lado como amenaza que debe de ser controlada y solo requerida de acuerdo a los intereses de los países de la Comunidad Europea. De esta forma, los países comunitarios han revisado sus políticas de inmigración y han cerrado las fronteras a la inmigración económica desbordante e ilegal que pretende establecerse dentro de la Europa Comunitaria, regresando de un modo u otro a los antiguos objetivos que anteriormente se planteaban en cuanto a los inmigrantes temporales. Dicha coincidencia se expresa de acuerdo con la visión instrumental que se tiene hoy en día con respecto a la inmigración laboral, pues el inmigrante es visto de acuerdo a la necesidad que se plantea dentro de los países de la Unión, necesidades que pueden variar ya sea para cubrir los empleos que no son ocupados por los nacionales de los estados miembros o porque la baja tasa de natalidad existente dentro de los países ha desequilibrado la población activa que es requerida por los Estados para cubrir el respectivo modelo de pensiones.

Vemos pues, que en estos casos, se establece dentro de la Unión Europea una política de control que se encuentra orientada hacia el recibimiento de aquellos extranjeros que resultan necesarios, manifestándose más aún restrictiva con respecto a los extranjeros que se encuentran en situación ilegal, es decir con aquellos extranjeros que no son considerados como necesarios; sin embargo, la

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

situación se presenta de manera diferente cuando hablamos de extranjeros inmigrantes residentes, es decir de extranjeros cuya situación y protección en España y en Europa difiere de muy diversos modos de aquel estatus que posee un simple extranjero indocumentado.

Efectivamente nos encontramos con dos situaciones diferentes en cuanto a la situación jurídica que tienen los extranjeros inmigrantes en la Unión Europea, una aparentemente mejor que la otra. Sin embargo al abordar la cuestión de los nacionales de los terceros estados que se encuentran en posesión de la residencia legal dentro de la Comunidad Europea, desde la perspectiva de la ciudadanía europea surge nuevamente como primera consideración la exclusión que para dichos nacionales implica el criterio de la nacionalidad de los Estados miembros. Si bien es cierto que el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea ha extendido a través de sus artículos 194, 195 y 255 determinados derechos hacia estos nacionales ajenos a la Unión, derechos que en principio corresponden al ciudadano comunitario, dicho reconocimiento no significa sin embargo que se le haya otorgado a este colectivo una ciudadanía en el pleno sentido de la palabra, puesto que su relación con la ciudadanía no puede ir más allá de la titularidad de los derechos que de forma limitada se les ha otorgado y es en este mismo sentido que el propio Tratado constitutivo impide que estos nacionales puedan adquirir la condición de ciudadanos, regulando por el contrario de forma más beneficiosa la condición jurídica de aquellos ciudadanos de un Estado Miembro de la Unión que se encuentran residiendo en un Estado distinto al de su nacionalidad, los cuales a diferencia de los nacionales de los Estado no miembros, se encuentran disfrutando de la plenitud de los derechos que les brinda la Unión Europea.

Es evidente, entonces que la situación jurídica de los trabajadores extranjeros ajenos a un Estado miembro se manifiesta de manera compleja, y ello más aún si tenemos en cuenta que en el interior de un Estado miembro su situación se encuentra enredada en una inextricable cruce de normas nacionales, comunitarias e internacionales, dependiendo básicamente cada estatuto jurídico individual de la nacionalidad del trabajador y de si su estado nacional tiene o no concertado un acuerdo, o bien de asociación o de cooperación con la Comunidad

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

o como también de cooperación con el Estado miembro en el que trabaja<sup>190</sup>. Evidentemente esta diversidad de situaciones ha generado una confrontación con los principios básicos de igualdad y de no discriminación que deben presidir cualquier solución jurídica en el área de los derechos fundamentales<sup>191</sup>.

Con todo, hay que advertir que el reconocimiento de derechos a los residentes de larga duración constituye una de las principales exigencias para la integración de los nacionales de los Estados terceros en la unión Europea. La situación de que un porcentaje importante de extranjeros inmigrantes procedentes tanto del Magreb, del área Subsahariana, de Asia, de Latinoamérica, así como también de la antigua Europa comunista, que se encuentran viviendo de forma permanente en los Estados miembros, hace necesario la adopción de medidas específicas en torno a la situación jurídica y el reconocimiento de derechos que este colectivo inmigrante requiere. Ello más aun si tenemos en cuenta las situaciones particulares en las que estos se puedan encontrar, las cuales se pueden acentuar en la medida en que dichos inmigrantes no tienen la pretensión de adquirir la nacionalidad del estado de residencia o que no se les haya atribuido la solicitud de residentes a las que hubieran optado, situaciones que por lo tanto incrementarán o mantendrán su situación de exclusión frente al de la ciudadanía a la que si tienen derecho los ciudadanos comunitarios en función de la nacionalidad que poseen.

Concretamente, el estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración ha sido regulado mediante la directiva 2003/109/CE del Consejo de la Unión Europea, la cual fue dictada al amparo de los apartados tercero y cuarto del artículo 63 del TCE y en parte, también de las iniciativas contempladas en la Comunicación 757 de la comisión del 22 de noviembre de 2000, así como también de las previsiones recogidas por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Dicha Directiva persigue como principales objetivos aproximar las legislaciones y prácticas nacionales sobre concesión, retirada y contenido del estatuto de residente de larga duración con el fin de garantizar que

---

<sup>190</sup> FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio; *La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*; Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.135.

<sup>191</sup> *Ibidem*, p.135.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

los nacionales de terceros países puedan gozar de dicho estatuto en condiciones equivalentes, sea cual fuera el Estado en el que obtuvieran la residencia. Por otro lado, también pretende establecer la Directiva las condiciones para la concesión y retirada del estatuto de residente de larga duración, y los derechos correspondientes otorgados por un Estado miembro a los nacionales de terceros países que residen legalmente en su territorio.

En virtud de lo dispuesto por la Directiva 2003/109 CE, se supone la aplicación de la igualdad de trato del nacional extracomunitario con respecto a los ciudadanos del Estado miembro en una serie de ámbitos económicos y sociales, los cuales son ampliables por los mismos Estados miembros, dicha igualdad se aprecia concretamente según lo que se establece en el artículo 11 el cual incide en el acceso al empleo, la educación y la formación profesional, el reconocimiento de los diplomas profesionales, las prestaciones de la seguridad social, los beneficios fiscales, la libertad de asociación, el acceso a los bienes y servicios y en el libre acceso a la totalidad del territorio del Estado. Efectuada dicha regulación, se desprende sin embargo, que del tenor de la propia Directiva no puede inferirse en ningún momento que la igualdad del trato del nacional de un tercer país sea en la norma cualitativa y cuantitativamente equiparable a la del nacional comunitario<sup>192</sup>.

El criterio seguido para la adquisición del estatuto de residente de larga duración es la duración de la residencia en el Estado miembro que la otorga, la cual debe ser legal e interrumpida durante los cinco años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud. Se trata de asegurar de esta forma que existe un vínculo fuerte y estable con el estado con el que se pretende obtener el Estatuto, estableciéndose a su vez cierta flexibilidad con respecto al período de duración de la residencia<sup>193</sup>. Sin embargo, las condiciones exigidas para la obtención de la residencia ponen de relieve que el legislador comunitario no pretende realmente equiparar el estatuto del inmigrante con residencia legal de larga duración al estatuto de la ciudadanía comunitaria. Dicha falta de

---

<sup>192</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente Antonio; "Ciudadanía Social...", *op. cit.*, p.113.

<sup>193</sup> CRESPO NAVARRO, Elena;" La Directiva 2003/109/CE del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia"; *Revista del Derecho Comunitario Europeo*, N°8, 2004, p.10.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

equiparación se infiere de la exigencia que se efectúa hacia los nacionales de los terceros con respecto hacia ciertos requisitos que como dijimos anteriormente, deben de cumplir, exigencias que no siempre se piden con igual alcance con respecto a los nacionales comunitarios, puesto que aquellos cuentan con el reconocimiento a su favor del derecho de libre circulación y de residencia<sup>194</sup>. De esta forma, se observa que el trato dispensado hacia los comunitarios es mucho más favorable que el de aquel que ha sido efectuado con respecto a los extranjeros no comunitarios.

Otro de los requisitos que son exigidos para la obtención de la condición de la residencia de la Unión lo constituye el aporte de la prueba de que el solicitante dispone para sí mismo y para los miembros de su familia que estén a su cargo, de los suficientes recursos fijos y regulares, que puedan servir para su manutención y para la de su familia, ello claro está, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro en donde haya solicitado tan condición. Así mismo, se precisa como un requisito más, que los nacionales de terceros países cumplan con las medidas de integración que de conformidad con la legislación nacional se requiere, el cual puede variar según lo que se exija en el Estado donde se solicite la residencia. Todas estas condiciones son requeridas por lo tanto a los extranjeros extracomunitarios para poder acceder a la residencia, situación que se presenta de manera diversa con respecto a los extranjeros comunitarios, los cuales como ya dijimos anteriormente no se ven afectados por ninguno de estos requerimientos siendo por el contrario favorecidos en su tratamiento con respecto a este estatus. Dicha inclinación favorable se desprende de su condición de ciudadanos de la UE, ciudadanía que implica una comunidad de intereses y valores en la que se estima innecesario activar procesos de integración<sup>195</sup>.

---

<sup>194</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente Antonio; *op. cit* , p.113.

<sup>195</sup> *Ibidem*, p.116.

**I.14) Los Derechos de los Extranjeros dentro de la Ciudadanía Europea**

Establecida la Ciudadanía Europea, cuyo origen se basa en los ideales de la integración y el progreso de los países miembros, surge entonces la necesidad de tener que diferenciar entre unos derechos fundamentales o derechos humanos y unos derechos propios que correspondan a los de la ciudadanía de la Unión. Si bien es cierto que la ciudadanía europea se manifiesta como un instrumento al servicio de la integración no sólo por su configuración como un vínculo común hacia determinados ciudadanos, vínculo que se encuentra basado, como ya hemos visto anteriormente, en la posesión de la nacionalidad de un Estado Miembro, también es posible observar esta visión instrumental en su labor configuradora de un verdadero estatuto de derechos<sup>196</sup>. Efectivamente la ciudadanía Europea define los derechos que se poseen y la pertenencia a la comunidad. Esta pertenencia que a su vez determina las lealtades y los respectivos deberes cívicos. Se observa también, según de lo que establece el TCE en su artículo 22, que los derechos que configuran el estatuto del ciudadano de la Unión, a pesar de ser derechos de muy diversa entidad y naturaleza no constituyen de ningún modo, una enumeración completa y cerrada de todos los derechos que en virtud de la ciudadanía europea se encuentran atribuidos a los ciudadanos de la Unión y a los extranjeros extracomunitarios. Efectivamente, no hay duda de que algunos derechos fueron atribuidos inicialmente tan solo a los ciudadanos europeos, derechos que después pasaron a ampliarse a los extranjeros residentes en el territorio de uno de los Estados miembros.

El derecho a dirigir las peticiones al Parlamento Europeo constituye un derecho atribuido según el artículo 21 y 194 del TCE tanto a los ciudadanos de la UE como a cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro. Lo mismo sucede con el derecho a presentar reclamaciones al Defensor del Pueblo creado por la Unión Europea, tal como se deduce de lo expuesto por los artículos 21 y 195 del mismo tratado. Siendo la titularidad de dichos derechos compartida tanto por los ciudadanos como por los extranjeros residentes, se entiende entonces que sólo serán considerados como

---

<sup>196</sup> FRAILE ORTIZ, María, *El significado de la ciudadanía europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p.95.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

derechos específicos de los ciudadanos de la Unión los derechos referidos a la libertad de circulación y de residencia, así como los de la elegibilidad activa y pasiva a nivel municipal y del parlamento Europeo, el derecho a solicitar información a las instituciones y organismos comunitarios y la posibilidad de que un Estado miembro ofrezca la asistencia diplomática y consular a los nacionales de otro Estado miembro. Asimismo se constituye también como derecho específico propio de los ciudadanos la igualdad o no discriminación por razón de la nacionalidad. En cuanto al resto de los derechos que configuran la ciudadanía Europea, se puede decir que pertenecen a la categoría de los derechos fundamentales o derechos humanos y como tales deben de ser concedidos a todas las personas, sean estos ciudadanos de la Unión o no lo sean.

Uno de los problemas que afectan al sistema de protección de los derechos fundamentales dentro de la Unión Europea se halla precisamente en la no diferenciación entre derechos de los ciudadanos de la Unión y los derechos fundamentales que corresponden a todas las personas, sean estos nacionales de un Estado miembro, extranjeros o apátridas. También se aprecia que existe una complicada delimitación conceptual entre los derechos fundamentales y de los derechos humanos, pues, actualmente los distintos sistemas jurídicos existentes dentro de la unión se refieren en ocasiones a la noción de derechos fundamentales y en otras a la de derechos humanos. Esta complicada delimitación conceptual se agrava dentro del contexto del derecho comunitario por la inexistencia de un catálogo de derechos fundamentales<sup>197</sup> que tenga valor jurídico dentro de los países de la Unión.

Un avance significativo en este sentido ha significado la redacción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual fue firmada en Niza el 7 de diciembre del año 2000. La Carta pretende enumerar los derechos fundamentales y las libertades que son reconocidos dentro de la Unión y que deben a su vez ser respetados por las autoridades públicas de la misma Unión en sus relaciones con los ciudadanos europeos, pero también en sus relaciones con

---

<sup>197</sup> PI Y LLORENS, Monserrat; *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999, pp.90-91.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

los nacionales de terceros países que se encuentran dentro del territorio comunitario.

En este sentido, si bien es cierto que los Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión no tiene por sí misma un valor jurídico reconocido, no podemos negar que dicho compendio de derechos constituyen hoy en día un valioso instrumento de interpretación y así mismo un valioso aporte en cuanto a los derechos que en ella se reconocen a los extranjeros inmigrantes. La denominada ciudadanía europea que ha regulado la Carta, remite a un conjunto limitado de derechos de carácter heterogéneo, de los que sólo unos pocos se ejercen exclusivamente frente a la Unión. Con respecto a los derechos que son exclusivos de los ciudadanos europeos, la Carta contempla el derecho al trabajo, a la libertad para buscar un empleo, el de establecerse libremente o prestar servicios en todos los Estados miembros, la igualdad de acceso a las prestaciones de seguridad social y a la ayuda social en otro estado miembro, derecho a participar en las elecciones del Parlamento Europeo, derecho a participar en las elecciones municipales, derecho a la libertad de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros y el derecho a la protección diplomática y consular, los cuales se encuentran prescritos en los artículos 15.1, 15.2, 34, 39, 40, 45.1 y 46 de la misma Carta. De esta forma, se observa que la mayoría de los derechos que se incluyen en el epígrafe de “ciudadanía” tienen finalmente como destinatarios tanto a las personas físicas como jurídicas, sean estos ciudadanos o no de la Unión Europea, exigiéndose solo excepcionalmente a determinadas personas la residencia o el domicilio social en un determinado Estado de la Unión<sup>198</sup>. De este modo vemos que la mayoría de los derechos de ciudadanía no se encuentran reservados a los ciudadanos europeos, con lo cual se hace posible el disfrute por parte de los inmigrantes de la mayoría de los derechos fundamentales que contempla la Carta, ello con la única excepción de aquellos derechos que si se encuentran reservados a los ciudadanos europeos. El reconocimiento de los derechos que se ha efectuado con respecto a los inmigrantes tiene su razón de ser por la sola circunstancia de ser personas y a la vez disfrutarían de otros derechos en la medida en que se convirtieran en residentes legales de cualquier estado

---

<sup>198</sup> PARIZA CASTAÑOS, Luis Miguel, “Gestión de Flujos Migratorios en la Unión Europea”, *Inmigración, extranjería y Asilo*, Colex, Majadahonda, 2005, p.133.

miembro. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, no ha modificado la situación jurídica formal establecida por el TCE, en el sentido de reconocer la titularidad de los derechos que poseen los ciudadanos europeos en función de la nacionalidad de los Estados miembros, desconociendo por ello la posibilidad de considerar como ciudadanos de la Unión a aquellos nacionales provenientes de los terceros países. La Carta no ha modificado por tanto dicha regulación, sin embargo en la medida en que los derechos fundamentales son un componente de la ciudadanía, la Carta pretende a través del reconocimiento de los derechos poner de manifiesto unos derechos existentes y al mismo tiempo unos titulares de estos derechos, suprimiendo de esta forma, la diferencia de estatutos entre los ciudadanos de la Unión y los nacionales de los terceros países<sup>199</sup>. Finalmente cabe decir que la diferencia entre los derechos de ciudadano y los derechos del nacional de un tercer país es cada vez menor y se concentra, esencialmente en los derechos políticos, es decir en los referidos derechos de sufragio activo y pasivo que se efectúa para las elecciones europeas y municipales.

#### **I.15) La reformulación de la Ciudadanía**

La atribución de la ciudadanía europea ha quedado reservada únicamente para los nacionales de los Estados miembros, esta situación ha generado la exclusión y el respectivo establecimiento de un estatuto jurídico que conlleva que los extranjeros no puedan gozar de la integridad de los derechos que si le son reconocidos a los ciudadanos europeos comunitarios. Variadas son las causas por las que hoy en día la ciudadanía no forma parte de la agenda política de la Unión Europea en torno a la inmigración. Según DE LUCAS<sup>200</sup>, una de las causas más decisivas lo constituye la visión instrumental que se tiene respecto a la inmigración. Dicha visión se presenta a su vez como un elemento funcional para la concepción monista que rige hoy en día respecto del Estado nacional.

---

<sup>199</sup> FONSECA MORILLO, Francisco; “Los Derechos de los nacionales de terceros países en la unión en Ciudadanía Europea e Inmigración en Europea”, *Revista CiDOB D’Afers Internacionals*, N° 53, mayo –junio 2001, Zaragoza, p.81.

<sup>200</sup> DE LUCAS Javier; “Hacia una ciudadanía europea inclusiva. Su extensión a los inmigrantes” *Revista CIDOB D’Afers Internacionals*, N° 53, mayo –junio 2001, Zaragoza, pp.65-66.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Según esta visión instrumental, el extranjero inmigrante es considerado frente al estatus jurídico y político de la ciudadanía europea, que se caracteriza por ser permanente, como un sujeto provisional, temporal y que es sujeto a su vez de reposición, o de reemplazamiento de aquella mano de obra que se hace necesaria en determinados sectores y períodos de tiempo dentro de la Europa Comunitaria.

La nacionalidad como ya hemos dicho, es un presupuesto ineludible para alcanzar la Ciudadanía Europea y se ha constituido hoy en día en el principal factor que impide la concreción y el desarrollo de los derechos de los extranjeros inmigrantes dentro de la Unión. Efectivamente si seguimos el desarrollo normativo jurídico que se ha efectuado en los últimos tiempos con respecto a la ciudadanía europea, nos encontramos con que se ha producido cada vez más, un reforzamiento de los derechos que tienen los nacionales comunitarios, todo ello en contraposición de los derechos que han adquirido los extranjeros, a los cuales se les ha concedido determinados derechos en función de la residencia legal que les hubiese sido otorgada, salvo claro está la protección de los derechos fundamentales que poseen los extranjeros inmigrantes, los cuales quedan garantizados en todo caso.

Habiendo prevalecido el criterio de la nacionalidad como un estatuto privilegiado de derechos que poseen los nacionales de los Estados miembros, surge entonces dentro de la doctrina dos cuestiones primordiales que ponen en duda y manifiestan la inconveniencia de dicho criterio. Se plantea así, en primer lugar, la necesidad de tratar de establecer la residencia como un criterio que puede tratar de corregir las disfunciones de la nacionalidad y también se plantea la posibilidad de tratar de paliar los efectos excluyentes a que conlleva la nacionalidad con la respectiva implantación de políticas que puedan llegar a facilitar la adquisición de la nacionalidad por parte de los extranjeros inmigrantes.

La introducción, que con carácter complementario se plantea respecto del requisito de la residencia se revela como el mecanismo idóneo para integrar el concepto de la ciudadanía, sin embargo dicho criterio ha sido criticado como

también promocionado por diferentes sectores de la doctrina. Por un lado, se reconoce que la ciudadanía europea ha quedado sometida a la nacionalidad de los Estados miembros y tal situación ha generado que dicho estatuto y que los derechos que de él se engloban, no se hagan extensibles de modo inmediato hacia los extranjeros, puesto que en caso contrario, dicha ciudadanía europea perdería como tal su sentido originario<sup>201</sup>. De forma contraria se manifiesta la opinión de DE LUCAS, quien sostiene que se debe afrontar la necesidad de transformar las diferencias entre el contrato de ciudadanía y el contrato de extranjería y que se debe de considerar como una propuesta adecuada la posibilidad de albergar una nueva ciudadanía, una ciudadanía que en vez de ser exclusiva hacia los extranjeros inmigrantes se torne más bien inclusiva. DE LUCAS expresa que se debe cambiar la visión instrumental de la inmigración que permite seguir planteando la presencia de los inmigrantes como un factor ajeno y secundario respecto al vínculo social y al contrato de ciudadanía y establecer por lo tanto una visión incluyente de una ciudadanía que tenga como uno de sus principales objetivos la verdadera integración de los inmigrantes. En definitiva declara el autor que respecto al acceso a la ciudadanía debe de transferirse el vínculo de la ciudadanía desde la nacionalidad hasta la residencia, todo ello efectuado de una forma gradual y no necesariamente en los términos de la obtención de la residencia permanente<sup>202</sup>; condición, que como ya hemos visto anteriormente se considera de vital importancia para la concesión de la residencia dentro de los Estados comunitarios.

Por otro lado FRAILE ORTIZ<sup>203</sup>, declara la necesidad de reconstruir el concepto de ciudadanía europea desde el vínculo; así manifiesta que el criterio de la nacionalidad que se posee de un Estado Miembro ha demostrado su falta de idoneidad para sustentar el vínculo individuo-comunidad política sobre el que se construye en parte la ciudadanía europea, así mismo supone problemas para quienes sin ser nacionales de los Estados Miembros se han instalado en el territorio de algún Estado Miembro, estableciendo en dicho Estado su residencia.

---

<sup>201</sup> RODRÍGUEZ BARRIGÓN, Juan Manuel; *La ciudadanía de la unión Europea*, op. cit, p.357.

<sup>202</sup> DE LUCAS, Javier; “Hacia una ciudadanía europea inclusiva...”, op. cit, p.68.

<sup>203</sup> FRAILE ORTIZ, María, *La ciudadanía Europea*, op .cit, p.380.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

La nacionalidad se presenta como un problema inminente para la integración de los extranjeros inmigrantes, cuando estos no consiguen obtener la plenitud de los derechos a los que si tienen acceso los ciudadanos europeos, más aún en los casos en los que por querer obtener los respectivos derechos, dicho sueño se ve truncado al establecerse fuertes medidas para la naturalización de los respectivos inmigrantes, cerrándose de esta forma las posibilidades hacia una futura integración de estos en la sociedad europea comunitaria. Otro ejemplo ilustrativo del impedimento hacia la efectiva integración necesaria de los inmigrantes, lo constituyen las denominadas naturalizaciones forzosas. Si bien es cierto que muchos de los inmigrantes hoy en día encuentran en la naturalización el único medio que puede garantizarles el ejercicio de los derechos que en su condición de extranjeros les son negados dentro de la Unión, y que por ese motivo se ven forzados a solicitarla, dicha nueva condición no significa sin embargo, que lo hagan con la firme convicción de integrarse, pues muchos de los motivos que los impulsan, resultan ser más económicos y sociales que de identificación con los valores que se aprecian dentro del Estado Comunitario al cual han solicitado nacionalizarse.

La postura de la sustitución del criterio de la nacionalidad por el criterio de base territorial, puede afirmarse que es una de las soluciones que más correctamente se han planteado dentro de la doctrina para tratar de incorporar a la comunidad de ciudadanos europeos a aquellos individuos que se encuentran en la posesión de la residencia en el territorio de un Estado Miembro. Efectivamente resulta razonable incorporar a estas personas, que habiendo establecido como centro de sus intereses tanto personales como profesionales dentro del territorio de uno de los Estados miembros, demuestran de esta forma una incorporación estable en dicho territorio. FRAILE ORTIZ, aboga en este sentido, por considerar el criterio de arraigo al que se encuentra unido el inmigrante residente. Siendo el arraigo un factor fundamental que se encuentra presente tanto en los nacionales como en los residentes comunitarios, se convertirá así mismo, en un criterio aún más trascendental, cuando también es tomado en cuenta al valorar la posesión de la residencia permanente en que se encuentra el extranjero no comunitario. Para FRAILE ORTIZ el arraigo refleja la incorporación estable que efectúa el

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

individuo respecto a la comunidad, arraigo que no es posible demostrar con la sola circunstancia de la presencia física o por la sola posesión de la nacionalidad.

El arraigo social, que gracias al Reglamento de Ejecución de la Extranjería aprobado por el Real Decreto 2393/2004, constituye el mejor ejemplo de la importancia que hoy en día se le concede a la residencia. Dicho arraigo social efectuado, ha posibilitado la regularización de los extranjeros inmigrantes que carecían de papeles legales y que no poseen a su vez la condición de residentes y de trabajadores dentro del Estado. Esto ha permitido tomar en cuenta otros factores añadidos existentes a la falta de papeles legales en las que se encuentran inmersos los extranjeros inmigrantes dentro de España. De esta forma también se han tomado en cuenta los lazos familiares que tiene el inmigrante, el trabajo con el que cuenta y sobretodo la residencia permanente que, si bien no estaba legalizada en un principio, permitió gracias a este proceso la respectiva regularización de la inmigración clandestina. Indudablemente este proceso ha significado un gran avance en los términos de regularización e integración que se ha llevado a cabo en España y por ende dentro de la Unión Europea con respecto a los extranjeros inmigrantes no comunitarios.

**CAPITULO II. LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ESTADO SOCIAL DE  
LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978**

Si pretendemos realizar un análisis del derecho a la educación y del derecho a la protección de la salud que tienen los extranjeros inmigrantes en España, desde un punto estrictamente jurídico, no debemos olvidar la consideración realizada por el Constituyente. De esta manera, podemos observar que el derecho a la educación y el derecho a la protección de la salud han sido y son considerados por la Constitución de 1978 como unos derechos eminentemente sociales. Siendo considerados de esta manera y habiéndose constituido el Estado Español en un Estado Social y Democrático de derecho (artículo 1.1 de la norma suprema), se hace necesario conocer los orígenes que han tenido estos derechos de carácter social dentro de los denominados derechos económicos, sociales y culturales.

**II.1) Evolución de los Derechos Sociales**

La evolución de los derechos sociales, como derechos que dotan de un nuevo contenido al concepto de ciudadanía ha experimentado muchas fases. Ello es debido a las constantes transformaciones por las que han transitado los Estados en las diversas partes de Europa. Dichas transformaciones comenzaron desde un principio con el deseo de querer implantar un Estado de Derecho. Evidentemente, no podemos hablar de un auténtico Estado de Derecho si no nos remitimos al año de 1789, fecha en la que se produjeron muchos cambios políticos en diversas partes de Europa.

Siendo el régimen absolutista el que regía la Europa durante los siglos XVII y XVIII, no fue posible observar avances significativos en cuanto a los derechos sociales. Esto se explica de su evidente inexistencia, pues en esos tiempos no se podía hablar de derechos de la sociedad, ya que los únicos poseedores de los derechos eran por naturaleza el rey y su nobleza. El principio que primaba en aquel momento era el del servicio, con lo cual solo era posible

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

observar una estructura social estrictamente estamental, y por ende desigual. Tal es así, que la educación en ese entonces, estaba en manos de la Iglesia, la cual llegó a constituirse en el principal medio de difusión de la desigualdad social.

La Revolución Francesa marca el fin del antiguo régimen despótico y teocrático e inicia la instauración del Sistema Liberal, llegándose a establecer de esta manera un derecho positivo y por tanto un Estado de Derecho. Un Estado de Derecho que como categoría política se encarna en primer lugar, en el Estado liberal<sup>204</sup>. Este nuevo sistema llegó a establecer dos ideas que posteriormente, como ya veremos, fueron sometidas a crítica. Nos referimos al individualismo y el abstencionismo estatal.

La nueva ideología liberal al estar ligada a la clase burguesa, propugnó derechos en su mayoría de naturaleza civil y al servicio de ella. Habiendo proclamado el sistema liberal las ideas de libertad e igualdad esencial de todos los hombres, no fue posible observar dentro de estas dos ideas un ápice de veracidad y congruencia respecto a lo proclamado, puesto que los principales derechos eran ostentados por una minoría, es decir por aquellas personas que poseían propiedades o que a su vez tenían cierto grado de control social. Dichos derechos y libertades proclamados durante el Estado liberal tenían como principal objetivo el establecer límites a la actuación del Estado, buscaban evitar la actuación del Estado con el fin de que no tuviera injerencia en la esfera de dominio del individuo. Se propugnó así, un Estado absentista y neutral para que los individuos pudieran disfrutar de sus derechos y libertades. El Estado liberal fue configurado como un Estado policía cuya principal función consistió en establecer las reglas básicas que debían regir las relaciones entre los particulares y así como también a regular las normas que debían reprimir las acciones de quienes violaban los derechos de otros<sup>205</sup>.

Sin embargo, muchas fueron las causas de la caída del sistema liberal. Comenzando desde las profundas desigualdades sociales generadas por el

---

<sup>204</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN, José; *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 1998, p.25.

<sup>205</sup> *Ibidem*, p.26.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

capitalismo imperante, además de la primera Guerra Mundial y la profunda crisis producida en el año de 1929, los cuales provocaron una situación de gran malestar social, que hizo sentir la necesidad de la existencia de un Estado benefactor<sup>206</sup>. Efectivamente se hacía evidente un cambio ante la profunda desigualdad social que existía, puesto que los derechos que se habían predicado en principio a favor de todos los individuos en las declaraciones, resultaron al final ser derechos que se ejercían solo por determinadas personas. De esta forma se hizo preciso reclamar la existencia de un Estado que hiciera realidad muchas de las proclamas que el sistema liberal había mantenido desde un aspecto puramente formal y no real. Efectivamente el reconocimiento de los derechos que se había efectuado durante el Estado Liberal se caracterizó por ser eminentemente formalista en donde las realidades concretas que rodeaba la vida individual no tenían cabida en su ámbito de protección.

De esta manera, surge tras la Segunda Guerra Mundial, el Estado Social con el fin exclusivo de corregir las deficiencias en las que se habían incurrido durante el sistema liberal; transformándose así, el Estado de Derecho Liberal en un Estado Social de Derecho, puesto que este nuevo Estado se incluye en la categoría de Estado de Derecho, es decir de estructura política que se encuentra sometida a la ley<sup>207</sup>. El principal objetivo estaba dirigido entonces a lograr evolucionar y adaptar el sistema político y jurídico a las nuevas necesidades de desarrollo social y económico, intentando corregir el individualismo y el abstencionismo estatal que tanto daño había provocado a la mayoría social. Los valores básicos del Estado democrático liberal no son negados por el Estado Social democrático, sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro.

Si bien es cierto que el Estado Social exige la intervención de los poderes públicos para poder efectuar el respectivo goce de los derechos, no debemos de

---

<sup>206</sup> CARMONA CUENCA, Encarnación; “El estado social de derecho en la constitución”; Revista de Estudios Políticos, Colección estudios, Nº 86, Madrid, 2000, p. 47.

<sup>207</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN, José; Políticas de..., *op. cit.*, p.27.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

olvidar sin embargo que en dicha intervención estatal se establece un límite, límite que se encuentra incluido dentro de la propia sociedad, el cual se manifiesta asimismo como una sociedad compuesta por hombres libres.

Ya en la propia Declaración de los Derechos del Hombre de 1793 se sitúan los orígenes de los derechos económicos y sociales y es precisamente en ella que se hizo patente la incorporación de algunos de los derechos económicos sociales y culturales. Pero es en el siglo XIX donde podemos afirmar su plena y profunda aparición histórica, los cuales nacen vinculados a la idea de igualdad y a la crítica socialista de los derechos de formulación liberal en el marco de los procesos de industrialización de las sociedades europeas y atlánticas<sup>208</sup>, siendo tomado de este modo el aspecto social desde una perspectiva democrática. El nacimiento del Estado Social tuvo sus primeros antecedentes en los movimientos revolucionarios que se desarrollaron en la Europa del año 1848, en la Comuna Francesa de 1871 y en las políticas sociales desarrolladas por Bismarck en Alemania durante la década de los ochenta en el siglo XIX, pero fue con la teoría efectuada por Keynes y con el Proyecto de Seguridad Social propuesto por el Informe de Beveridge que el modelo de Estado Social desarrolló su viabilidad práctica. Efectivamente, gracias a la teoría keynesiana fue posible la transformación del sistema económico que había sido formulado en base al sistema liberal, para transformarse en una nueva teoría económica más realista que posibilitó las bases para materializar el Estado Social. La nueva teoría propugnaba la intervención del Estado en el mercado, el aumento del gasto y del sector público, así como también las inversiones públicas que fueran necesarias. El Estado con el fin de favorecer el crecimiento económico, se convierte así, en un actor corrector de los fallos que pudiera ostentar dicho sistema y aspira de esta forma a lograr una distribución más igualitaria de la riqueza. Por otro lado, el aporte efectuado por el Informe de Beveridge, permitió establecer las bases para el establecimiento de un sistema público de seguridad social, lo cual permitió

---

<sup>208</sup> PECES BARBA, Gregorio; *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, S. A., Madrid, 1988; pp. 197 - 198.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

demostrar que dicho sistema podía llevarse a la práctica, y de esta forma dicho modelo inglés fue posteriormente exportado hacia diferentes países.

El ideal de los derechos sociales se encuentra dirigido hacia el logro de la justicia social, el cual se había visto sumamente trastocado durante la vigencia del modelo liberal. Se quiere así a través de este modelo social poder lograr aquella libertad real que hasta ese entonces se había relegado, todo ello como consecuencia de la vigencia de la libertad formal la cual había llevado a la sociedad a un nivel de desigualdad e injusticia social.

Los derechos sociales se constituyen así, en el siglo XIX, persiguiendo la eliminación o disminución de las desigualdades materiales observadas a través del sistema liberal, buscando con ello la mejora de las condiciones de la vida de la sociedad, proclamando el ideal de justicia social para todos y sobre todo para los más desfavorecidos. Las nuevas exigencias sociales y políticas y las constantes luchas por la ampliación del sufragio, constituyen las nuevas situaciones que los derechos sociales quieren corregir y solucionar. Y es precisamente, con el fin de cumplir dicho objetivo que el Estado social se constituye en un Estado que no sólo comprende derechos de naturaleza social, sino también, derechos de naturaleza económica, concediéndosele así, al Estado amplias facultades interventoras en el aspecto económico.

De este modo, se constituyen los derechos sociales con el fin expreso de hacer realidad el principio de igualdad material. La mayor virtud de este principio estriba en no negar las libertades conseguidas, sino más bien en hacerlas efectivas. Lo que pretendía el Estado social era no dejar los derechos proclamados durante el Sistema Liberal como meras declaraciones formales imposibles de ser ejercidos por sus titulares, sino más bien pretendía que estas fueran efectivas. De esta forma, al aparecer el Estado Social con la proclamación de los derechos sociales no se viene sólo a completar un conjunto de derechos, sino también se convierten en presupuestos del ejercicio de los derechos individuales, es decir de los llamados derechos civiles y políticos. El Estado social se constituye así, en un estado que se sustenta en la justicia distributiva, en donde los bienes jurídicos

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

son distribuidos con un contenido estrictamente material <sup>209</sup>. Así pues, al nuevo Estado social le corresponde como una de sus principales misiones la responsabilidad de la procura existencial de sus ciudadanos, es decir llevar a cabo una serie de medidas que aseguren al hombre su propia existencia <sup>210</sup>, y así pues en virtud de los fines que persigue el Estado Social se reafirma que hoy en día ser ciudadano en el Estado social, significa tener derecho a la educación, tener derecho a la asistencia y a las prestaciones sociales diversas que pueda prestar el Estado. Efectivamente el Estado Social encuentra de esta forma, su legitimidad, pues es a través de la vertiente social en que se concreta el reconocimiento de los derechos sociales y así mismo en la obligación de materializar un bienestar real de forma generalizada hacia todos los ciudadanos.<sup>211</sup>

Es así como bien lo refiere PEREZ LUÑO, que el papel de los derechos fundamentales deja de ser el de meros límites a la actuación del Estado para así transformarse en unos instrumentos jurídicos de control de su actividad positiva, el cual debe de estar orientada a posibilitar la participación de los individuos y los grupos en el ejercicio del poder. Esto trae como consecuencia la necesidad de incluir en el sistema de derechos fundamentales no sólo a las libertades clásicas, sino también a los derechos económicos, sociales y culturales como unas categorías realmente accionables y no solo como meros postulados programáticos.<sup>212</sup>

Ahora bien, constituido el Estado Social y realzado con él el valor de la igualdad, no podemos dejar de tener en consideración el principio de libertad que recoge el Estado de Derecho, pues así ha sido configurado por la actual Carta Magna. Si bien en un principio esta conjunción ha generado discrepancias dentro de la doctrina por su configuración aparentemente contradictoria<sup>213</sup>, hoy es posible solucionar este enfrentamiento de valores (libertad e igualdad)

---

<sup>209</sup> GARCIA PELAYO, Manuel., *Las transformaciones del estado contemporáneo*, Editorial Alianza, Madrid, 1989, p.26 y 27.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>211</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN, José; Políticas de..., *op .cit*, p.46.

<sup>212</sup> PEREZ LUÑO, A; *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Tecnos, Madrid, 1986, p.228.

<sup>213</sup> Veáse "Estado social y democrático de derecho y derechos fundamentales" en PEREZ LUÑO, Antonio E., *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Quinta Edición, Tecnos, Madrid, 1995, p. 231 y ss.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

incorporando un elemento referencial de gran importancia que relativice ambos calificativos estatales. Este elemento referencial según como refiere el artículo 10.1 de la propia Constitución de 1978, se encuentra constituido por el valor de la dignidad, el cual como valor superior a desarrollar viene a relativizar estos valores de igualdad y libertad, llegando a adquirir éstos un carácter medial. Así pues, gracias a la función relativizadora del valor de la dignidad, que reclama ambos valores de igualdad y libertad, pueden compatibilizarse los enfrentamientos entre las expresiones constitucionales expuestas en el artículo 1.1 de la CE <sup>214</sup>.

La evolución de los derechos sociales, económicos y culturales como derechos necesarios para lograr una sociedad más igualitaria, ha tenido un reconocimiento nacional e internacional y han sido recogidos en importantes textos jurídicos como la Constitución Política de México o constitución de Querétaro de 1917, y fue precisamente en dicho texto constitucional donde se recogió por vez primera y en forma explícita determinados derechos sociales. También encontramos la inclusión de estos derechos en las Constituciones Rusas de 1918 y 1936, en la Constitución de Weimar de 1919 y en la Constitución española de 1931. Sin embargo, a pesar del desarrollo alcanzado por dichos derechos, no fue posible observar en ninguno de ellos determinados mecanismos de garantía que hicieran posible su exigibilidad ante los Tribunales.

La libertad y los derechos sociales al estar ligados y al ser históricamente uno la continuación del otro no se encuentran contrapuestos sino que más bien se puede decir que ambos grupos de derechos poseen finalidades distintas pero se encuentran ligadas indisolublemente por el principio democrático al que ambos deben de seguir y es precisamente de dicho nexo democrático de donde deviene que ambos grupos de derechos no pueden coexistir si no se respetan el uno al otro, puesto que no es posible afirmar la existencia de una libertad sin igualdad social como tampoco la de una igualdad sin libertad.

---

<sup>214</sup> COSSÍO DÍAZ, José Ramón., *Estado social y derechos de prestación*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989, pp.35 - 36.

Los derechos sociales no persiguen pues la uniformidad social puesto que dicha uniformidad comportaría la negación de la libertad misma. Los derechos sociales pretenden lograr la igualdad, pero en este cometido no se dirigen a aplicar las medidas iguales para todos los ciudadanos, sino que más bien se dirigen a querer lograr sus objetivos aplicando la discriminación positiva, medidas que finalmente tenderán hacia el logro de la igualdad real.

Es en este punto donde una vez más se encuentra la relación continua y existente que enlaza tanto a los derechos sociales como a las libertades reales, puesto que como ya dijimos antes aquella verdadera libertad solo será posible lograrla con la existencia de una igualdad efectiva. En este sentido sobresale lo expuesto por GARCIA PELAYO, quien resalta que “mientras que en los siglos XVII y XIX se pensaba que la libertad era una exigencia de la dignidad humana, ahora se piensa que la dignidad humana (materializada en los supuestos socio-económicos) es una condición para el ejercicio de la libertad”<sup>215</sup>.

Importa subrayar como bien lo señala MARTÍNEZ VAL, que es necesario y fundamental el cambio de una libertad con contenidos estrictamente negativos y de abstención para los poderes públicos a una libertad positiva que posea contenidos activos tanto para sus titulares como para los grupos en que los individuos se insertan. También resalta la nueva actividad positiva que despliegan los poderes públicos al abandonar este nuevo Estado Social su vieja actividad neutral y abstencionista, removiendo de esta forma todo tipo de obstáculos en los que pudieran encontrarse los grupos menos favorecidos, promoviendo asimismo por otro lado las condiciones necesarias para que pueda efectuarse una verdadera libertad emancipadora<sup>216</sup>

---

<sup>215</sup> GARCÍA PELAYO; Las transformaciones del Estado contemporáneo, *op .cit.*, p.26.

<sup>216</sup> SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, “Los derechos sociales. Inclusión en el Constitucionalismo de un concepto polémico”, *Revista General de Derecho*, MARTÍNEZ VAL, José (Director), N° 618, 1996, marzo Año LII, p, 1823.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Así mismo han sido reconocidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales del año de 1966. Posteriormente al conflicto bélico de la Segunda Guerra Mundial dichos derechos han venido siendo reconocidos por las diversas constituciones de los países existentes. En el ámbito europeo sobresale el reconocimiento efectuado por la Carta Social Europea, la cual fue aprobada por el Consejo de Europa y fue firmada en Turín el 18 de octubre de 1961.

### **II.2) Los Derechos Sociales como Derechos Fundamentales**

La caracterización de los derechos sociales como auténticos derechos fundamentales ha sido objeto de discusión dentro de la doctrina. Si bien es cierto que los derechos económicos y sociales y culturales han tenido en el tiempo dificultades para su identificación y aceptación, no podemos sin embargo por ello desmerecer la importancia que hoy en día han alcanzado. Y es precisamente en dicho avance que experimentan estos derechos, donde se establece su conexión con los respectivos derechos políticos. No podemos dejar de tener en cuenta en este sentido muchos de los combates que se efectuaron para poder alcanzar los derechos políticos, los cuales tuvieron como objetivo a su vez el poder lograr determinadas metas sociales y es así como esta conexión se convierte en el principal argumento para defender la inclusión de los derechos sociales dentro de la categoría de los derechos fundamentales<sup>217</sup>.

Si bien es cierto que los derechos fundamentales forman parte junto con los valores y principios del contenido de justicia de una sociedad democrática moderna y que tienen a su vez como objetivo último el desarrollo máximo de humanización y por ende el de la dignidad de la persona,<sup>218</sup> no podemos en este sentido desligar por completo el papel verdadero que cumplen los derechos sociales en dichos objetivos y metas. Los derechos sociales a diferencia de los derechos civiles no se plantean desde la idea de la igualdad como una equiparación sino que más bien tienden a querer lograr la igualdad no tanto desde

---

<sup>217</sup> PECES BARBA, MARTINEZ Gregorio; "Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto", *Revista de Derecho y Libertades*, N° 6, p.25.

<sup>218</sup> *Ibidem*, p.25.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

un punto de vista de partida sino más bien que se encuentran dirigidos a lograr una igualdad en los resultados y es precisamente en aquella finalidad de querer lograr una igualdad real y efectiva cuando los derechos sociales devienen a ser importantes y llegan a ser fundamentales, eliminando de esta forma las desigualdades sociales y contribuyendo asimismo por otro lado al ejercicio pleno y efectivo de las libertades.

En los tiempos actuales en los que la igualdad formal ha resultado ser por sí misma insuficiente, resulta fundamental el logro de una igualdad real que pueda llegar a alcanzar a todo ciudadano y persona en general, para que ésta, sea nacional o extranjero, pueda ejercitar sus derechos de forma plena y digna. Es precisamente en dicha finalidad en que los derechos económicos, sociales y culturales nacen en un principio para favorecer a los más desfavorecidos, logrando hoy en día su universalización de acuerdo a lo previsto por la Constitución, universalización que sin embargo hoy en día se discute con respecto al grupo de extranjeros inmigrantes.

Conocida la finalidad que persiguen los derechos sociales no podemos, sin embargo considerar a todos aquellos derechos como derechos fundamentales y ello se desprende del nivel de protección y ubicación que ha efectuado la Carta Magna de 1978 con respecto a aquellos derechos. Efectivamente la Carta Magna ha configurado la distinta eficacia que separa a los grupos de derechos sociales de aquella. De esta forma, según lo que prescribe el artículo 53 de la Constitución, la diferencia principal entre los derechos del Capítulo II y los principios rectores, estriba en que éstos no tienen garantizado un contenido esencial, puesto que el inciso primero del mismo artículo alude a este sólo en relación con los preceptos del Capítulo II.

De este modo la Carta Magna efectúa una clasificación de derechos sociales fundamentales y otros derechos sociales que no lo son, haciendo una denominación de éstos últimos como principios rectores de la política social y



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

económica. Esta clasificación ha ocasionado que se dé un diferente modo de protección de unos derechos sociales respecto a otros, todo ello en base a su carácter fundamental. Así se observa que solo los derechos sociales fundamentales podrán ser objeto de la protección reforzada del recurso de amparo constitucional, siendo denominados a su vez aquellos derechos como derechos subjetivos constitucionales<sup>219</sup>.

Teniendo en cuenta las características del contenido esencial que poseen los derechos fundamentales establecidos por el Capítulo III el constituyente ha establecido una clasificación de los derechos sociales que no se funda más bien en criterios materiales o por la razón del contenido, sino que más bien efectúa una clasificación de los derechos sociales de acuerdo a los mecanismos de garantía que dichos derechos poseen<sup>220</sup>.

Por lo que se refiere a los derechos proclamados en el Capítulo II del Título primero se ha de observar de que se trata de derechos que son directamente aplicables y que no necesitan de una ley de desarrollo para que puedan ser realmente efectivos; esto se manifiesta tal como señala el inciso primero y segundo del artículo 53. Por otro lado los principios rectores presentan una situación diversa de lo previsto para los derechos fundamentales puesto que los derechos sociales incluidos dentro de este grupo si resultan ser objeto de desarrollo legislativo, con lo cual dichos derechos, por lo tanto, no resultan ser directamente exigibles ante los tribunales.

Siendo los extranjeros inmigrantes parte de la realidad social española actual no es posible negarles el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales. Esto debido a su condición (no solo a nivel constitucional sino también a nivel internacional) de verdaderos sujetos del Estado Social, que

---

<sup>219</sup> GONZÁLEZ MORENO Beatriz, *op. cit.*, p.147.

<sup>220</sup> *Ibidem*, p.147.

como ya sabemos propugna no solo la igualdad sino también la solidaridad. Concepto último que debe tomarse muy en cuenta, dentro del tratamiento de los derechos de los extranjeros.

En términos generales, toda persona se convierte en principio, según lo prescrito por la Declaración Universal, en titular de los derechos humanos<sup>221</sup>. Sin embargo, en la práctica, si tomamos en cuenta las diferencias culturales que existen entre los diversos grupos de personas hemos de percibir que dentro de un determinado Estado, existen algunos grupos que en razón de su condición o de su tradición han sido objeto muchas veces de un trato discriminatorio. Esta situación ha generado cierto grado de vulnerabilidad haciéndose imprescindible por lo tanto la adopción de determinadas medidas de protección especial que puedan reforzar los derechos a los que dichos sujetos sean acreedores. Dichas medidas de acción positiva por parte del Estado, pretenden garantizar la igualdad social de estos grupos vulnerables. Y es en este sentido y con el ánimo de proteger los derechos sociales de estos grupos minoritarios, de entre los cuales se encuentran los extranjeros inmigrantes, que la Asamblea de las Naciones Unidas adoptó en el año de 1992 la Declaración de Derechos de las personas pertenecientes a las Minorías Nacionales, Étnicas, Religiosas y Lingüísticas.

### **II.3) Los Derechos Sociales de Carácter Prestacional en el Moderno Constitucionalismo**

Como hemos visto, el surgimiento de los derechos sociales ha tenido lugar en el tiempo, debido a la sucesión de múltiples factores diversos. La incapacidad del sistema Liberal de resolver los problemas políticos, sociales y económicos quedaron manifestadas en el siglo XX. Todo ello provocó que se fuera produciendo en el pueblo español una profunda desconfianza ante el prototipo de

---

<sup>221</sup> GARCÍA MORALES, Aniza, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, Universidad Complutense, Madrid, 2003, p.31.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

hombre libre, responsable y capaz de ordenar su futuro que había proclamado vehementemente el sistema liberal.

Acaecidas las dos guerras mundiales, y habiendo surgido una profunda crisis económica en casi todo el ámbito europeo (sin olvidar de este contexto, el nacimiento de los dos regímenes totalitarios, como lo fueron el régimen soviético en el norte europeo y el nazi-facismo en el centro y sur de Europa) fue imposible entonces mantener las viejas estructuras sociales del sistema liberal burgués. Únicamente el Estado fue capaz de aguantar y de dar alguna respuesta a las demandas de los ciudadanos, pero no sin cambiar en sus funciones y fundamentos ideológicos. Ante esta realidad, los ciudadanos en particular y el conjunto de la sociedad en general se volverán hacia él como una última institución capaz de proporcionar seguridad y protección<sup>222</sup>. De esta manera, fue posible observar el cambio de mentalidad que se produjo en la sociedad, pues ahora ya no se miraba al Estado como un simple sujeto que se abstenía sino que por el contrario pasaba a ser un sujeto con plenas posibilidades de intervención, un sujeto que pudiera planificar y hacer efectivas determinadas políticas sociales a favor de los ciudadanos, satisfaciendo de esta forma sus principales necesidades.

Y al entrar al punto del Estado Intervencionista nos estamos refiriendo a aquel Estado que a través de sus prestaciones contribuirá en toda su capacidad posible a hacer realidad el desarrollo pleno de la sociedad, así como a procurar que su libertad sea efectiva, puesto que como ya hemos dicho antes que no es posible lograr una verdadera libertad si no se han satisfecho las mínimas necesidades vitales dignas de una persona. Así, el Estado se constituye en el principal instrumento capaz de distribuir equitativamente los bienes y así mismo en el instrumento capaz de introducir el beneficio e introducir en la sociedad la justicia social, económica y cultural<sup>223</sup>. Desde aquí, donde podemos justificar la existencia del Estado social como un Estado de bienestar que procura a través de

---

<sup>222</sup> GARCÍA MADRID, Antonio; *Cuestiones política y legislación en educación*; Kadmos, Salamanca, 2000, p.27.

<sup>223</sup> *Ibidem*; p.29.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

sus prestaciones satisfacer los derechos económicos, sociales y culturales, para lograr posteriormente una igualdad sustancial.

Hemos de tener en cuenta además que la actividad prestacional efectuada por los poderes públicos está dirigida a lograr la igualdad y con ello también reducir la desigualdad social. Se pretende que el poder público garantice a todos los ciudadanos la satisfacción de las necesidades básicas otorgándoles para ello un determinado sustrato material y logrando finalmente que ellos puedan optar al pleno desarrollo de su personalidad.

No debemos de olvidar que dicha actividad prestacional efectuada por los poderes públicos deberá de estar encuadrada dentro de los parámetros establecidos por la Constitución. En este sentido el TC ha manifestado que “(...) la sujeción de los poderes públicos a la Constitución se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los jueces y tribunales en el ámbito de sus funciones respectivas”<sup>224</sup>.

Es en la propia Constitución Española de 1978 donde se habilita a los poderes públicos para la transformación de la organización económica y social, esto según de lo que se desprende del artículo 9.2., el cual establece que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran 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”. Y es precisamente de lo establecido por dicho artículo de donde se deduce la voluntad declarada de constituirse como un Estado Social y Democrático de derecho<sup>225</sup>

En este sentido, hemos de tomar en cuenta aquello que prescribe el apartado primero del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos

---

<sup>224</sup> STC 18/1989, de 30 de enero.

<sup>225</sup> GONZÁLEZ MORENO, Beatriz; *El estado social: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002, p.69.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Sociales y Culturales que refiere que “Cada uno de los estados Partes se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. De esta forma, la obligación adoptada por el estado Parte, debe traducirse necesariamente en el presupuesto estatal, en el cual se asignan y administran los recursos indispensables para poder poner en práctica las medidas que sean pertinentes para el cumplimiento de la misma. Así, en la medida en que el presupuesto del Estado esté dirigido hacia áreas concretas en materia de desarrollo económico, condiciones laborales, y así mismo también hacia necesidades fundamentales como la salud y la educación, de entre otros, será posible entonces disponer de criterios que puedan permitir el control legislativo de las acciones estatales, todo ello dentro del marco de sus obligaciones internacionales, constitucionales y legales. Ha de quedar claro en todo sentido que las asignaciones públicas han de ser requeridas cuando las necesidades a las que se encuentran sujetos los individuos no pueden ser satisfechas por sus propios actos y es aquí donde el Estado se convierte en el principal actor que tiende a la procura de la satisfacción de las necesidades sociales.

Sin embargo, el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran limitado por los medios que se están a su alcance, es decir por aquellos recursos mínimos con los que cuenta el Estado para poder satisfacer las necesidades fundamentales para el desarrollo de los respectivos derechos. En el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado en principio, debe de respetar los recursos con que cuentan los individuos para el disfrute de sus necesidades, debe a su vez respetar la libertad que poseen dichos individuos para buscar un empleo o para emprender las acciones correspondientes en el uso de los recursos necesarios de que disponen para poder satisfacer su correspondientes necesidades. Esta libertad debe de ser respetada pero a la vez protegida por el Estado frente a situaciones en las que dichos individuos se vean enfrentados a sujetos más fuertes, tal y como sucede con los

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

grandes intereses económicos como el fraude, las prácticas desleales en las relaciones contractuales y comerciales, etc. Esta función protectora a cargo del Estado se ha constituido en uno de los aspectos más importantes en el respeto de los derechos económicos sociales y culturales. Tal como lo señala ALEXI, se observa que “la escala de las acciones positivas del estado que pueden ser objeto de un derecho a prestaciones se extiende desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos a través de normas del derecho penal, pasando por el dictado de normas de organización y procedimientos, hasta prestaciones en dinero y bienes”<sup>226</sup>.

La fórmula del Estado Social y de la constitucionalización de los derechos económicos y sociales han encontrado su expresión dentro del artículo 1.1 de la CE. Dicho artículo se encuentra a su vez reforzado por el artículo 9.2 y por aquello que prevé el capítulo 3 de Título I de la Carta Magna. La Constitución española de 1978 “ha realizado, respecto de los derechos sociales de prestación una reserva económica de lo posible”<sup>227</sup>, es decir reconoce que no resulta suficiente la mera proclamación formal de los derechos sino que resulta fundamental cambiar la realidad de las cosas creando las condiciones materiales que posibiliten los derechos de prestación. Sin embargo, la obtención de los recursos disponibles para poder satisfacer las necesidades no resulta una tarea fácil de realizar y por lo tanto, se constituye esta situación en el mayor obstáculo que es preciso remover para poder crear las condiciones para que la libertad y la igualdad proclamadas por el artículo 9.2 de la Constitución puedan ser reales y efectivas<sup>228</sup>. En este sentido, para que los preceptos constitucionales que prescriben los derechos sociales y económicos puedan verse realizados, resulta también fundamental el compromiso que deben adquirir las autoridades políticas para que dichos derechos se vean efectivamente implementados, así como

---

<sup>226</sup> ALEXI, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p.427.

<sup>227</sup> CARMONA CUENCA Encarnación; *El estado social de derecho en la Constitución*; Civitas, Madrid, 2000, p.159.

<sup>228</sup> RIVERO LAMAS, Juan; *Protección de la salud y estado social de derecho*; Real Academia de Medicina, Zaragoza, 2000, p.41.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

también la actuación de los órganos judiciales para contribuir a su fortalecimiento.<sup>229</sup>

Dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional encontramos una clara alusión a la importante labor que le corresponde realizar al Estado. Así se desprende de lo que la sentencia 181/2000 expresa, la cual refiere que “de la obligación del sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la eficacia de tales derechos y de los valores que representan, aún cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano (...)”.

Si bien es cierto que la principal característica que poseen los derechos sociales es el de su naturaleza prestacional, ello no significa que todos los derechos sociales puedan generar obligaciones positivas por parte del Estado. De esta forma nos encontramos con que determinados derechos sociales no pueden calificarse como específicos derechos sociales prestacionales, tal es el caso del derecho a la libertad de sindicación y del derecho a la huelga, los cuales ostentan una diversa naturaleza de aquello que se incluye dentro del contenido prestacional. Por otro lado, encontramos también derechos que si bien requieren algún género de intervención pública, no pueden calificarse como auténticos derechos prestacionales; prueba de ello lo encontramos por ejemplo en la limitación efectuada a la autonomía de la voluntad que se efectúa dentro del ámbito laboral como la realizada en la limitación de la jornada, así como también en el derecho a las vacaciones.

Junto a la actividad positiva realizada por el Estado también debe de tomarse en cuenta para la efectiva realización de estos derechos la utilización de un “sistema democráticamente articulado”,<sup>230</sup> el cual debe dirigir la actuación de los derechos sociales de tal modo que la sociedad no aparezca sólo como un

---

<sup>229</sup> GARCÍA MORALES, Aniza, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *op. cit.*, p.115.

<sup>230</sup> GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del estado contemporáneo*, Editorial Alianza, Madrid, 1977, p.48.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

referente pasivo que se beneficia de las prestaciones sino que, a través de las organizaciones que expresan el pluralismo político y que se integran en los órganos de expresión de la voluntad popular, tengan atribuido un protagonismo en la formulación de las políticas distributivas y para configurar las prestaciones públicas<sup>231</sup>.

Ahora bien, debe de tomarse en cuenta, además, que la heterogeneidad que caracteriza a los derechos sociales, en orden a su protección jurídica se hace evidente en la Carta Fundamental Española en el sentido de que dichos derechos encuentran diferentes tratamientos jurídicos. Efectivamente tal como se desprende del texto, se observa que no todos los derechos prestacionales se encuentran recogidos en el Capítulo III del Título I bajo el rótulo de principios rectores de la política social y económica. Dentro de los derechos sociales fundamentales que consagra la Constitución de 1978 se encuentra el derecho a la educación, el cual se encuentra anclado en la raíz misma del Estado social, garantizando desde un plano objetivo, el libre y pleno ejercicio de la democracia, cuyo presupuesto básico es la libertad de conocer y capacidad para decidir con ese conocimiento de causa. Y desde el plano subjetivo, porque la educación es el soporte para el libre desarrollo de la personalidad y de la ideológica. Y es aquí, precisamente en este último punto donde conectamos el desarrollo de la personalidad como presupuesto de la dignidad humana, pues como era evidente gracias al reconocimiento de los derechos sociales el concepto de dignidad dejó de tener ese aspecto reducido al que lo llevaba el sistema liberal del siglo XVIII, llegando a entenderse con el nuevo sistema social un concepto de dignidad que no solo vinculaba al individuo sino al hombre inmerso en una concreta realidad social<sup>232</sup>.

Por otro lado, el derecho a la protección de la salud también se configura como un derecho social prestacional, pero se encuentra configurado dentro de los principios rectores de la política social y económica que contiene la Constitución Española. El derecho a la protección de la salud es un derecho social que por lo

---

<sup>231</sup> RIVERO LAMAS, Juan; *Protección de la salud y estado social de derecho*; Real Academia de Medicina, Zaragoza, 2000, p.42

<sup>232</sup> GONZALEZ MORENO, Beatriz; *El estado social, naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*; *op. cit.*, p.107.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

tanto impone al Estado la obligación de realizar a favor del titular de este derecho una serie de prestaciones, las cuales también están destinadas a satisfacer una necesidad de índole individual, pero que se encuentra colectivamente considerada<sup>233</sup>. El derecho a la protección de la salud exige al Estado una actitud positiva, por el cual este debe de asumir el deber de proteger convenientemente la salud de las personas que se encuentren dentro del territorio del Estado. El Estado asume dicho objetivo, mediante la organización y puesta en funcionamiento de todos aquellos medios que considere necesarios para poder lograr su debida protección. Ahora bien, no debe de olvidarse que también en el ámbito concreto del derecho a la protección de la salud se pretende que la actuación del Estado debe de estar dirigida, al igual que el caso de otros derechos sociales, hacia el logro de una igualdad sustantiva, debiéndose por lo tanto superar las desigualdades existentes entre los diferentes miembros de una sociedad. Este objetivo se torna para el caso del Estado Español en una misión ineludible, puesto que si bien es cierto que el Estado español se caracteriza por ser un Estado compuesto por diferentes culturas, esta situación hoy en día se ha potenciado con la llegada de los nuevos extranjeros inmigrantes, extranjeros que por su condición de personas aspiran a tener un tratamiento médico adecuado en condiciones de igualdad que los españoles. Pero a diferencia del caso específico del derecho a la educación, cuya formulación dentro del capítulo de derechos fundamentales (entre los que se encuentran básicamente los derechos de libertad) ha sorprendido a no pocos autores, suscitando diversas posturas al respecto, situación diversa presenta el derecho a la protección de la salud, el cual si bien es cierto es considerado como un derecho social prestacional, sin embargo no cuenta hoy en día con el mismo nivel de protección con el que sí cuenta el derecho a la educación, ello en función de su ubicación dentro del ámbito de los principios rectores que la Constitución contempla en el capítulo III del Título I. Efectivamente, de la ubicación realizada por el constituyente<sup>234</sup> respecto al derecho a la protección de la salud, se

---

<sup>233</sup> SÁNCHEZ CORDERO, Olga; *El derecho constitucional a la protección de la salud*; Poder judicial de la Federación; N°6, México, 2000, p.10.

<sup>234</sup> El valor jurídico que poseen los principios rectores de la política social y económica se ve realzado con aquello que ha previsto el artículo 53.3 el cual dispone que "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción Ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. De esta forma, al ser los principios rectores auténticas normas jurídicas, obligan pues a la actuación respectiva de los poderes públicos teniendo como ayuda para el logro de su efectividad y para la ejecución de la prestación

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

desprende que el constituyente ha considerado su protección dentro del ámbito de los principios rectores, con lo cual si bien es cierto que dichos derechos informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, tal como se desprende del texto constitucional, ello sin embargo, solo podrá ser alegado ante la respectiva jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Por otro lado, los derechos sociales prestacionales han sido materia de discusión doctrinal respecto a su exigibilidad jurídica. Y es precisamente el artículo 53.3 de la CE el que viene a disponer el alcance de su exigibilidad; de esta forma el artículo proclama que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo II informarán la legislación, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Si bien es cierto que el reconocimiento efectuado por el legislador no se ha manifestado de una forma amplia, no podemos por ello desmerecer el valor y el alcance que presentan dichos derechos sociales. En este sentido se ha manifestado el TC en su sentencia 18/1986 de 6 de febrero, el cual declara que “(...) la sujeción de los poderes públicos a la constitución se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los Jueces y Tribunales en el ámbito de sus funciones respectivas”<sup>235</sup>. Por otro lado se discute también en la doctrina los gastos que generan dichos derechos, puesto que los derechos sociales requieren muchas veces para su efectividad de la respectiva creación y organización así como del sostenimiento financiero de un servicio público se discute así, dentro de la doctrina los gastos sociales que hoy en día generan dichos derechos prestacionales. Se ha llegado incluso a cuestionar su naturaleza de derechos subjetivos. Lo cierto es que su naturaleza en el orden normativo está determinada por su formulación jurídica que se ha establecido en los textos constitucionales. Así resulta que estamos ante derechos de naturaleza heterogénea. De este modo, al margen de la validez que le otorgan las normas constitucionales,

---

respectiva, de una determinada ley, la cual según sea el principio que desarrolle tendrá como objetivo la protección de los derechos sociales básicos de las personas.

<sup>235</sup> STC 18/1986, de 6 de febrero.

éstas tienen diferentes condiciones de aplicabilidad en el tiempo y en el espacio, así como también diferentes garantías. Sin embargo, ello no impide que hayamos tomado el término de derechos sociales con el fin de justificar y a la vez legitimar la existencia del Estado Social dentro del actual constitucionalismo. Discutida la exigibilidad que poseen dichos derechos ante los Tribunales, no debemos dejar de tener en cuenta que dichos derechos sociales, teniendo como finalidad el logro de la justicia social poseen indefectiblemente un núcleo irreductible básico con el cual es posible establecer un límite para la libertad de configuración que posee el legislador.

#### **II.4) Los sujetos de los Derechos Sociales**

Cuando hablamos de la titularidad del ejercicio de los derechos sociales nos referimos a aquella titularidad referida al hombre histórico, social y culturalmente determinado y que se encuentra también inserto en el entramado de las relaciones sociales y económicas. Un hombre histórico que se diferencia del hombre abstracto y universal que se preconizaba dentro del ámbito de las libertades clásicas. Efectivamente existe una dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales<sup>236</sup> en torno a la titularidad diversa que dichos grupos de derechos reconocían. De esta forma los derechos económicos, sociales y culturales se constituyen en derechos del hombre trabajador, del joven, del anciano, es decir de aquella persona que precisa asistencia. De esta forma, se observa como ya lo refería BOBBIO, el “paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de los derechos” se produce el paso “del hombre genérico, del hombre en cuanto hombre, al hombre específico, o sea, en la especificidad de sus diversos status sociales”.<sup>237</sup> BOBBIO denominó así, a este paso gradual, como un proceso de especificación de los sujetos titulares de los concretos derechos sociales.

Por otra parte a diferencia de los derechos políticos y de las libertades públicas, los derechos sociales no requieren para su titularidad de especiales condiciones de capacidad, puesto que su titularidad va unida a situaciones

---

<sup>236</sup> AÑÓN ROIG, María José y Otros, *Lecciones de derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.63.

<sup>237</sup> BOBBIO, Norberto; *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, p.109-114.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

jurídicas ajenas a la voluntad del individuo. Tal es así que se dirige en algunos casos a cubrir las necesidades de ciertos colectivos que se encuentran en una situación determinada desfavorecida y en otros casos puede cubrir inclusive la situación de personas que se encuentran en condiciones de menesterosidad<sup>238</sup>.

Debe de tomarse en cuenta de lo anteriormente expuesto, que en el fondo ese proceso de especificación de los sujetos viene a ser el resultado de la toma en consideración de las particulares necesidades<sup>239</sup> por las que experimentan los sujetos en la vida social, puesto que los derechos sociales no pueden definirse y justificarse sin tener en cuenta las necesidades concretas de las personas. De esta forma, los derechos sociales se manifiestan como derechos estrechamente relacionados con las necesidades de las personas.

Si en un principio los derechos sociales nacen con el fin de socorrer y reivindicar los derechos de los más necesitados y desposeídos, los trabajadores, hoy podemos observar su gran avance a través del tiempo, avance que queda manifestado en su universalidad, con el cual muchos de los objetivos de los derechos sociales no van a quedar excluidos a un determinado grupo sino más bien que alcanza a todas las personas, con el fin de que todas ellas puedan acceder en condiciones de igualdad a aquellos bienes sociales que se constituyen como vitales para una existencia digna. La universalidad de los derechos sociales significa así, que si cualquier sujeto se encuentra en una situación de necesidad, será en base de dicha necesidad posteriormente protegido por el Derecho. Dentro de la doctrina PECES BARBA mantiene la tesis de que existe un problema crucial con respecto al carácter universal que presentan los derechos económicos y sociales en su punto de partida, el cual según de lo que manifiesta dicho autor muchas veces no se llega a cumplir en lo que respecta a su punto de llegada. Así, PECES BARBA sostiene que “en la organización práctica de derechos económicos y sociales, como el derecho a la educación o a la protección de la salud, se equipara a estos derechos como los individuales, civiles y políticos, y se

---

<sup>238</sup> SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *op. cit.*, p.1819.

<sup>239</sup> AÑÓN ROIG, María José; *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, C.E.C, Madrid, 1994, p.41.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

les sitúa en la universalidad como punto de partida. Esta equiparación tiene como consecuencia que no sean derechos para unos sectores concretos de población sino que la meta ideal, el objetivo político será su generalización. Se convierten en derechos del hombre y del ciudadano, atribuidos a todos, y no tienen como meta alcanzar la igualdad como equiparación, que sólo sería posible en el caso de que se hubiera utilizado como medio la igualdad como diferenciación. El serio error de concepto en estos derechos es que sirven para mantener la desigualdad, y actúan, para aquellos beneficiarios que no los necesitan realmente, como los privilegiados medievales y potencian la desigualdad. Tratan injustamente a desiguales con consecuencias injustas. Por ser concebidas como derechos universales desde el punto de partida, no consiguen mantener la universalidad en el punto de llegada”<sup>240</sup>.

De lo anteriormente expresado se deduce indudablemente la idea de que el autor se manifiesta expresamente contrario hacia la idea de la equiparación de todos los derechos. Así dicho el autor considera como un factor negativo la existencia de una igualdad uniforme que esté dirigida hacia el conjunto de todos los individuos. PECES BARBA sostiene que la inexistencia de una jerarquización que permita alcanzar una “igualdad en la equiparación” genera que dentro de la sociedad se den situaciones de injusticia social haciendo por lo tanto que las personas que necesiten acceder a dicho derecho según sus situaciones de clase, estén en la misma posición respecto de aquellas personas que ostentan privilegios. Toda esta situación en la que se tienen que satisfacer las demandas de una forma general, ha generado la consecuente crisis del estado social, puesto que habiendo tomado los derechos económicos sociales y culturales un carácter universal, se hace por lo tanto necesario su satisfacción hacia todo el conjunto de personas que integran la sociedad de un Estado. Ante tal aplicación universal de los derechos PECES BARBA propone que se debe de aplicar la igualdad como diferenciación, con el fin de alcanzar la equiparación en una universalidad como punto de llegada; todo ello con el fin de encontrar la solución pertinente a la evidente crisis del

---

<sup>240</sup> PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio; “La universalidad de los derechos humanos”, en NIETO NAVIA, Rafael (editor), *La Corte y El Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1995, San José, p.418.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

estado Social. Según PECES BARBA el criterio de la diferenciación evita que el principio de la igualdad ante la ley pueda traducirse en un uniformismo el cual supondría tratar a todos de la misma manera.

De esta forma suscribe PECES BARBA que “ quienes no lo necesiten pueden acceder a esos servicios públicos de la enseñanza o de la sanidad, pagando la totalidad de su costo o, al menos, parte importante de él, mientras que el derecho fundamental, de crédito, quedaría reservado a aquellos colectivos concernidos por la imposibilidad de satisfacerlos por sí mismos”<sup>241</sup>. Ahora bien, debe de tenerse en cuenta en la aplicación del criterio de la diferenciación, que dicho criterio encuentra como límite objetivo el hecho de que no se llegue a un Estado de arbitrariedad o de discriminación.

A nuestro entender resulta interesante la propuesta formulada por el autor de referencia porque efectivamente muchas veces no es posible lograr la efectiva igualdad real sustantiva que se anhela si no se hace uso como instrumento adecuado para la realización de aquella, del respectivo tratamiento diferenciador. Sin embargo no compartimos la idea manifestada por PECES BARBA en el sentido de querer imponer unos límites con respecto al ejercicio de determinados derechos fundamentales y principios rectores, tal como lo constituyen el derecho a la educación y el derecho a la protección de la salud. Si bien es cierto que la población existente dentro de los Estados no se caracteriza precisamente por ser una sociedad uniforme, debemos de tener en cuenta a su vez que dicha situación no debe generar por ningún motivo que determinados grupos de individuos se encuentren en una situación favorable económicamente se vean privados de derechos que han sido ampliamente reconocidos a nivel universal. Efectivamente dichos derechos son reconocidos debido a su importancia y tomando en consideración la condición de personas que tienen los individuos. Ahora bien, hemos de aclarar que dicho reconocimiento no significa que en el disfrute de los respectivos derechos puedan hacerse ciertas diferenciaciones que como ya hemos

---

<sup>241</sup> PECES BARBA MARTÍNEZ Gregorio; La Corte y el sistema interamericano, *op. cit.*, p.419.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

dicho deben de procurar lograr la igualdad real; siendo relevante en este caso la discriminación positiva, tratando aquello que prescribe en dicha finalidad igualatoria de no llegar a situaciones que puedan generar discriminaciones o arbitrariedades injustificadas y desproporcionadas e irrazonables.

Con todo no obstante, se observa que la universalización efectuada de dichos derechos, a favor de una gran cantidad de personas se encuentra aún limitada en su disfrute en cuanto a determinadas grupos de personas y es en este grupo de personas entre los que se encuentran incluidos los extranjeros inmigrantes. Efectivamente dichos límites, se observan del reconocimiento de los derechos que a lo largo de todo su articulado ha efectuado la Carta Magna de 1978, pero ello indudablemente se comprende del contexto en el que fue elaborada la Constitución, puesto que el constituyente no pudo prever desde un principio el alcance que hoy en día llegaría a tener el fenómeno inmigratorio. Es en este sentido de donde se hace evidente un cambio urgente con respecto al modelo homogénico sobre el cual se construyó el Estado moderno<sup>242</sup>. El advenimiento cada vez más ingente de inmigrantes requiere como ya hemos visto, replantearse el viejo concepto de ciudadanía, superando por tanto también la concepción formal de la igualdad. Una concepción que hoy en día ante la nueva realidad se ha visto desbordada y que se ha tornado a su vez en insuficiente para poder integrar la diversidad de culturas que ha desencadenado la inmigración extranjera en España.

De esta forma, el fenómeno inmigratorio se ha convertido en un fenómeno irreversible y concomitante con el nuevo Estado Social existente dentro del Estado de Derecho, un estado social que se presenta como una realidad que difícilmente puede desmantelarse sin que se transforme de una forma radical la estructura social y política. Dicho Estado social se encuentra a su vez

---

<sup>242</sup> CHARRO BAENA, Pilar y Otros. *Algunas consideraciones jurídicas sobre el Estado Social y el Fenómeno migratorio en Políticas Sociales y estado de bienestar en España: las migraciones- Informe 2002*, Fundación Hogar del Empleado, Madrid, p.94.

indisolublemente conectado y como bien lo señala FIGUERUELO BURRIEZA<sup>243</sup> debe ser entendido por todos como una continuación del Estado Liberal.

El conjunto de derechos que los extranjeros poseen dentro del marco normativo constitucional, se ha manifestado confuso y a su vez marcado por el fenómeno de una sociedad española que se había caracterizado hasta ese momento por ser una sociedad manifiestamente emigrante<sup>244</sup>. Es por esta razón que la nueva coyuntura inmigratoria extranjera, viene a mover los cimientos de una sociedad española que hasta ese entonces no pudo prever el fenómeno inmigratorio y mucho menos aún contar con las nuevas necesidades que dicho fenómeno implicaba solucionar. Efectivamente, la llegada de este nuevo colectivo ha generado nuevas expectativas en el reconocimiento de los derechos sociales a los cuales también tienen derecho los extranjeros. Sin embargo, la normativa nacional española se ha manifestado más bien restrictiva en este sentido, y ha otorgado a los ciudadanos nacionales españoles en contraposición al reconocimiento de los derechos efectuado hacia los extranjeros, la primacía en el reconocimiento de los derechos sociales, distinguiendo y haciendo prevalecer el criterio de la nacionalidad como el principal factor excluyente en reconocimiento de los derechos.

Los extranjeros inmigrantes en su condición de personas también se encuentran sujetos al goce de los derechos sociales, económicos y culturales que están reconocidos tanto en la Declaración Universal como en el Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. De esta forma se observa que los derechos aplicables a las personas que residen legalmente en un territorio del que no son nacionales son reconocidos a los extranjeros en su condición de personas, tanto en el ámbito del derechos a la seguridad e higiene en el trabajo, como en el de los sueldos justos, la igual remuneración en el trabajo, el derecho a la libre sindicación y también se reconoce de una forma amplia el

---

<sup>243</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “Los derechos fundamentales en el Estado Social y su eficacia en las relaciones privadas”, *Memorias del Congreso Internacional sobre Derecho Público, Filosofía y Sociología jurídica: perspectivas para el próximo milenio*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p.241.

<sup>244</sup> PISARELLO, Gerardo; “Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática y evolutiva”, *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.77.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

derecho a la protección de la salud, a la atención médica, a la seguridad social, a los servicios sociales, el derecho a la educación y finalmente el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre por razones de trabajo. Amplio es el número de derechos que actualmente se encuentran reconocidos dentro de este instrumento internacional, pero también se aprecia de su contenido que determinados derechos económicos y sociales no se encuentran incluidos dentro de su ámbito de regulación; de esta forma se observa, que si bien es cierto que el derecho al trabajo y el derecho a un estándar de vida adecuado, de entre otros derechos que aparecen mencionados dentro de la Declaración, también se aprecia que dichos derechos aparecen dentro de su articulado de una forma expresamente limitada, convirtiendo por lo tanto dichos derechos en unos derechos precarios.<sup>245</sup>

### **II.5) Exigibilidad de los Derechos Sociales**

Los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que se encuentran contemplados dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se encuentran también a su vez prescritos, pero en forma separada dentro de las Declaraciones Internacionales que fueron firmadas en el año de 1966. Efectivamente y en virtud de la solicitud efectuada por determinadas potencias occidentales, el amplio grupo de los derechos contemplados dentro de la Declaración Universal se vieron repartidos entre diferentes instrumentos internacionales. De esta forma se proclamó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual contenía los derechos civiles y políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el cual contemplaba derechos económicos, sociales y culturales.

Si tomamos en cuenta la división efectuada por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas hemos de considerar que ya desde ese entonces se apreciaba la débil exigibilidad que caracteriza a los derechos sociales, económicos y culturales. Efectivamente, de la división efectuada por la Comisión se observa que se tuvo en consideración la diversa naturaleza que caracterizaba a los diferentes grupos de derechos. Pues, si bien los derechos civiles y políticos presentaban un carácter absoluto e inmediato, diferente era la situación

---

<sup>245</sup> GARCÍA MORALES, Aniza Fernanda, La justiciabilidad . *op .cit*, p.31.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

presentada por los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales si estarían sujetos a una programación y realización gradual<sup>246</sup>, siendo a su vez derechos que exigen al Estado una mayor intervención onerosa en aras de poder satisfacer las necesidades y lograr el bienestar individual.

Expuesta la diversa naturaleza que presentan los derechos sociales, económicos y culturales, no podemos negar sin embargo la interrelación que presentan los referidos derechos con respecto a los derechos civiles y políticos. La muestra de aquella interrelación existente la encontramos a través del ejercicio efectivo del derecho a la educación el cual se manifiesta tanto en el ámbito de los derechos civiles y políticos como también en el de los derechos económicos sociales y culturales. Es aquí donde se reafirma una vez más que para el pleno ejercicio de determinados derechos debe de tenerse en cuenta además, las circunstancias de libertad en que aquel derecho debe desarrollarse. En el caso del derecho educativo debe de tenerse en cuenta entonces la doble naturaleza que presenta a su vez dicho derecho; de esta forma cuando el Estado pretende proteger el derecho a la educación en un sentido amplio debe ejercer su actividad prestacional en un sentido positivo y por otro lado debe ejercer también en determinados casos una actitud abstencionista. Esta actitud abstencionista se ve reflejada en el debido respeto que debe de ejercer el Estado con respecto a la cultura que poseen por ejemplo los pueblos indígenas.<sup>247</sup> Es precisamente en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias del año de 1990, donde el artículo 31 prescribe que los Estados del mismo convenio deberán “respetar la identidad cultural de los trabajadores migratorios y de sus familias” y así mismo dichos Estados “no impedirán que éstos mantengan vínculos culturales con sus Estados de origen”.

---

<sup>246</sup> VIERDAG, E.W., The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 9, 1978, p.163.

<sup>247</sup> ELIZONDO BREEDY, Gonzalo y Otro; Efecto de los derechos económicos, sociales y culturales en la formulación del presupuesto nacional”, en *Liber Amicorum*. Héctor Fix –Zamudio, Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Unión Europea, Volumen I, San José, Costa Rica, 1998, p.627.

**II.6) Necesidades Básicas y Derechos Sociales**

Aunque es cierto que los derechos civiles y políticos se encuentran dirigidos hacia el hombre abstracto y más bien considerado como una categoría general, no fue esta la misma situación que presentaban los derechos sociales, económicos y culturales. Ya hemos visto que dichos derechos estaban referidos a los derechos del hombre en una determinada situación concreta, ya sea como trabajador, joven, anciano, disminuido, inmigrante, etc. Las especificidades y las necesidades que tiene el hombre concreto se convierten en el principal fundamento y razón de ser que tienen los derechos sociales, económicos y culturales.

El reconocimiento de la existencia de las necesidades básicas del individuo ha permitido a su vez clasificar a los individuos, así como establecer también cuales son las necesidades que deben de ponderarse en función del contexto en el que se desarrolla la vida de un individuo o grupo social. Debiendo tener claro en este punto que los derechos sociales se constituyen en derechos de titularidad individual, es decir que son derechos para el individuo en concreto y no así del grupo o de la colectividad a la que se pertenece. Situación diversa es el hecho de que determinadas personas puedan disfrutar de ciertas políticas sociales por el hecho de pertenecer a una determinada colectividad, pero aún en este caso el titular del derecho social sería la persona individual y concreta que perteneciese a dicha colectividad<sup>248</sup>.

De esta forma las necesidades básicas que experimenta el individuo se han convertido en un fenómeno crucial para explicar el fundamento que tienen los derechos sociales. Efectivamente hoy en día se ha demostrado que solo a través de la satisfacción de las necesidades básicas que tiene el hombre, éste puede llevar a cabo una vida digna y realmente humana. Sin dicha satisfacción de las necesidades no sería posible pues llevar una vida plena en libertad, en dignidad, en autorespeto y en el pleno ejercicio de las capacidades naturales. Ha de quedar claro en este sentido que cuando hablamos de satisfacción de las necesidades básicas, no nos estamos

---

<sup>248</sup> MARTINEZ DE PISÓN, José; *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 1998, p.99.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

refiriendo al simple deseo que posee el individuo de poseer un objeto, es decir que la satisfacción de la necesidad no se encuentra dirigida a satisfacer circunstancias subjetivas, sino más bien a satisfacer hechos objetivos, es decir necesidades en las que se constate la existencia de una carencia determinada de un individuo, ya sea en su vida personal o en el de su entorno.

Múltiples son las carencias vitales por las que puede experimentar el individuo en el medio en que se desarrolla, la educación, el alimento y el derecho a la protección de la salud de entre otras necesidades se manifiestan como necesidades vitales cuyo cumplimiento se exige inaplazable e imprescindible, y es solo a través de su satisfacción cuando el hombre puede llegar a alcanzar el nivel de vida digno al cual tiene derecho e su condición de persona. La satisfacción de las necesidades se convierten entonces en condiciones necesarias básicas para no llevar un nivel de vida infrahumano. La educación y el derecho a la protección de la salud son derechos cuya satisfacción requiere ser atendida a lo largo de todo el desarrollo de vida de la persona. Sin la educación no sería posible el desarrollo personal que requiere el hombre para vivir en dignidad y sin la debida protección de la salud sería imposible bajo todos los aspectos seguir con la vida misma y por ende, sería imposible hablar del ejercicio de los restantes derechos fundamentales y principios rectores de la vida del hombre.

De esta forma se observa que existe una estrecha relación entre las necesidades y los derechos sociales, porque estos se constituyen en el reconocimiento de una exigencia necesaria que tienen los individuos, exigencia que se encuentra encaminada a lograr los elementos básicos para que el hombre pueda llevar a cabo una vida digna.

Con todo ello no cabe duda de que la satisfacción de las necesidades básicas del individuo se ha convertido en el elemento justificador de los derechos sociales y que da sentido a la actuación del Estado, el cual dirigido a procurar el bienestar de los ciudadanos se manifiesta a través de las respectivas políticas

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

sociales y es a través de dichas políticas cuando es posible extender y garantizar un bienestar general y un sistema de servicios que pueda asegurar la satisfacción de necesidades vitales, tales como la educación, la salud, el alimento y la vivienda, todo ello claro está, procurando que se dé en una igualdad de condiciones para que todos los ciudadanos puedan vivir dignamente.

### **II.7) Los Derechos Sociales y Extranjeros Inmigrantes**

La llegada cada vez más ingente de nuevos extranjeros inmigrantes en España ha generado al mismo tiempo que se tomen nuevas medidas en torno a su verdadera capacidad de integración. Efectivamente si hablamos de que los extranjeros hoy en día ya no vienen en calidad de invitados sino más bien como extranjeros que vienen a quedarse en el país y que constituyen a su vez dentro del país receptor nuevas generaciones de extranjeros que hoy en día suelen llamarse como de segunda generación nos encontramos por lo tanto, con que toda esta situación ha generado que se tomen las respectivas políticas públicas en torno a la integración social urgente que deben tener dichos colectivos. De esta forma, el nuevo reto social al que debe hacer frente España se encuentra encaminado hacia el logro de la integración social por el que deben de pasar necesariamente los extranjeros inmigrantes.

Es precisamente de esta tan anhelada integración social de donde deviene la importancia de la extensión de las garantías de protección social que se debe de ampliar hacia los extranjeros, puesto que dicha extensión depende de que se dé efectivamente las verdaderas condiciones para una integración social real,

Dicha extensión de la protección social de la cual se hacen beneficiarios los extranjeros inmigrantes, no ha sido sin embargo una tarea fácil de lograr dentro del Estado actual. Los nuevos inmigrantes han sido vistos muchas veces como unos extranjeros indeseables, unos extranjeros que compiten muchas veces

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

por los recursos sociales a los cuales también tienen derecho los autóctonos. Si bien es cierto que las últimas legislaciones que se han llevado a cabo dentro de España, se han dirigido hacia este sentido integrador, tal y como se demuestra con el título I de la última ley de extranjería, la cual se ha denominado como la Ley “sobre los derechos y libertades de los extranjeros y su integración social”, dicho avance, sin embargo no ha resultado suficiente a efectos de la realidad por la que hoy en día atraviesan dichos colectivos. Y esta realidad se demuestra en la carencia o en el insuficiente grado de satisfacción de la que son objeto dichos grupos respecto a sus derechos sociales, derechos sociales que son considerados paradójicamente como la condición necesaria para que se dé efectivamente una integración social. De esta forma la integración debe de comenzar por otorgar a los extranjeros inmigrantes un estatuto jurídico estable y seguro y que no se encuentre vinculado a las necesidades del mercado nacional del país receptor.

Un mercado nacional que muchas veces ha considerado al extranjero inmigrante como un objeto dirigido exclusivamente para satisfacer las principales demandas que el país receptor requiera. Solo teniendo en cuenta esta necesidad del mercado se aceptaba así la llegada de los extranjeros y se les daba así la bienvenida, ello siempre y cuando aquel colectivo pudiera por si mismo atender sus necesidades, no implicando por lo tanto ningún tipo de gasto público por parte del país receptor.

Toda esta situación ha cambiado hoy en día de una forma relativa porque se ha demostrado que los inmigrantes en vez de convertirse en un factor negativo de forma general, se ha convertido hoy en día en un factor necesario para el progreso socioeconómico de la sociedad receptora, todo ello debido a que el inmigrante legal contribuye lo mismo que el nacional al pago de los impuestos que son necesarios para la economía del país; además, hemos de tener en cuenta por otro lado, que sin la aportación del trabajo que efectúa el inmigrante y que sin el consumo que ellos a su vez realizan sería imposible mantener el crecimiento económico. Más aún si tenemos en cuenta además que los emigrantes se han

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

constituido hoy en día en el principal soporte de mantenimiento del sistema de jubilación español así como también en el nuevo fenómeno de expansión y crecimiento de la tasa de natalidad del país.

Con todo ello el inmigrante regular todavía sufre el reconocimiento incompleto de sus derechos sociales, pero la situación aún empeora si hablamos del inmigrante irregular, el mismo que si bien es cierto se encuentra protegido de alguna forma por la legislación de extranjería, se ha convertido en muchos casos en un individuo sujeto a toda clase de explotación y exclusión. De esta forma, se observa que la actual ley de extranjería ha dispuesto para los extranjeros inmigrantes un acceso restringido y discriminatorio con respecto a los derechos sociales que todo individuo debe tener por su calidad de persona.

Aunque se han reconocido derechos básicos como el derecho a la vida y el de la integridad física, por ejemplo, no ha sido así el mismo tratamiento dado con respecto a derechos sociales básicos que toda persona independientemente de su nacionalidad debe tener; por el contrario, la política que se ha seguido para el reconocimiento de dichos derechos ha seguido y parece estar ligada hoy en día al sistema administrativo de visas por lo que al régimen de entrada se refiere y por otro lado al de los respectivos permisos de trabajo y residencia en lo que se refiere a la permanencia de los extranjeros en el país de acogida.

La Ley Orgánica de extranjería 8/2000 ha ido pues involucionando en cuanto al reconocimiento de los derechos sociales se refiere. Decimos involucionando porque aquella en vez de experimentar progresos en el reconocimiento de derechos se ha manifestado más bien restrictiva y más aún limitativa de los derechos con respecto a las leyes de extranjería anteriores. No fue este el mismo caso por el que se atravesó durante la vigencia de la Ley 4/2000. Dicha ley se manifestó más bien positiva en cuanto al reconocimiento de los derechos sociales afecta y fue precisamente en esta ley donde se abrió la posibilidad de dicho reconocimiento puesto que ni siquiera en la ley anterior a

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

esta ley, la ley 7/1985 se hizo siquiera mención a la posibilidad de que los extranjeros inmigrantes pudieran ser titulares de derechos sociales. Sin embargo la ley 4/2000 no pudo ser desarrollada ni ampliada en este sentido, debido a su lamentable modificación de la que fue objeto el mismo año de su vigencia con la ley 8/2000. Dichas restricciones a los derechos sociales se vieron posteriormente ampliadas con la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre y finalmente con el Real Decreto 2393/2004 que aprobó el reglamento de la Ley 4/2000.

Si bien es cierto que la Ley 8/2000 se ha mantenido fiel al principio de equiparación de trato jurídico entre los españoles y extranjeros como criterio interpretativo general, ello no ha sido obstáculo para que bajo el imperio de dicho principio la ley se manifieste abiertamente contraria a la situación de irregularidad y es precisamente en dicho aspecto en el que se ha mantenido restrictiva y aún inclusive con matices policiales. De esta forma utiliza frecuentemente el criterio de la regularidad para poder reconocer determinados derechos sociales. No obstante la relevancia de este criterio la ley ha reconocido ciertos derechos a los extranjeros irregulares, todo ello en base a su inscripción o no en el Padrón municipal correspondiente. Este criterio de la inscripción en el Padrón Municipal ha sido utilizado con el fin de demostrar el arraigo del extranjero irregular en España, lo cual pondría de relieve su condición de inmigrante, convirtiéndose por lo tanto en un acreedor de los derechos sociales, lo cuales les deben ser reconocidos para su posterior integración social.

De esta forma, la Ley Orgánica 8/2000 se manifiesta contraria al reconocimiento general de los derechos sociales hacia a aquellas personas que se encuentran en una situación de irregularidad. Para la ley reconocerles derechos a dichas personas que se encuentran fuera de la ley significaría ir en contra de la



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

lucha contra la inmigración clandestina y propiciaría a su vez un efecto llamada de personas extranjeras que posteriormente sería de difícil control<sup>249</sup>.

El número de exigencias administrativas al que queda sujeto el extranjero inmigrante se convierten por lo tanto dentro del actual marco legislativo en unos requisitos previos de acceso a los derechos sociales y muchas veces también se convierten en un grave impedimento cuyo cumplimiento se encuentra fuera del alcance inclusive de muchos de los ciudadanos autóctonos del país. Toda esta situación ha generado que se produzcan casos de marginalidad, discriminación e inclusive de ilegalidad con respecto hacia aquellos extranjeros que se ven imposibilitados de cumplirlos.

Es aquí donde toma importancia aquello que ha previsto los artículo 2.1 y el 2.6 del PIDCP y el artículo 8.1 del PIDESC, así como también el artículo 11 del CEDH, los cuales a la luz de lo que previenen respecto al principio de no discriminación se convierten en instrumentos importantes para la defensa de los derechos sociales de los inmigrantes.

La Ley Orgánica 8/2000 ha regulado formalmente los derechos sociales de los extranjeros inmigrantes teniendo en cuenta su condición de extranjeros residentes, extranjeros con autorización de estancia, extranjeros que se encuentran en España inscritos en el Padrón del municipio en el que residan o que simplemente se trate de un extranjero que se encuentre en España<sup>250</sup>

La regulación de los derechos sociales de los extranjeros inmigrantes efectuada por la ley 4/2000 estuvo dirigida hacia los derechos básicos como el de

---

<sup>249</sup> PISARELLO, Gerardo; “Los derechos sociales de la población inmigrada: razones para una comunidad inclusiva y plural”, *Sur o no Sur: los derechos sociales de las personas inmigradas*, Icaria, Barcelona, 2006, p.41.

<sup>250</sup> CHARRO BAENA; Pilar y Otros; “La cláusula del estado social y los derechos sociales de los inmigrantes”, *Regulación Legal de Extranjería e Inmigración en España*, EDISOFER, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2006, p.263.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

la educación, el derecho a la asistencia sanitaria, el derecho a ayudas en materia de vivienda y el derecho a la seguridad social y a los servicios sociales correspondientes. La Ley Orgánica 8/2000 vino a modificar lo regulado por la anterior ley sobre todo en lo que respecta al ámbito educativo pero deja a salvo las modificaciones en lo que respecta al derecho a la asistencia sanitaria.

En el ámbito constitucional ya hemos dicho que la clasificación efectuada de los derechos sociales por el constituyente ha sido diversa. Se ha clasificado de esta forma, los diferentes derechos tanto en el Capítulo II como en el Capítulo III del Título I del texto constitucional. Teniendo en cuenta la importancia y el grado de alcance que tienen los derechos sociales el constituyente ha clasificado a su vez los derechos sociales según los destinatarios que sean acreedores del respectivo derecho.

Efectivamente a veces los destinatarios son todas las personas como tal es el caso del derecho a la educación y el derecho a la protección de la salud. Y en otros derechos más bien los limita de acuerdo a la condición ciudadana que posee el individuo, este llega a ser el caso del derecho a las prestaciones sociales que conlleva ser parte del Sistema de Seguridad Social español. Por otro lado el constituyente clasifica también los derechos sociales según la condición de nacional español al que tenga acceso el individuo, tal llega a ser el caso en los derechos al trabajo, como también del derecho a la vivienda. Toda esta clasificación no llega a ser, según de lo que entiende el Tribunal Constitucional una razón o un motivo suficiente para entender de forma literal y limitativa la extensión de la titularidad de determinados derechos sociales básicos hacia todas las personas.

Ahora bien, con el artículo 149.1.2 la Constitución Española de 1978 ha establecido para el Estado la competencia exclusiva en materia de extranjería; sin embargo en la práctica tanto las comunidades autónomas como las entidades

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

locales han gozado de un importante margen de actuación en las cuestiones concernientes a lo que se refiere a la integración y a los derechos sociales de las personas extranjeras. Si bien es cierto que comparten muchas veces con el Estado central todo ese margen de actuación, hoy en día no es posible negar la importancia que han adquirido tanto las comunidades como los entes locales en el ejercicio de los derechos sociales. Efectivamente en la actualidad se observa que en muchas ocasiones las Comunidades autónomas han llegado incluso a extender a los extranjeros inmigrantes determinados derechos educativos, ello siempre y cuando el extranjero cumpla con el requisito administrativo del empadronamiento. Ello se puede decir que constituye un gran avance con respecto al reconocimiento limitado que se efectúa de acuerdo al ámbito estatal, el cual más bien se encuentra dirigido hacia la extensión de los derechos sociales para todo extranjero que cumpla con las condiciones de regularidad. De este modo, se observa que en gran parte de la Comunidades Autónomas se van ejerciendo competencias en materia de asistencia y seguridad social tal como lo regula el artículo 148.20 y 149.17 de la Constitución y también materias en el ámbito de la vivienda, educación y sanidad tal y como lo prescriben los artículos 148.3, 148.17 y 149.30 y asimismo el artículo 149.16 de la Carta Magna.

Por otro lado en lo que se refiere a las competencias en los ámbitos locales cabe resaltar la importancia de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985. Dicha ley ha reconocido a los municipios competencias en lo que respecta a la prestación de servicios sociales y de promoción y reinserción social, esto tal y como se desprende de los artículos 25.2 apartado k y 26.1 en el apartado c, los cuales prescriben respectivamente que “El municipio ejercerá en todo caso, competencias en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en las siguientes materias: prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social” y que “los municipios por sí o asociados deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes: en los municipios con población superior a 20.000 habitantes equivalentes, además: protección civil, prestación de servicios sociales, prevención x extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público”.

Por otra parte es necesario destacar que durante la segunda mitad de la década de los años noventa se observó la aprobación en determinadas comunidades autónomas de leyes o decretos que estuvieron orientados a consolidar un sistema propio de servicios sociales y a ordenar tanto su número como la multiplicidad de organismos y entidades que intervenían en el sector<sup>251</sup>. Lo aportable es que gran número de leyes y decretos fueron extendidos hacia el colectivo de personas inmigradas, tal es el caso de la ley 4/1994, de Administración Institucional, descentralización, Desconcentración y Coordinación del sistema Catalán de Servicios Sociales y del Decreto legislativo 17/1994, por el que se aprueba el texto refundido de las leyes 12/1983, 26/1985 y 4/1994 en materia de asistencia y servicios sociales.

En el ámbito educativo cabe resaltar la labor efectuada por el Decreto 188/2001 sobre los Extranjeros y su Integración Social del gobierno de la Generalitat de Cataluña la cual ha regulado medidas públicas de fomento en lo que respecta a la educación no obligatoria, todo ello con independencia de la condición administrativa que posea el individuo y con el único requisito del empadronamiento. Tal es así que su artículo 4.6 prescribe que “El Departamento de Enseñanza y el Departamento de Bienestar Social adoptarán las medidas necesarias para facilitar el acceso de los extranjeros inscritos en el padrón de cualquiera de los municipios de Cataluña, a la enseñanza de naturaleza no obligatoria y a los centros de formación de adultos, respectivamente”.

Es innegable la labor efectuada por el Decreto, sin embargo dicha norma fue impugnado por la administración central y de esta forma el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña llegó a anular la validez del artículo 4.6 pues dicho órgano entendía que la Generalidad de Cataluña no tenía la competencia para poder regular la materia educativa puesto que se encontraba reservada al Estado y que

---

<sup>251</sup>PISARELLO Gerardo, “Los derechos sociales ...”, *op. cit.*, p.48.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

por tal motivo, se destinaban los fondos públicos a una actividad no establecida realmente por el legislador estatal.<sup>252</sup>

De lo expuesto anteriormente se desprende que la labor efectuada por las comunidades autónomas ha puesto en evidencia tal como lo señala PISARELLO<sup>253</sup> la verdadera necesidad de asegurar una red de servicios públicos y derechos sociales que estén dirigidos hacia los extranjeros inmigrantes ya sea de una forma general como también específica.

Si bien es cierto que el reconocimiento de los derechos sociales ha sido tratada por el constituyente de una forma limitativa y teniendo en cuenta en muchos casos el criterio de la nacionalidad y de la ciudadanía, no ha sido esta la misma situación presentada a un nivel internacional. Efectivamente si observamos el reconocimiento que ha efectuado la normativa internacional debemos de dejar constancia sobre la importancia que le han concedido dichas normas a los derechos sociales que tienen los extranjeros inmigrantes en su calidad de personas humanas, puesto que la calidad de personas humana es una condición que poseen los extranjeros al igual que los nacionales de los respectivos Estados de acogida.

En efecto los derechos de los extranjeros adquieren con el tiempo su real fundamento en la consideración de personas, de individuos y de seres humanos y no de extranjeros. Y es este el sentido que proclaman los diversos tratados internacionales que proclaman el principio de no discriminación hacia los extranjeros en aquello que se refiere al goce de los derechos humanos. Así pues, no se puede negar el nexo que tienen los derechos sociales con los respectivos derechos humanos. Este nexo viene, pues, de la construcción de los derechos sociales que ha conllevado a que finalmente se consideren como derechos humanos, situación que ha comportado por tanto una deuda para la persona por el

---

<sup>252</sup> *Ibidem*, p.48.

<sup>253</sup> *Ibidem*, p.49.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

mero hecho de serlo, todo ello con independencia de sus verdaderas circunstancias, generando a su vez obligaciones éticas en sus semejantes<sup>254</sup>.

Un reconocimiento general a nivel internacional de los derechos sociales lo ha efectuado la Declaración Universal de los Derechos Humanos que ha manifestado en su artículo 2 que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole. Origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

Por otro lado también encontramos en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos un reconocimiento al respecto y así lo manifiesta a través de su artículo 2.1 en donde establece el principio de no discriminación estableciendo que “cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentran en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política u de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u cualquier otra condición social”.

El principio de no discriminación expuesto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también se encuentra regulado por el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En este sentido el Comité de Derechos Humanos que se encarga del control de la aplicación del PIDCP ha expresado, que en lo que se refiere al principio de no discriminación, que estos artículos estaban referidos a toda “distinción, exclusión, restricción o preferencia (...) que tenga por objeto y resultado menoscabar el reconocimiento goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos

---

<sup>254</sup> CONTRERAS PELAEZ, Francisco; *Derechos sociales: teoría e ideología*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, p.46.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

humanos y libertades fundamentales de todas las personas. Dicha distinción según de lo que refiere el Comité no significa que no se vayan a aceptar distinciones entre los nacionales y extranjeros y que a su vez los estados pueden carecer de un verdadero margen para incidir en la conformación, interpretación y aplicación de estas diferencias. Efectivamente se admite que existe el derecho a la libre circulación y residencia dicho derecho no significa entender que existe un libre derecho para inmigrar porque si bien es cierto que el derecho a migrar se encuentra reconocido, dicho derecho no significa sin embargo que los Estados no puedan efectuar las restricciones y las efectivas regularizaciones ante la llegada masiva de los diferentes grupos de inmigrantes, aunque hemos de aclarar que dichas potestades restrictivas no serán ejecutadas en ningún modo de manera totalmente absoluta<sup>255</sup>.

Junto a lo declarado por el Comité de Derechos Humanos debemos de tomar en cuenta aquellas observaciones efectuadas por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Dicha declaración ha resaltado la importancia que albergan los poderes públicos en el reconocimiento y garantía de los derechos sociales, reconocimiento que debe de realizarse respetando siempre el contenido mínimo que tenga el derecho. De esta forma se pretende evitar por ejemplo el abuso que provenga de personas particulares sean estos arrendadores, empleadores o proveedores de la asistencia sanitaria o de la educación privada<sup>256</sup>,

Es aquí y una vez más donde se resalta el deber prestacional que efectúan los poderes públicos para el disfrute de los derechos sociales, deberes que no podrán ampararse en la falta de recursos que experimente el Estado y que deben de efectuarse en algunos casos ejecutando las respectivas medidas de discriminación positiva en el caso de que se trate de grupos que por su condición social como es el caso de los extranjeros inmigrantes pueden verse necesitados de medidas de compensación.

---

<sup>255</sup> PISARELLO, Gerardo, "los derechos sociales...", *op. cit.*, p.24.

<sup>256</sup> *Ibidem*, p.24.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

En el ámbito europeo cabe resaltar los instrumentos normativos como la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Efectivamente es en la institución del Consejo de Europa de donde sale a la luz el Convenio Europeo de los Derechos Humanos; dicho instrumento normativo destacó por marcar un antes y un después en lo que respecta a la defensa de los derechos humanos dentro de Europa, si bien es cierto que el objetivo principal del Convenio se fijó en asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal. Este objetivo no significó bajo ningún sentido desmerecer la trascendencia que tuvo para el mundo la primigenia Declaración Universal de los Derechos Humanos, pero cabe resaltar la labor realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a la correcta aplicación del Convenio Europeo, y es en este sentido donde se manifiesta una mayor garantía en lo referente a los derechos proclamados por el Convenio, derechos que también se encuentran incluidos en la Declaración Universal pero que lastimosamente no se encuentran respaldados por un Tribunal que determine su ejecución.

A pesar de efectuar una exposición detallada de derechos que corresponden a los ciudadanos de los Estados Miembros, dicho instrumento normativo no contiene sin embargo, derechos de carácter social aunque si contiene derechos necesarios para una sociedad democrática<sup>257</sup>, tal y como sucede con el derecho a la vida y con la prohibición de la tortura.

Cabe resaltar el artículo 14 del CEDH, el cual proclama que “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, de raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional, nacimiento o cualquier otra situación”.

---

<sup>257</sup> TERRADEZ SALOM; Daria; “Los derechos sociales de los extranjeros en los ordenamientos constitucional español y europeo: de la teoría a la realidad”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, N°15, julio 2007, p.86.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Por otro lado el Convenio Europeo protege al extranjero inmigrante de que sea sometido a tortura, pena o trato inhumano y degradante, ello según se desprende de lo establecido por el artículo 3, también tutela a través de su artículo 8 el derecho de todo extranjero inmigrante de llevar una vida privada y familiar, respetándose de esta forma su domicilio ante cualquier injerencia de la autoridad pública, al proteger dicho derecho se ha permitido por otra parte evitar las expulsiones o extradiciones de extranjeros que se hallen en situación de irregularidad pero que poseen a su vez el arraigo que les ha permitido optar por el goce de los determinados derechos sociales así como a su posterior regularización<sup>258</sup>.

Otro instrumento que ha adquirido importancia ha sido la Carta Social Europea. Dicho instrumento ha sido ratificado por España y establece una serie de derechos de carácter social y económico, así como también de un sistema de control que evalúe los compromisos adquiridos por los Estados Miembros ratificantes de la Carta. Debe subrayarse que la Carta Social Europea contiene derechos dirigidos hacia los trabajadores extranjeros que sean ciudadanos de un Estado miembro, pero no habla de trabajadores no ciudadanos y que sean inmigrantes. De esta forma dicho instrumento tiene un ámbito de acción muy limitado respecto a la titularidad de los derechos sociales que contiene. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue el cuerpo jurídico que vino a complementar el desarrollo de los derechos sociales.

La Carta de los Derechos Fundamentales ha sido ordenada en capítulos de acuerdo a temas como la dignidad, la igualdad y la solidaridad y es precisamente en este último capítulo cuarto denominado de la solidaridad donde se encuentran desarrollados los derechos sociales. Pero al igual que sucede con la Carta Social Europea dicho cuerpo jurídico se encuentra dirigido hacia el colectivo de ciudadanos europeos que integran la Unión Europea.

---

<sup>258</sup> PISARELLO, Gerardo, “Los derechos sociales ...”, *op. cit.*, p.22.

En lo que respecta a la Constitución Europea dicho instrumento jurídico incluye dentro de su cuerpo la Carta de los Derechos Fundamentales, además de la inclusión en su articulado de la lucha contra la pobreza y la exclusión social. Tal y como lo refiere el artículo II-94, 3 el cual desarrolla el derecho a la Seguridad Social y a las prestaciones sociales.

#### **II.8) La Igualdad como Fundamento de los Derechos Sociales**

Los derechos sociales se han convertido al igual que los derechos civiles y políticos en un gran instrumento que contribuye para la efectiva integración de los extranjeros inmigrantes. Efectivamente hoy en día no podemos negar la importancia que han adquirido dichos derechos en la efectiva integración de los extranjeros inmigrantes. Y es precisamente el fundamento que dio nacimiento a aquellos derechos el que se torna fundamental cuando se hace referencia a los derechos sociales de los extranjeros inmigrantes.

Si bien es cierto que el fundamento de los derechos sociales se encuentra constituido por la igualdad y por la libertad, no podemos negar que de ambos sobresale la igualdad como el principal fundamento y finalidad que persiguen los derechos sociales. No queremos desmerecer en este sentido la importancia que alberga la libertad también en la realización de los derechos sociales, pero no hemos de olvidar como ya hemos dicho anteriormente, que la libertad se constituyó más bien como símbolo representativo de los derechos individuales es decir de los derechos civiles, aunque es precisamente de la necesidad de querer establecer la efectiva libertad de donde encuentra su nexo y continuación respecto a los derechos sociales, puesto que solo a través de la efectiva libertad real es cuando la libertad formal, proclamada durante el liberalismo, toma o alcanza realmente su sentido.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

La igualdad en este sentido toma importancia al tratar de eliminar las desigualdades que imposibilitan que se den las efectivas condiciones y presupuestos para que se ejercite la libertad real, puesto que una libertad sin las condiciones materiales y espirituales suficientes deviene en una libertad irreal. Este fue el sentido de cambio por el que surgieron los derechos sociales, dichos derechos vienen a reclamar así, una igualdad y una libertad real más amplia, en el que sea posible que todas las personas puedan desarrollar su vida de una forma libre y digna.

De esta forma se observa que la libertad para llegar a ser realmente verdadera necesita de la igualdad no solo formal sino también de la real. Es así como se puede decir finalmente que la igualdad se ha convertido en un instrumento primordial para la posterior extensión de los derechos y de las oportunidades que aspiran alcanzar las personas, todo ello dentro de un nuevo margen donde la libertad de decisión de las personas si es tomada en cuenta y donde la búsqueda de la igualdad de las personas tienda a eliminar las desigualdades y las discriminaciones. De esta forma se puede decir que la igualdad a la que hacen referencia los derechos sociales se ha constituido en su verdadero fundamento y finalidad. Si bien efectivamente los derechos sociales nacen con la finalidad de querer establecer una igualdad real, hoy en día dicha aspiración podemos decir que no se encuentra del todo desarrollada.

Dicha situación se observa concretamente de lo expuesto por la Constitución Española de 1978, la cual si bien se ha reconocido dentro de su articulado la igual titularidad de los nacionales y extranjeros respecto a los derechos inherentes a la dignidad, no ha reconocido por otro lado la igualdad ante la ley entre dichos colectivos. De esta forma se observa, como ya hemos visto anteriormente que el principal criterio utilizado por el constituyente ha sido el de la nacionalidad y el de la ciudadanía.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Esta consideración ha generado por lo tanto, que se den dentro del territorio español toda clase de situaciones que si bien se consideran que en un principio se encuentran guiados por la igualdad no generan o desembocan finalmente en una igualdad real, negándose de esta manera la universalidad de los derechos económicos, sociales y culturales y por lo tanto también la efectiva igualdad, todo ello también dentro de la medida en que las normas jurídicas que han reconocido y desarrollado los derechos sociales lo han efectuado desde un ámbito limitativo que excluye y hace la diferenciación respecto al no nacional y ciudadano, es decir respecto al extranjero inmigrante.

Es en todo este entramado de circunstancias donde el extranjero se encuentra inmerso y es aquí donde justamente se discute acerca de su verdadera inserción en el disfrute de los derechos sociales, y por consiguiente el de su real integración. Para llegar a establecer el real alcance que posee la igualdad respecto a los extranjeros inmigrantes resulta necesario conocer los orígenes y la evolución que ha experimentado dicho derecho a través de la historia, llegando hoy por hoy a constituirse en el principal fundamento de los derechos sociales.

Teniendo en cuenta la importancia que posee la igualdad con respecto a los derechos sociales, hemos de destacar aquí que el derecho a la igualdad es considerado por la jurisprudencia constitucional como un derecho relacional, ello en razón de su evidente conexión con otros derechos, los cuales muchas veces tienen que recurrir a su invocación. Así, se hace difícil concebir al derecho a la igualdad como un derecho autónomo y se hace inminente pensar en una violación de mismo que no comporte simultáneamente, la vulneración de otro derecho, pues el derecho a la igualdad se ejerce siempre en el ejercicio de otro derecho. De esta manera, no es posible efectuar un estudio abstracto del derecho a la igualdad que tienen los extranjeros sino que dicho estudio solo es posible, en el contexto del ejercicio de un derecho ya existente, que en el caso nuestro sería el derecho educativo y el derecho a la protección de la salud.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Efectivamente, si efectuamos una sucinta mirada a través del ordenamiento constitucional podemos encontrarnos una pluralidad de manifestaciones normativas que hacen referencia a la igualdad. Así, dentro de las diversas manifestaciones, la igualdad es vista con un triple sentido dentro de la Carta Magna, como un valor superior, como principio y como un derecho, tal como se desprende del artículo 1.1 que la propugna como un valor superior conjuntamente con la libertad, la justicia y el pluralismo político. Ya, en el artículo 14 la igualdad se constituye en un principio y en un derecho que consagra la igualdad de los españoles ante la ley. Otra prescripción importante referente a la igualdad la encontramos dentro del propio título preliminar, en el artículo 9.2, en la cual se atribuye a los poderes públicos la misión de promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. Y es precisamente de este último artículo donde se hace necesario resaltar, que cuando hablamos del principio de igualdad no nos estamos refiriendo exclusivamente al aspecto formal que la Constitución prescribe, sino que también nos referimos a que el contenido de la ley sea igualitario para todos. Con lo cual también estaríamos diciendo que el derecho a la educación sea disfrutado por todas las personas sean nacionales o extranjeros en condiciones de igualdad. Y ello más aun si se trata del ejercicio de un derecho básico tal y como lo constituye también el derecho a la protección de la salud; pero es en este caso donde, sin embargo, sobresalen mas objeciones respecto a su disfrute, todo ello debido a su consideración como un derecho no fundamental.

La evolución del principio constitucional de igualdad expuesta en el artículo 14 tiene su origen jurídico político en el siglo XVIII, con la denominada Revolución Francesa de 1789, es decir con el nacimiento del Estado Liberal burgués<sup>259</sup>. Efectivamente si efectuamos una mirada retrospectiva hacia el pasado histórico europeo podemos observar que el nacimiento del principio de igualdad surge de la lucha contra el Régimen Estamental que imperaba en el sistema absolutista. El pueblo cansado de las innumerables desigualdades, privilegios e

---

<sup>259</sup> El artículo 6 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano del 26 de Agosto de 1789, proclamaba que “La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si se protege como si se castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes talentos”.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

inmidades de la que gozaban ciertas personas, entre ellas el derecho educativo, se levantó en armas y proclamó la igualdad como uno de sus principales ideales a alcanzar<sup>260</sup>.

En este contexto revolucionario, se dan las primeras declaraciones que prescribían el principio de igualdad ante la ley, los cuales no se interpretaban como una igualdad en el contenido de la ley, pues en ellas se establecía una exigencia dirigida a todos los ciudadanos, que implicaba el sometimiento de todos ellos a las mismas normas y tribunales, así pues no se hacía ningún tipo de excepción para determinadas personas o estamentos. Todo ello sin el debido control a los actos efectuados por el poder legislativo. Así pues se observaba que las Constituciones en aquellas épocas se constituían en instrumentos que establecían la igualdad pero con un carácter meramente programático y no vinculaban jurídicamente al legislador<sup>261</sup>.

Evidentemente, no podemos olvidar que en aquellos tiempos los principales derechos estaban dirigidos a un determinado grupo social, puesto que la categoría de ser humano era asignada a determinadas personas, según el color, la edad, el sexo, la propiedad o según el nivel de instrucción que se hubiese adquirido, con lo cual recordamos una vez más que la educación en esos tiempo era altamente elitista. Esta circunstancia generó que muchos de los derechos de la generalidad de personas fueran desconocidos y no aplicables en la realidad, prueba de ello lo demuestra el desconocimiento de los derechos políticos que le fue negado a las mujeres<sup>262</sup> durante muchos años.

---

<sup>260</sup> Recordemos que la libertad, la igualdad y la fraternidad fueron los principales ideales expuestos en la Revolución Francesa.

<sup>261</sup> FERNÁNDEZ RUIZ-GALVEZ, Encarnación., *Igualdad y derechos humanos*, Editorial Tecnos., Madrid 2003., pp 58 y 59.

<sup>262</sup> La educación fue un derecho que por mucho tiempo fue limitado a las mujeres, pues se consideraba que este derecho correspondía únicamente al hombre, muestra de ello lo podemos encontrar en lo que establece el propio Rousseau, quien a través de su obra "El Emilio" señalaba que los hombres es decir los emilios, debían de ser educados para llegar a ser buenos ciudadanos, que desarrollasen los planteamientos acerca del Estado y del gobierno. Señalaba así por contraste que las sofías es decir las mujeres, no necesitaban educación dada su naturaleza pasiva y débil y que por el contrario solo debía inculcarse en ellas su inclinación natural del arte de agradar a los emilios y serles útiles.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Ahora bien, si bien es cierto que el artículo 14 de la Constitución Española prescribe que “ *Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”, se hace interesante subrayar aquí que el citado artículo consagra la igualdad no únicamente como un principio constitucional sino que también la consagra como un derecho constitucional, ello se evidencia de su exposición y de su inequívoca ubicación dentro del capítulo segundo referido a los derechos y libertades.

Efectuando un breve recorrido hacia las diferentes constituciones que han antecedido a la actual Carta Magna española es posible deducir de ellas que no han existido dentro de sus contenidos formulaciones precisas que hagan referencia a una igualdad constitucional. De esta manera, solo podemos encontrar una declaración precisa en el Proyecto de Constitución Federal de la República Española de 1873, en el cual según su artículo 7 se proclamaba “*que toda persona encuentra asegurados en la República, sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, ni ley alguna autoridad para mermarlos, todos los derechos naturales.*” No quedando muy lejos de esta declaración, también encontramos en la Constitución de la Segunda República una clara prescripción de este principio. Así, se proclamaba la igualdad de todos los españoles, como una igualdad ante la ley y dentro de la prohibición de privilegios políticos que estuvieren basados en las circunstancias diferenciales de los individuos.

Ya en la época actual, la Constitución de 1978, pone de manifiesto y desarrolla la declaración contenida en el artículo 14, la cual contiene dos preceptos, una declaración o mandato de igualdad ante la ley y una prohibición de discriminación de acuerdo a determinadas circunstancias. En lo que respecta a la declaración de igualdad ante la ley, podemos observar que en ella se reconoce con un carácter de generalidad, la identidad del estatuto jurídico de todos los ciudadanos, es decir, la garantía de la equiparación de trato en la legislación y aplicación del derecho. Aquí pues se observa al hombre como un sujeto abstracto

y racional, portador de los derechos naturales, que como ciudadano efectúa con otros sujetos iguales un contrato social que legitima la nueva forma de Estado<sup>263</sup>.

Por otro lado, el artículo 14 contiene en la segunda parte de su apartado un principio de no discriminación, el cual se encuentra en íntima conexión con el principio de igualdad jurídica.

Ahora bien, hemos de tener presente que el concepto de discriminación ha sido entendido por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia (edición 1984), como el trato de diferenciación dado a una persona o colectividad “ *por motivos raciales, religiosos, políticos , etc*”. Sin embargo, a efectos del presente estudio jurídico, no podemos conformarnos con esta concepción. Así la discriminación desde un sentido jurídico, supone dar un trato de inferioridad peyorativa a una persona o un colectivo en razón de sus características personales. Ya en el seno de las Naciones Unidas el concepto de discriminación va tomando cierta consistencia, pues en ella se hace alusión a la común dignidad de los seres humanos, pues al negarles a ciertos individuos la igualdad de trato se estaría atentando contra su dignidad<sup>264</sup>.

En lo que concierne a la clasificación de los motivos discriminatorios establecidos en la Constitución Española, el Tribunal Constitucional nos aclara este aspecto, estableciendo que “ la referencia constitucional expresa no implica (...) la creación de una lista cerrada de supuestos de discriminación, pero si representa una explícita interdicción de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los Poderes Públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la C. E.”<sup>265</sup>. Por otro lado, cabe destacar que el concepto de discriminación se encuentra altamente vinculado al concepto

---

<sup>263</sup> AÑÓN ROIG, María José y Otros, *Lecciones de derechos sociales.*, Tirant lo Blanch., Valencia, 2002., p 151.

<sup>264</sup> RODRÍGUEZ PIÑEIRO, Miguel., *Igualdad y discriminación.*, Tecnos., Madrid., 1996, pp. 85- 91.

<sup>265</sup> STC 128/1987, de 16 de julio.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

de igualdad sustancial, pues ésta última tiene como fin primordial lograr la eliminación de la desigualdad de hecho.

Posteriormente, dada la situación altamente contradictoria en la que se veía inmerso el principio de igualdad ante la ley, debido a las constantes desigualdades en la que había incurrido, se tornó necesario controlar su contenido, naciendo así, de esta manera, una nueva igualdad, denominada igualdad en la ley, la cual nace imponiendo límites sustantivos a la labor del legislador y establece así mismo, un control de constitucionalidad de las leyes para poder si es preciso, declarar la invalidez de las mismas por razones sustantivas, es decir por contradecir el contenido mismo de la Constitución<sup>266</sup>.

Como consecuencia del fracaso de la pretensión de universalidad<sup>267</sup> de los derechos proclamados durante el sistema liberal ilustrado, y así mismo ante la continuidad de las diversas desigualdades económicas y sociales; producto de los privilegios y discriminaciones; nace el nuevo Estado Social de Derecho y con ella surgen también los nuevos derechos económicos, sociales y culturales, los cuales tendrán como principal principio inspirador; y especialmente entre ellos el derecho educativo; al principio de igualdad, en su vertiente de igualdad sustancial.

Situándonos en esta etapa cabe resaltar que la nueva igualdad proclamada no es vista por el Estado Social como una igualdad meramente formal<sup>268</sup>, sino que más bien está referida a una igualdad real. Dicha igualdad real, conocida actualmente como igualdad sustantiva o material, es proclamada como consecuencia de la influencia ejercida por las nuevas ideas socialistas que surgieron a mediados del siglo XIX y principios del XX. Y es precisamente, a la luz de estas nuevas ideas socialistas y ante el nuevo proceso de industrialización que surgen en Europa, cuando se producen fuertes movimientos obreros y se

---

<sup>266</sup> *Ibidem.*, p.59.

<sup>267</sup> La pretensión de universalidad de los derechos solo se vio cumplida en el mantenimiento del derecho universal a la vida.

<sup>268</sup> No podemos subestimar la importancia que adquirió la idea de igualdad dentro de la época revolucionaria, pues esta supuso la superación de una sociedad dividida en estamentos, con el consecuente reconocimiento jurídico posterior de la igualdad, la cual si bien no se hizo evidente en la realidad, significó uno de los primeros pasos para alcanzar la igualdad real de los derechos humanos.

configuran a su vez nuevos partidos políticos de masas que proclaman dentro de sus reivindicaciones las ideas de igualdad, democracia y justicia social.

De este modo, los derechos económicos, sociales y culturales se dirigen precisamente a corregir esas desigualdades, que habían sido desatendidas por el Estado Liberal. Así, se trata de alcanzar a través del artículo 9.2 de la Constitución Española una igualdad real y efectiva entre los individuos, ello con total independencia de su condición social. Ahora bien, hemos de tener presente que la igualdad sustancial proclamada por el artículo 9.2, no es posible lograrla tan solo con el reconocimiento de la igualdad formal, pues ambas igualdades deben de complementarse para el desarrollo de ese valor superior, con lo cual se hace indispensable, a su vez, partir de la premisa de la común dignidad de los seres humanos, pero requiriendo ineludiblemente de la actividad de los poderes públicos y de un legislador que esté llamado a equilibrar y modelar las disparidades especiales, para asegurar la igualdad de situaciones.<sup>269</sup>

Situándonos nuevamente en el tema de la discriminación recordemos cómo el artículo 14 introduce en la segunda parte de su apartado el principio de no discriminación. Este punto resulta fundamental al tratar de establecer las diferencias entre trato jurídico diferente y la discriminación propiamente dicha. Ello, sin olvidar la importancia que ha adquirido el principio de no discriminación como principal puente entre la igualdad formal y la igualdad sustancial,<sup>270</sup> esto debido a que por un lado encontramos plasmado dicho principio en el artículo 14 de la C.E para posteriormente encontrar por otro lado su ejecución o materialización precisa en la igualdad sustancial proclamada en el artículo 9 de la Carta Magna. Efectivamente la prohibición constitucional de la discriminación se vincula con la idea de la desigualdad de hecho, y por ello se encuentra ineludiblemente conectada con la igualdad material.

Así pues, se hace preciso aclarar que no toda diferenciación comporta una discriminación, puesto que ambos responden a significados distintos. Si bien es

---

<sup>269</sup> RODRÍGUEZ PIÑEIRO, Miguel. *Igualdad ...*, op.cit., p 75.

<sup>270</sup> *Ibidem.*, p.76.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

cierto que por un lado desde una óptica jurídica el acto de discriminar comporta efectuar un trato de inferioridad o exclusión peyorativa a una persona o a un colectivo en razón de sus características personales. Por otro lado hacer una diferencia implica hacer una distinción es decir hacer a alguien o a algo diferente o diverso de otro. Y es precisamente en dicha distinción de donde se diferencia de la identidad. La igualdad en este sentido excluye la identidad porque parte de la diversidad de sujetos diferentes, de los cuales efectúa una abstracción de sus diferencias para posteriormente subrayar su igualdad en atención a características comunes que poseen los individuos<sup>271</sup>.

Ahora bien, en función de lo anteriormente expuesto, debemos señalar que el principio de igualdad no excluye, de una manera absoluta e incondicionada las diferencias de trato normativo, pues considera que el Derecho y los órdenes normativos en general toman en consideración la diversidad de situaciones para darles un trato normativo diferenciado, evitando así que se produzcan normas no funcionales, disparatadas e injustas<sup>272</sup>. Ya veremos más adelante como este trato diferencial se constituye en un elemento fundamental a tomar en cuenta en el reconocimiento de los derechos educativos y del derecho a la protección de la salud de los extranjeros inmigrantes. Pero también ha de quedar claro en este sentido, que el derecho a la igualdad proclamado por el artículo 14 no funda un derecho a no sufrir discriminación. De esta forma el Tribunal Constitucional reconoce que un trato diferenciado no significa que pueda venir impuesto en todos los casos, puesto que “el principio de igualdad, si bien ordena tratar de modo distinto a lo que es diferente, también exige que haya una correspondencia o proporcionalidad”<sup>273</sup>.

No obstante, hay que resaltar que estas diferencias de trato normativas deben estar, según el principio de igualdad, debidamente justificadas, con lo cual se prohíbe de una manera genérica las desigualdades de trato arbitrarias, injustificadas y razonables, que nos lleven a un trato discriminatorio. Esto tal

---

<sup>271</sup> PRIETO SANCHÍS; Luís; “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.129.

<sup>272</sup> ALEXI, Robert., “El Derecho general de igualdad” en *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p.384.

<sup>273</sup> STC 50/1991, de 11 de marzo.

como se desprende de lo prescrito por el artículo 14 el cual no contiene ningún criterio que prohíba de forma definitiva el trato diferenciado. Es en este sentido que el Tribunal Constitucional se ha manifestado, estableciendo que “el artículo 14 no funda un derecho a exigir divergencias de trato, sino un derecho a no sufrir discriminación, esto significa que un trato diferente no puede venir impuesto, sino que ese trato diferente no puede ser exigido, como un imperativo de la segunda parte del principio de igualdad”. Así mismo, ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional ha expresado que “(...) para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tienen que existir una suficiente justificación de tal diferencia que aparezca al mismo tiempo fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados”<sup>274</sup>. El Tribunal además que el principio de igualdad exige “que las consecuencias jurídicas que se derivan de supuestos de hecho iguales sean, asimismo, iguales, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando el elemento diferenciador introducido por el legislador carece de relevancia para el fin perseguido en la norma”<sup>275</sup>.

Así pues, parece no haber ninguna duda en afirmar la importancia que implica el ejercicio de la diferencia de trato en la consecución de la igualdad real, ya que sólo por ella se puede justificar la introducción de diferencias de trato. Tratar de eliminar la desigualdad se convierte así en un ideal al cual aspira el Estado Social, pues si se quiere lograr que la igualdad sea justa<sup>276</sup>, esto solo será posible reduciendo progresivamente las desigualdades existentes en ella. En este sentido el artículo 9.2 de la Constitución Española contiene un mandato dirigido a todos los poderes públicos a fin de promover las condiciones y remover los obstáculos para que la libertad y la igualdad de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. A la vista de lo que se acaba de señalar, VIDAL FUEYO, asevera que la extranjería se encuentra incluida dentro del grupo de elementos de diferenciación que prescribe el artículo 14, de tal modo, que la introducción de la extranjería como factor diferencial implica, necesariamente un riguroso control de la razonabilidad y objetividad de la distinción<sup>277</sup>.

---

<sup>274</sup> STC 49/1982, de 14 de julio.

<sup>275</sup> STC 176/1989, de 30 de octubre.

<sup>276</sup> La diferenciación de trato en este caso consistiría en tratar desigual a quienes fuesen desiguales.

<sup>277</sup> VIDAL FUEYO, María del Camino, *op cit*, p.167.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Habiendo surgido el Estado Social y con él la igualdad sustancial que aspiraba a corregir las insuficiencias en las que había incurrido la igualdad formal del Estado Liberal se produce el nacimiento de una nueva era de derechos los denominados derechos económicos, sociales y culturales. Dichos derechos vienen a tratar de modificar la estructura anterior existente, buscando una mayor expansión e igualdad en los derechos de la población, resaltando en este afán su eminente carácter prestacional. De este modo, es posible observar que dentro del conjunto de los nuevos derechos, existen algunos derechos que están caracterizados por su evidente contenido prestacional, los mismos que necesitan para la satisfacción de sus necesidades una inminente intervención de los poderes públicos.

Es así como dentro de estos derechos nos encontramos con el derecho educativo y con el derecho a la protección de la salud como derechos con un carácter prestacional que exigen la intervención de los poderes públicos para su efectiva realización. De este modo, es posible decir que todos los derechos de prestación (entre ellos el derecho educativo) son expresiones concretas de la igualdad real, pues consisten en un dar o en un hacer a favor de algunos individuos, según ciertos criterios que inevitablemente introducen desigualdades normativas y que dan lugar a obligaciones de organización, procedimiento y prestación<sup>278</sup>. Y es precisamente dentro de este nuevo contexto de derechos sociales de carácter prestacional cuando toma importancia la aplicación del artículo 9.2 de la Constitución Española, como expresión concreta de la igualdad sustancial.

De este modo, a la luz del nacimiento del Estado Social toma existencia la igualdad sustancial o material, la cual nace con el expreso deseo de corregir las deficiencias en que había incurrido la igualdad formal del sistema liberal. De esta forma, la igualdad sustancial, no solo se conforma con la igualdad proclamada por el artículo 14, sino que se constituye en un elemento fundamental que exige la intervención de los poderes públicos, para la consecución de la igualdad efectiva a la que se aspira a llegar. También debe tenerse en cuenta que la

---

<sup>278</sup> AÑÓN ROIG, María José., *op .cit.*, p.158.

igualdad sustancial no impide que en el ejercicio de la acción de poderes públicos éstos se abstengan de introducir las discriminaciones que ellos consideren necesarios, sino que por el contrario en virtud de lo que establece el artículo 9.2 de la Constitución Española esta igualdad permite que se dicten las medidas que se consideren oportunas para alcanzar la igualdad real.

En este sentido el Tribunal Constitucional ha expresado en su sentencia 3/1983, de 25 de enero que “a fin de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran, en ocasiones, se exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la ley”<sup>279</sup>.

### **II.8.1) El Derecho a la Igualdad de los Extranjeros**

Una vez expuesto lo anterior y dada la alusión precisa que el artículo 14 establece, respecto a la titularidad del derecho a la igualdad<sup>280</sup>, cabe entonces preguntarse, si los extranjeros son o no verdaderos beneficiarios de este precepto constitucional. Mucho se ha discutido en la doctrina acerca de la titularidad que implica este derecho, puesto que en principio el ordenamiento constitucional ha otorgado la titularidad de este derecho a los españoles. Existe sin embargo una ayuda fundamental para aclarar el verdadero alcance de este artículo, dicha ayuda la encontramos en el Tribunal Constitucional, como supremo interprete de la Constitución.

Así, el Tribunal Constitucional en su sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, indica que lo proclamado en el artículo 14 de la Constitución Española “*no es argumento suficiente para afirmar la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles*” ello “*porque no es únicamente el artículo 14 de la Constitución el que debe ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos sin los que no resulta posible determinar la posición*

---

<sup>279</sup> Y es aquí donde debemos de tener en cuenta que cuando el artículo 9.2 se pronuncia a favor de “promocionar” y “promover”, no se está dirigiendo únicamente al legislador sino que también se dirige a los demás poderes públicos.

<sup>280</sup> Efectivamente el artículo 14 de la CE señala que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

*jurídica de los extranjeros en España*". Por otro lado, el Tribunal considera que es necesario enlazar los contenidos del artículo 14 con el 13 de la Constitución Española, pues si bien ésta última hace alusión al término de libertades públicas, ello no tiene para el Tribunal un significado restrictivo. Así se llega a establecer, como ya se ha visto antes, que la igualdad o desigualdad en la titularidad y el ejercicio de tales derechos reconocidos en el título I de la Constitución se efectuarán en la medida que lo establezcan los tratados y la ley, no significando tal previsión la deconstitucionalización de los derechos reconocidos a los extranjeros, de tal modo que el derecho educativo y el derecho a la protección de la salud se encuentran reconocidos a los extranjeros, siendo por lo tanto derechos constitucionales y que por tal motivo serán dotados de toda la protección constitucional.

Otro aporte fundamental a esta consideración de igualdad entre españoles y nacionales, lo encontramos en la exposición del artículo 1.1 de la Constitución, el cual si bien en si mismo carece de efectos jurídicos inmediatos, no obsta para que estemos ante una "pauta de legitimación del ordenamiento jurídico en su conjunto" así como también ante un "elemento de interpretación no desdeñable para el entendimiento de sus diversas concreciones a lo largo del texto" de la Constitución<sup>281</sup>. Por otra parte, se hace indispensable establecer un lazo entre aquello que establece el artículo 1.1 con lo que declara el artículo 9.2 de la Constitución Española. Esto porque si bien en un principio el artículo 1.1 se encuentra vinculado al pueblo y al estado español, esto no obsta para vincularlo al artículo 9.2, que como ya sabemos señala que corresponde 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 efectivos. Y es precisamente este último artículo el cual permite conectar con la idea de Derechos de la Persona, ello con una total independencia de la nacionalidad que el hombre posea, y así es como produce una completa igualdad entre españoles y extranjeros, pues al mencionarse el término de "individuo" se está excluyendo cualquier consideración de ciudadanía o nacionalidad y se reconocen derechos que son imprescindibles para la dignidad de la persona, que conforme al artículo 10 de la Constitución es

---

<sup>281</sup> JIMÉNEZ CAMPO, Javier., "La igualdad jurídica como límite al legislador", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 9, 1993, p.79.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

el fundamento del orden político y de la paz social. En consecuencia, no parece haber ninguna duda en afirmar que la educación es un derecho eminentemente social que contribuye al libre desarrollo de la personalidad, el cual a su vez se encuentra vinculado a la dignidad de la persona, sea esta nacional o extranjera. Podemos decir entonces que el principio de igualdad expuesto en el artículo 14 de la Constitución se hace extensivo a los extranjeros inmigrantes.

A la vista de lo que se acaba de señalar cabe considerar también la remisión que efectúa el artículo 10.2 de la Constitución Española referente a los textos internacionales, y es aquí precisamente donde se disipa cualquier duda que pudiera mantenerse al respecto. Así, cabe destacar como principal instrumento internacional la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que reconoce desde su Preámbulo la necesidad de otorgar una serie de derechos “iguales e inalienables” a todos los miembros de la familia humana, que van a tener como origen y fundamento la “dignidad intrínseca” de dichos miembros. Así mismo, reconoce en su artículo primero que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derecho”. Así, de acuerdo con dicha remisión, una vez más nos encontramos con derechos que son reconocidos universalmente con total independencia de la nacionalidad que tenga la persona humana. De igual suerte el artículo segundo establece que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. De este modo, es precisamente este último artículo el que viene a confirmar el espíritu de igualdad universal que contiene la declaración.

En este mismo sentido ha de tenerse en cuenta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ello se desprende del tenor del artículo 26 de la primer Pacto el cual expresa que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley (...)”, así como también del artículo 2.2 del segundo pacto, el cual se expresa obligando a los Estados Parte, a



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

garantizar el ejercicio de los derechos enunciados en él sin ningún tipo de discriminación.

Del mismo modo en el ámbito europeo el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas viene a reconocer la obligación de reconocer los derechos en ella expuestos sin distinción alguna “(...)por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional(...)”. Por otro lado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la discriminación que viola a la igualdad se produce cuando una distinción de trato carece de justificación objetiva y razonable, afirmando que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación racional entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

En cuanto a lo que se refiere al principio de igualdad la LOEX ha establecido en su artículo 3.1 que “Los extranjeros gozarán en España en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica”. Esta nueva dicción efectuada por la Ley Orgánica 4/2000 resalta el valor que adquiere la igualdad con respecto al ejercicio de los derechos que tienen los extranjeros en España, dando énfasis por otro lado a que no se refiere a todos los derechos fundamentales que tienen los nacionales en España. Esta distinción no significa que la ley desconozca la titularidad de los extranjeros con respecto al resto de derechos que la Constitución prescribe.

### **II.8.2) Discriminación Positiva de los Extranjeros Inmigrantes**

La desigualdad se ha constituido hoy en día en la principal causa que origina la discriminación y otros males existentes en la sociedad. Es precisamente en contra de esta desigualdad, que la igualdad sustancial se erige, constituyéndose así, los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales nacen con el fin preciso de intentar corregir esas desigualdades, interviniendo por ello en favor de aquellas personas que se encuentran en clara situación de desventaja sea esta

social, cultural, económica o escolar. De esta manera, se pretende conseguir que las situaciones de desigualdad dadas en la realidad dejen de serlo, invocando para ello la debida ejecución del principio de igualdad sustancial. Indudablemente éste es el caso en el que se encuentra inmerso el extranjero inmigrante, pues como miembro constitutivo de un colectivo que se encuentra por diversos factores en cierta desventaja social, ello llega a repercutir dentro de su desarrollo social y por ende educativo. Efectivamente, aquí es donde cabe la pregunta si realmente es posible aplicar la discriminación positiva a favor del inmigrante como miembro de un grupo que actualmente se encuentra en cierta situación de desventaja social, cultural y económica.

Teniendo en cuenta lo anterior y retomando el tema de la diferencia de trato, se ha podido extraer del espíritu de la Constitución<sup>282</sup> que la mejor manera de combatir la desigualdad es estableciendo un trato diferenciado a favor del grupo que se encuentre en clara situación de desventaja. No obstante, hay que dejar en claro que esta diferencia de trato debe de ser como ya hemos dicho, debidamente justificada y razonable. Ahora bien, se hace preciso resaltar que las diferencias de trato, encuentran su más precisa forma de expresión a través de las medidas de acción positiva<sup>283</sup>. Así se observa que estas acciones llevan en sí una interpretación amplia, por lo cual dentro de ellas se incluyen medidas destinadas a combatir la discriminación de determinados grupos y a favorecer la igualdad real. Conteniendo algunas de ellas un carácter meramente promocional que no llevaría consigo un trato diferencial, esto se puede observar en el campo educativo a través de medidas como la eliminación de estereotipos sexistas en la educación

---

<sup>282</sup> Efectivamente el artículo 9.2 de la Constitución es la expresión más concreta de todas las acciones que se deben de tomar en procura de la igualdad sustancial.

<sup>283</sup> Es preciso tener en cuenta en este punto, que existen además de las acciones positivas, las medidas de igualación social o prestaciones diferenciadas, las cuales a través de legislaciones y políticas públicas, están destinadas a mejorar las condiciones materiales de los individuos menos favorecidos de la sociedad, empleando para dicho fin las redistribuciones de recursos, trabajo y rentas. Véase GIMÉNEZ GLUCK, D. *Una manifestación polémica del principio de igualdad*. Titant lo Blanch., Valencia, 1999., pp 58-61 y LÓPEZ GUERRA., "Igualdad, no discriminación y acción positiva en la constitución de 1978" en *Mujer y constitución*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2000, p35.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

o la inclusión de la igualdad como tema transversal a través del programa de las diversas asignaturas<sup>284</sup>.

Tomando en cuenta la importancia que ha adquirido la discriminación positiva el TC ha afirmado que dichas medidas deben de posibilitar “la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como persona<sup>285</sup>. Y es precisamente de dicha afirmación de donde se puede considerar al extranjero inmigrante como un individuo que en principio se encuentra en condiciones desfavorables, ya que su propia situación económica en la que carece muchas veces de recursos, la diferencia del idioma en algunos casos y la lejanía de su país y de su familia son situaciones que aparentemente a simple vista no son consideradas desfavorables, pero que sin embargo si a ello unimos que muchos de los inmigrantes tienen familia, toda aquella situación toma una verdadera dimensión puesto que ya no se trata sólo de la situación de un caso apartado de un grupo de individuos, sino que más bien el fenómeno resulta ser aún más complejo cuando tomamos en cuenta las nuevas necesidades de desarrollo personal al que tienen derecho los hijos de los inmigrantes y no sólo los hijos sino también los padres puesto que el desarrollo personal de una persona en general no puede verse limitado por razones de edad y es en este punto donde debe tomarse en cuenta el alcance e importancia que debe de otorgársele al derecho a la educación para que éste pueda ser ejercido en condiciones de igualdad real. Es en este sentido que la labor de los poderes públicos se vuelve trascendental pues no debemos de olvidar que la igualdad exige que las actividades de los poderes públicos estén orientadas a satisfacer las necesidades básicas y fundamentales. De esta forma, el pleno desarrollo se constituye en una consecuencia o necesidad básica hacia la que debe de estar orientada el derecho a la educación y por ende en conexión estrictamente necesaria el derecho a la protección de la salud; ello dado que dicho desarrollo personal solo podría finalmente ser alcanzado con unas excelentes condiciones de salud.

---

<sup>284</sup> FERNÁNDEZ, Encarnación., *op. cit.*, p 95.

<sup>285</sup> STC 269/94, de 3 de octubre.

Por otro lado, se advierte que existen otras acciones positivas que si incluyen dentro de su campo de acción medidas de carácter diferencial. De esta forma, se observa que se otorga un trato diferencial a aquellas personas que se encuentran en situación de desventaja, todo ello con el fin preciso de lograr la igualdad real que proclama el Estado Social. Y son precisamente este tipo de acciones las que se encuentran en íntima relación con el concepto de discriminación positiva. Efectivamente se observa que en dichas medidas se efectúa un trato diferencial cuyo principal objetivo debe estar dirigido a obtener la igualdad real, esto siempre y cuando se justifique debidamente el trato diferencial. Estas medidas se encuentran constitucionalmente expresadas a través del artículo 9.2, en donde se le otorga a los poderes públicos la misión de promover la igualdad del individuo y del grupo así como de remover todo obstáculo que impidiese su plenitud. De esta manera, la acción de los poderes públicos está encaminada a procurar la igualdad de todos los individuos, prestando una atención especial a aquellas personas que se encuentran en evidente situación de desventaja social, que en el caso de nuestro estudio comprendería a los extranjeros inmigrantes. No obstante, debe de tenerse en cuenta que el trato diferencial efectuado por los poderes públicos, no implica la discriminación prescrita por el artículo 14 de la Constitución Española, dado que todo trato diferencial debe ser, como ya hemos dicho antes, justificado, razonable y sobre todo legítimo<sup>286</sup>, y así mismo debe de tender a paliar la discriminación sufrida por una persona o conjunto social, todo ello con el fin de lograr una igualdad efectiva. En este sentido cabe destacar la STC 216/1991, de 14 de noviembre la cual refiere que las acciones positivas son aquellas *“de favorecimiento que los poderes públicos emprenden en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que mediante un trato especial más favorable vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial”*.

Por otro lado, debe de tenerse en cuenta además que el principio de igualdad no debe de ser confundido en la consecución de sus fines, como un

---

<sup>286</sup> Al decir que todo trato diferenciado debe de ser legítimo nos estamos refiriendo a que ella debe perseguir una expresa finalidad constitucional legítima, la cual debe de estar acorde con el sistema de valores que la Constitución contiene. Véase Lecciones de derechos sociales, *op .cit.*, p 161.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

principio igualitario, puesto que considerarlo de esta forma significaría romper con las bases mismas de sus fines. Si bien es cierto que lo que se busca es la igualdad no podemos pretender llegar hacia ella con la exigencia de una igualdad absoluta entre todos los miembros de la sociedad. Y es aquí de donde resalta la importancia de la diferenciación y de la discriminación positiva, por cuanto dichas medidas contribuyen al logro de una igualdad real, teniendo en cuenta las diferencias sociales y culturales que pueden tener los diferentes grupos existentes dentro de un Estado. Pero cabe aclarar que dichas diferenciaciones no deben de ser efectuadas para el cambio de las características esenciales que poseen todas las personas en común, sino más bien en aquellas que dificultan su ejercicio y desarrollo en lo que respecta a un derecho básico humano.

Abordando el ámbito internacional, cabe anotar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que se viola lo prescrito por el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos<sup>287</sup> cuando la desigualdad efectuada carece de una justificación objetiva y razonable. En definitiva, se puede observar que la discriminación positiva es un elemento importante a tomar en cuenta, tanto en el ámbito nacional, como en el ámbito internacional europeo, ello siempre y cuando se cumpla las condiciones prescritas y se dé la finalidad de igualdad en la desigualdad.

No obstante, hay que poner en claro que con el fin de lograr una igualdad efectiva, los poderes públicos si están permitidos de efectuar una discriminación; sin embargo esta debe de ser utilizada únicamente en el caso exclusivo de desigualdades sociales reales, pues cabe la posibilidad de que la utilización de dicha discriminación pueda desembocar en una auténtica discriminación directa. Este tipo de discriminación efectuado por los poderes públicos, a favor de un determinado grupo y en detrimento de otro es lo que la doctrina califica como discriminación positiva. Al mismo tiempo ha de tenerse en cuenta que dentro de las denominadas acciones positivas también pueden los poderes públicos ejecutar

---

<sup>287</sup> El artículo 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos prescribe que “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

acciones que no impliquen necesariamente una discriminación; estas acciones están dirigidas a actuar a favor de un determinado grupo, pero sin perjudicar a nadie. Un ejemplo claro de ellas son las ayudas, subvenciones o desgravaciones fiscales<sup>288</sup>.

Ahora bien, mucho se ha llegado a discutir en la doctrina acerca de la verdadera naturaleza constitucional de la discriminación positiva. De hecho se afirmaba que dicha discriminación atentaba contra la igualdad proclamada por la Constitución, pues al generar cierto grado de discriminación se estaba produciendo una desigualdad y que por lo tanto se estaba violando el principio general de igualdad. Sin embargo, hoy en día se considera que esta afirmación no se corresponde con la realidad, pues cuando se efectúa el acto discriminatorio positivo ésta debe de ser por su propia finalidad igualitaria compatible con la Constitución. De esta manera, también se puede decir que toda medida efectuada de diferenciación de trato que tenga por finalidad la igualdad, responde directamente al objetivo de tutela discriminatoria.

### **II.8.3) Igualdad y Diferenciación**

Ahora bien en materia de inmigración no es extraño para cualquier estudioso en la materia tratar el tema de la diferencia. Y desde luego no puede tratarse el tema de la igualdad, sin antes no haber hecho las precisiones respectivas. Efectivamente podemos decir que, uno de los puntos de partida del derecho a la igualdad en cualquiera de sus vertientes, ya sea formal o sustancial, lo constituye la previa estimación comparativa que se hace entre dos o más personas o cosas, que en nuestro caso preciso sería entre dos o más extranjeros inmigrantes, en relación con una tercera, el cual sería el nacional. Este tipo de comparación entre dos o más personas de un mismo rasgo o elemento es lo que se conoce en la doctrina como el *tertium comparationis*<sup>289</sup>.

---

<sup>288</sup> Las becas se encontrarían incluidas dentro de las actividades positivas de los poderes públicos y en ellas también se puede encontrar una medida de diferenciación, todo con el fin preciso de lograr una igualdad.

<sup>289</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo, Voz: "Igualdad" en Nueva Enciclopedia Jurídica, MASCAREÑAS, Carlos (Director), Tomo XI; FRANCISCO SEIX, Editor, Barcelona, 1979, p.294.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Como parece desprenderse, si queremos hablar de igualdad y más concretamente si queremos alcanzar la igualdad sustancial a la que nos hemos referido anteriormente, debemos dirigir inevitablemente nuestra mirada, a aquello que se conoce como reivindicación de la diferencia. Ello se explica, porque la reivindicación de la diferencia se ha constituido en un factor que contribuye al proceso de construcción de la igualdad. Evidentemente no podemos abarcar todo el campo que alberga el concepto de la diferencia, el cual puede ser visto desde diferentes matices, sino más bien únicamente nos limitaremos a conjugar aquel aspecto que se encuentra estrictamente relacionado con la igualdad.

Desde hace algún tiempo la inmigración se ha constituido en un fenómeno que presenta diferentes fenómenos. Inmersos en esta nueva realidad, podemos observar que algunos de estos fenómenos se presentan a primera vista como aparentemente contradictorios; no obstante, un análisis real de éstos demuestra que dichas contradicciones no son determinadamente ciertas. De hecho el flujo significativo de inmigración que tiene España recientemente nos demuestra que España se ha constituido en un país con una sociedad diversa y digamos también multicultural. Y es en esta nueva realidad donde no cabe pues hablar de una sociedad homogénea y uniforme sino más bien de una sociedad que presenta dentro de sí una diversidad cultural que viene a añadirse a la ya diversidad poblacional que ha presentado España desde siempre<sup>290</sup>.

Teniendo en cuenta el contexto anterior cabe preguntarse entonces cuál es el punto de conexión entre el derecho a la igualdad y el derecho a la diferencia

---

<sup>290</sup> España estuvo constituida desde la antigüedad, por la existencia de un conjunto de pueblos con lenguas y culturas diversas. Dichos pueblos a pesar de contar con tal diversidad, se encontraron estrechamente relacionados dentro de la península. No llegándose, sin embargo, a constituir entre ellas una efectiva unidad política. La edad media se caracteriza primero por la presencia invasora de los pueblos bárbaros y posteriormente la árabe. Dicha situación origina la convivencia durante siglos de pueblos cristianos, musulmanes y judíos, así como también la correspondiente mezcla continúa de sangre y cultura. Y es durante el reinado de los Reyes Católicos cuando se inicia la unificación política, con la expulsión de los judíos y moriscos. Instaurándose posteriormente una unidad religiosa, política y cultural. Ya con la Segunda República se produce la proclamación de autonomía de Cataluña, País Vasco y Galicia, reconociéndose definitivamente con la Constitución de 1978 el Estado de las Autonomías con el consiguiente respeto a sus culturas. Por lo tanto, observando la coyuntura pasada y actual de España, no es posible hablar de la existencia de una sola y única cultura, sino más bien de un crisol de culturas que deben ser respetadas y tomadas en cuenta en las decisiones fundamentales de vida y desarrollo de MUÑOZ SEDANO, Antonio, "La Educación Multicultural: Enfoques y Modelos", *Inmigrantes entre Nosotros*, CHECA, Francisco y SORIANO, Encarnación (Edit), Icaria, Barcelona, 1999, p.207-208.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

que posee todo extranjero inmigrante, intrínsecamente hablando, pues aparentemente se tratan de dos términos o derechos que se encuentran contrapuestos. Dicha contrariedad se manifiesta expresamente, cuando tratamos de encontrar la igualdad total entre las personas humanas sin tener en cuenta sus diferencias innatas, es decir en cuanto a la nacionalidad, la raza, la lengua, etc. Presente en la actualidad el fenómeno migratorio en España no podemos negar que la diferencia se ha convertido muchas veces en un factor que ha contribuido y que contribuye muchas veces a crear un ambiente de intolerancia, racismo o xenofobia. Desde luego es difícil pensar en la igualdad y en la diferencia como dos elementos que deben conjugarse para conseguir la verdadera igualdad o la igualdad sustancial que antes hemos mencionado, pues si en un principio hablamos de la diferencia como un factor que contribuye a determinar el racismo, hemos de tener en cuenta por el contrario que dicha diferencia se torna fundamental en términos de conseguir la diversidad cultural que enriquece a la sociedad autóctona. Este enriquecimiento debe efectuarse por lo tanto con el reconocimiento y aceptación del “otro”, es decir del extranjero inmigrante, todo ello en pie de igualdad, en aras de lograr una sociedad más abierta e intercultural en el que la tolerancia y la simple tolerancia ya no tengan cabida, se debe tender al logro de una sociedad en donde se reconozcan los derechos de los extranjeros en razón de su condición de seres humanos todo ello desde sus diferencias y con el debido respeto a su dignidad humana, pues solo a través del reconocimiento de estas diferencias y con el debido respeto a su condición humana es que será posible posteriormente hablar del respeto a su dignidad<sup>291</sup>. Es en este sentido que se debe de tratar de erradicar en base a una efectiva integración social, todo intento de asimilacionismo que trate de eliminar las diferencias de las culturas con el fin de unificar culturalmente la sociedad en nombre de la razón, la nación, la raza o la religión<sup>292</sup>.

Por lo tanto una cosa es hablar de la igualdad con límites o manteniendo las diferenciación respectiva y otra hablar de la igualdad en la diferencia. Obviamente el sentido o la aspiración de ellas no son las mismas, pues lo que

---

<sup>291</sup> SALAZAR BENÍTEZ, Octavio; “El derecho a la identidad cultural”, *Revista de Estudios Políticos*, 2005, p.297-322.

<sup>292</sup> FERNÁNDEZ Encarnación; *Igualdad y derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, p.179.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

busca la igualdad en la diferencia no es la igualdad en el racismo en el que puede desembocar la primera igualdad sino más bien una igualdad basada en el antirracismo, una igualdad que tome en cuenta la diversidad de las personas, ya sea interna es decir la existente entre los propios autóctonos o como también respeto al flujo significativo de inmigración extranjera que presenta el país. Se habla de una igualdad que sea capaz de conjugarse con la diferencia, respetando las diferencias innatas existentes entre las personas.

Previamente conviene advertir que los términos “igualdad y diferencia” no son términos que busquen defender las mismas finalidades. Así pues, lo que le interesa a la igualdad, es todo aquello que tenga que ver con los derechos en general, con lo cual en nuestro caso específico lo que se trata de proteger es el derecho a la educación y el derecho a la protección de la salud de los extranjeros inmigrantes, tratando de erradicar la desigualdad e injusticias que se pudieran producir entre autóctonos e inmigrantes, es decir entre seres humanos, sean estos nacionales o extranjeros. En cambio lo que abarca la diferencia es todo aquello que tenga que ver con las opciones individuales, buscando proteger la identidad en contra de la uniformidad cultural.

Como resulta evidente, ambos términos se encuentran encaminados hacia diferentes finalidades, cabe preguntarse entonces aquí, cuál es el punto de conexión entre ambos derechos. Planteada la interrogante, no cabe duda en responder que el punto de conexión entre ambas está dado por el grado de influencia que tiene la diferencia en sí misma para poder lograr y desarrollar la efectiva igualdad sustancial. De esta forma la igualdad y la diferencia no deben de considerarse como conceptos contrapuestos y excluyentes sino más bien como conceptos relacionados que se complementan recíprocamente<sup>293</sup>.

No se trata por tanto, de ver la diferencia desde un punto de vista separatista sino más bien, desde un ámbito que aspira encontrar la riqueza existente entre los seres humanos dentro de la diferencia. Aunque en este punto es necesario aclarar, que no siempre será la diferencia un factor de enriquecimiento,

---

<sup>293</sup> FARIÑAS DULCE, María José; *Globalización Ciudadanía y derechos humanos*, Dykinson, Madrid, p.48.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

ello se evidencia de la existencia de ciertos grupos que poseen hábitos culturales que por su grado de acción se manifiestan expresamente contrarios a los derechos y libertades que se establecen en la sociedad. Y es precisamente en el ámbito inmigratorio donde podemos encontrar una variedad de culturas, las cuales algunas de ellas no siempre coincidirán con el pensamiento prevalente cultural de la sociedad receptora.

A este respecto algunas veces puede suceder, que ciertos derechos fundamentales que se encuentran protegidos dentro la Constitución Española, puedan encontrarse colisionados por las prácticas culturales de algún grupo de inmigrantes, produciéndose así un choque cultural. De esta manera, si observamos la realidad social inmigrante en España, podemos encontrar algunas costumbres culturales que de alguna manera se encuentran en colisión con el derecho educativo y también con el derecho a la protección de la salud, como la discriminación de las niñas en materia educativa impidiendo que vayan a las escuelas. Por tanto, no siempre podremos decir que las diferencias constituyen un factor de enriquecimiento de las culturas, pues puede llegar a suceder que nos encontremos con la existencia de algunas culturas que en vez de proteger y reafirmar los derechos fundamentales, provoquen su violación. Aunque cabe resaltar que para dichas culturas muchas de sus costumbres o creencias no constituyen una verdadera violación de los derechos fundamentales, pues muchas de esas prácticas se encuentran fuertemente asentadas en su cultura y se constituyen a su vez en parte de su identidad como cultura. Ahora bien, se ha de destacar que en atención al reconocimiento de los derechos básicos que poseen los extranjeros inmigrantes, resulta fundamental que se efectúe el reconocimiento formal no solo de los derechos individuales a que dicho grupo tiene derecho sino que también debe ampliarse el ámbito de reconocimiento hacia aquellos derechos sociales, económicos y culturales al que también tienen derecho los extranjeros. Es en este sentido por el que actualmente deben de reconocerles derechos tan básicos como el derecho a la educación y el derecho a la protección de la salud.

**II.9) La Dignidad como Fundamento intrínseco de los Derechos Sociales**

Aunque el principio de igualdad se ha constituido en el principal fundamento de los derechos sociales es menester, sin embargo, establecer una clara y fundamental conexión que tiene dicho principio y derecho con el valor fundamental de la dignidad.

No cabe duda, en este sentido, que lo que confiere al principio de igualdad un contenido verdaderamente material, es decir sustantivo y real, es la creencia que se tiene respecto a la igual dignidad que poseen todos los seres humanos,<sup>294</sup> todo ello con total independencia de la nacionalidad que posean los individuos dentro de un Estado.

Efectivamente, no podemos negar que entre nacionales y extranjeros existe una característica común compartida, la característica de ser seres humanos, y si bien es cierto que todos y cada uno de nosotros gozamos de una común humanidad a pesar de que tenemos diferentes maneras de ser ya sea física como espiritualmente, todas aquellas diferencias hacen que de una u otra manera la humanidad se vea enriquecida.

Hemos de tener claro que al afirmar que todos los seres humanos somos iguales, ello no significa sin embargo que debemos olvidar las diferencias que existen entre las personas y sobre todo el valor que aquellas diferencias encierran dentro del conjunto humano.

Y es precisamente en este punto donde el valor fundamental de la dignidad se erige como un valor inherente de la persona humana exigiendo así el respeto y la aceptación de las múltiples diferencias. De esta exigencia, se deduce que de las diferencias existentes entre los nacionales y los extranjeros, es decir en lo que

---

<sup>294</sup> FERNÁNDEZ ENCARNACIÓN; Igualdad y derechos humanos, Tecnos, Madrid, 2003, p.17-19

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

concierna a su diferente humanidad pero común dignidad, ninguna de ellas debe ser motivo de una exclusión radical. Sin embargo hoy en día la extranjería sigue siendo un motivo fundamental de diferenciación en el reconocimiento y ejercicio de los derechos sociales. Sean estos fundamentales o ya sea que se encuentren reconocidos como principios rectores. No obstante aquello y tomando en cuenta el verdadero alcance de la dignidad dentro del ordenamiento jurídico español, el Tribunal Constitucional español ha proclamado una lista clasificada de los derechos según el grado de cercanía que tengan los derechos con respecto a este valor.

Es así como la dignidad se ha constituido actualmente en un valor fundamental de los Estados modernos pluralistas, un valor con verdadera eficacia en cuanto al fundamento de los derechos sociales. Efectivamente la dignidad que toda persona humana posee por el mero hecho de serlo se traduce en el ordenamiento jurídico en la posesión de un listado de derechos, los cuales van a ser ejercitables ante los poderes públicos y ante los demás ciudadanos<sup>295</sup>.

La dignidad, por tanto, se ha constituido en el valor base en cuanto al reconocimiento de los derechos sociales de los extranjeros se refiere y es gracias a ella que dichos derechos son respetados y reconocidos y protegidos no solo a los nacionales sino también a los extranjeros en su condición de personas humanas. Atentar contra dicha dignidad sería pues atentar contra la base en la que se asientan los pilares de todo ordenamiento jurídico dentro de un Estado Democrático de Derecho, puesto que sin dignidad no podríamos en definitiva hablar sobre la existencia de derechos.

La Constitución Española de 1978 no ha definido en qué consiste la dignidad ni ha determinado cuales son los derechos que le son inherentes. No

---

<sup>295</sup> ENÉRIZ OLAECHEA; Francisco Javier, *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la constitución Española*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2007, p.154.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

obstante consagra en el apartado primero de su artículo 10 que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamento del orden político y de la paz social.

Dentro de la doctrina, siguiendo la clasificación efectuada por RUÍZ-GÍMENEZ CORTEZ<sup>296</sup>, podemos distinguir cuatro niveles o dimensiones de la dignidad. Así pues, en primer lugar, nos encontramos con la dimensión religiosa dentro de la cual se considera, que el concepto de dignidad se encuentra estrechamente relacionado con el especial nexo que une al hombre con Dios, pues habiendo sido creado el hombre a imagen y semejanza de Dios, se hace imperiosamente heredero de la dignidad que ello, conlleva.

De esta manera, GARCÍA LÓPEZ, destaca que la persona es un fin en sí mismo, siendo las cosas los medios, las cuales están ordenadas a su beneficio; pero estando las personas ordenadas en cierto modo unas a otras, nunca están entre sí en relación de medio a fin; reclaman por tanto un absoluto respeto y no deben ser instrumentalizadas nunca. Al fin y al cabo son hechuras inmediatas de Dios, son imágenes suyas, y en esto nos dice, que consiste la dignidad o nobleza de la persona<sup>297</sup>.

En este mismo sentido, LEGAZ LACAMBRA refiere que *“El Estado no podrá intervenir en lo que afecta a la libertad y dignidad humana, nacidas de su origen divino, y que, por tanto, antes pertenecen a Dios que al Estado. Los hombres olvidan a menudo este punto de partida, esencial en el nuevo orden jurídico; pero vuelven su mirada a Dios cada vez que un nuevo absolutismo, de derecha o de izquierda, suprime libertades y afrenta la dignidad del hombre. A la omnipotencia del hombre no podemos oponer más que la omnipotencia de*

---

<sup>296</sup> RUIZ GÍMENEZ CORTEZ, Joaquín., “Artículo 10”, *Comentarios a la constitución española de 1978* Tomo II, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, p.67.

<sup>297</sup> GARCÍA LÓPEZ, Jesús., *Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino*, EUNSA, Pamplona, 1979, p.84.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

*Dios*<sup>298</sup>. Así mismo, JAVIER CONDE nos dice “*Es el mismo ser del hombre el que va a mudar por virtud de la asunción en Cristo de la naturaleza humana. Reconvírtese el hombre en hijo de Dios en sentido nuevo y eminente. Se eleva en dignidad a una altura inconmensurable e incomprensible*”.

Evidentemente no podemos negar la enorme influencia ejercida por el cristianismo en la evolución y conquista definitiva del concepto de persona humana y por ende de su real dignidad. Sin embargo, muchas críticas han surgido dentro de la doctrina en contra del origen divino de la dignidad humana. De esta manera, surge en segundo lugar otra dimensión del concepto de dignidad, conocida como la dimensión ontológica, en la cual se considera al hombre como un ser dotado de inteligencia, de racionalidad, libertad y conciencia de sí mismo<sup>299</sup>.

Así, nos encontramos con que la dignidad ha sido definida por GONZALEZ PÉREZ<sup>300</sup> como el rango de la persona como tal, como una categoría que no tienen los seres irracionales. Esta prestancia o superioridad del ser humano sobre los que carecen de razón constituiría lo que se denomina dignidad de la persona humana. En este punto GONZÁLEZ PEREZ considera que la dignidad sería esa cualidad que posee la persona humana y de la cual carece el resto del mundo animal.<sup>301</sup> Y siendo la dignidad el rango de la persona como tal, entonces todos los seres humanos son iguales en dignidad.

Sin embargo dicha concepción ha sido criticada por MATEO PARDO, al considerar que dicha concepción de la dignidad respondía a la tradición cultural judeo- cristiana. Incliniéndose por ello a definir la dignidad humana como la suma de caracteres o cualidades que configuran ante nosotros la existencia de un determinado ser, es decir con la idea de dignidad de la persona humana se hace

---

<sup>298</sup> LEGAZ LACAMBRA, “La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre”, *Revista de estudios políticos*, Nº 55, Madrid, 1986, p.43.

<sup>299</sup> RUIZ GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín., “artículo 10”....., *op. cit.*, p.67

<sup>300</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; *La dignidad de la persona*; Civitas, Madrid, 1986; p.24.

<sup>301</sup> Coincidiendo con la idea de superioridad del hombre sobre el animal, Tomás y Valiente, ya por el año de 1971 en una conferencia sobre la Tortura Judicial pronunciada en la Universidad de Salamanca pronunció: “Como decían los personajes de Bertold Brecht, no hay nada en la creación más importante ni más valiosos que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre”. *Ibidem*, p.25.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

referencia a un conjunto de rasgos, los cuales confirmarían la pertenencia de un ser dado a la especie humana, todo ello independientemente de cualquier circunstancia histórica, económica o política en la que pudiera verse inmerso.

La tercera dimensión se encuentra representada por el ámbito ético, personal y social, en el cual se pone hincapié al sentido de la autonomía moral, no absoluta, como una función esencial de la conciencia valorativa frente a cualquier norma y modelo de conducta; así mismo al esfuerzo de liberación frente a interferencias o presiones alienantes y manipulaciones cosificadoras. De este modo, Kant<sup>302</sup> se pronuncia diciendo que *“No hay más que un derecho innato. Libertad siempre que se concilie con la libertad de los demás según una ley general; es este único derecho originario, que corresponde a todo hombre por virtud de su propia humanidad. La igualdad innata, es decir, el derecho a no ser vinculado por otros a más de aquello a lo que uno puede también vincularlos recíprocamente; por consiguiente la cualidad del hombre de ser dueño de sí mismo (sui generis), siempre que, desde el punto de vista del Derecho, no haya causado lesión a nadie.”*<sup>303</sup>.

Otra de las dimensiones presentes dentro del concepto de dignidad y muy importante a tomar en cuenta dentro del análisis de la normativa constitucional lo constituye el nivel jurídico político según el cual la dignidad se presenta como un factor de estima dimanante de un comportamiento positivamente valioso, sea privado o público, dentro de la vida de relación y en ciertas concreciones normativas.

Teniendo en cuenta la variedad de dimensiones expuestas líneas arriba, JOAQUIN RUIZ-GIMÉNEZ, se inclina a considerar que la interpretación

---

<sup>302</sup> Para Kant, la misma idea de moralidad descansa en el reconocimiento en todos los seres humanos de la presencia de algo valioso, incommensurable, que no tiene precio, de una dignidad en la que el ser humano es visto como un fin en sí mismo y en la que se prohíbe todo tratamiento incompatible con ella. Para Kant, la noción de dignidad estaba íntimamente vinculada a la concepción del individuo como sujeto moral, una noción de dignidad que refleja la igualdad básica entre todos los seres humanos, y constituye un rasgo inherente a todos ellos, intrínsecamente valiosos, carente de equivalente o precio, y no susceptible por ello, de intercambio ni de libre disposición. Ver La Dignidad en Kant en *“Autonomía, Dignidad y Ciudadanía (Una teoría de los derechos humanos)”* Jesús González Amuchastegui, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, p449 y ss

<sup>303</sup> RUIZ GIMÉNEZ CORTES, Joaquín., “Derechos fundamentales de la persona”, *Introducción a la teoría del derecho*, Instituto de estudios políticos, Madrid, p.68.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

efectuado en el artículo 10.1; respecto a la dimensión de la dignidad humana; debe ser asumida por quien haya de aplicar la pauta normativa de ese precepto, siguiendo la índole ontológica referente a la racionalidad y libertad del ser humano como también la índole de carácter ético social que proclama la autonomía y fin de sí mismo, de la dignidad y como un medio o instrumento de nadie<sup>304</sup>.

De esta manera podemos definir la dignidad, como el valor superior que posee toda persona humana, en su calidad de ser racional igual y libre, la cual le confiere autonomía y hace de sí mismo un fin, sin admitir ningún tipo de superioridad de uno sobre otro y sin permitir discriminación alguna, todo ello con total independencia de cualquier circunstancia histórica, económica o política en que pudiera verse inmersa la persona humana, así como también independientemente de la nacionalidad que posea la persona humana. En este sentido se ha pronunciado el TC en la sentencia 214/91, cuando afirma que “el respeto a la dignidad humana se cumple, si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos (...) pues en un Estado como el español, social y democrático de derecho los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social”<sup>305</sup>

La dignidad entraña el reconocimiento de una esfera de vida del individuo, que debe de ser protegida para que el hombre pueda realizarse<sup>306</sup>. La dignidad según la STC 53/1985 “*es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y lleva consigo la pretensión del respeto por parte de los demás*”.

A través del tiempo han surgido diversas referencias del concepto de dignidad que nos hacen caer en cuenta que la Constitución de 1978 no ha sido la primera en albergar este valor superior. Así podemos observar, que el concepto de dignidad humana ha adquirido relevancia a partir de los últimos años, prueba de

---

<sup>304</sup> *Ibidem.*, p.68.

<sup>305</sup> STC 214/91, de 11 de noviembre.

<sup>306</sup> *Ibidem.*, p.24.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

ello lo tenemos en las diferentes Declaraciones y Constituciones que han quedado plasmadas a través de la historia.

Así, podemos encontrar en el cristianismo y en el Derecho natural una de las primeras luces para la incorporación de la dignidad humana en la mentalidad de los hombres. Incorporada la idea de dignidad humana a los planteamientos del Derecho natural racionalista, ésta llegó a ocupar su centro, puesto que consideraba que cada hombre tenía el mismo derecho a la libertad y a la dignidad. Fue entonces en este ambiente donde los mencionados textos y declaraciones vieron la luz<sup>307</sup>.

Un evidente antecedente lo encontramos en la Asamblea Nacional de los representantes del pueblo francés, el cual en su afán de reconocer y tutelar los derechos del hombre en forma general declaró en su Preámbulo que “ *Los representantes del Pueblo francés..., considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han decidido expresar en una declaración solemne los derechos naturales, individuales y sagrados del hombre, para que esta declaración, constantemente presente a todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; a fin también de que los actos del Poder legislativo y los del Poder Ejecutivo, al poder ser en cada instante comparados con la finalidad de toda institución política, sean más respetados; y que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e indiscutibles, contribuyan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la felicidad de todos*”.

Abordando ahora ya el ámbito constitucional de los diversos países podemos resaltar dentro de ellas la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949, conocida como la Ley de Bonn la cual ha proclamado dentro de su primer artículo que “*la dignidad fundamental del hombre es intangible, respetarla y protegerla es obligación de todo el poder público. El pueblo alemán se identifica por tanto, con los inviolables e*

---

<sup>307</sup> VIDAL MARÍN, Tomás; *El derecho al honor y su protección desde la Constitución Española*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid 2000, p.30.

*inalienables derechos del hombre, como fundamento de toda la comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. Los derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de Derecho directamente aplicable*". Así pues, como puede apreciarse la dignidad en este caso concreto adquiere un nivel preponderante dentro de la regulación normativa constitucional alemana, el cual se manifiesta no solo a través de la ubicación primordial que el concepto ha adquirido dentro del cuerpo constitucional sino también en el especial énfasis que se pone en su protección por parte del poder público.

De otra parte, la Constitución portuguesa también se presenta dentro del grupo de constituciones que incluyen en forma expresa el principio de dignidad. Tal es así que en su artículo 1 expresa que *"Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular y empeñada en la transformación de una sociedad sin clases"*.

Pues bien, en cuanto al resto de las constituciones europeas algo muy importante que podemos observar es que no todas ellas mencionan en forma expresa y taxativa dentro de su texto normativo constitucional, el principio de la dignidad de la persona. Aunque parece ser evidente que éste principio se encuentra incluido en forma implícita dentro de sus diversas regulaciones de derechos. Un ejemplo de ello lo encontramos en la Constitución italiana de 1947, la cual en su artículo 2 pronuncia que *"la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, sea en las formaciones sociales donde desenvuelve su personalidad, y exige el cumplimiento de los imprescindibles deberes de solidaridad política, económica y social"*.

En lo que concierne a las declaraciones internacionales, un antecedente preclaro del concepto de dignidad lo representa la Carta de la Conferencia de San Francisco del 26 de junio de 1945 el cual en su afán de preservar a las nuevas generaciones de las consecuencias que había acarreado la segunda guerra mundial se reafirmaba en su *"(...) fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad, en el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de*

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

*hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas..”*. De esta manera se trataba de iniciar una nueva era en la que la convivencia de los pueblos tuviera como fundamento el respeto de la dignidad<sup>308</sup>.

Continuando la invocación de la Carta de San Francisco, podemos mencionar otras declaraciones que han hecho hincapié al valor que representa la dignidad de la persona humana. De este modo, podemos observar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama en su Preámbulo la fe de la Naciones Unidas en “(...) la dignidad y el valor de la persona”, así mismo continúa proclamando en su primer artículo que *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*. A la luz de la presente declaración, es cuando se hace evidente la enorme trascendencia que ella representa, en lo que respecta a la importancia del valor de la dignidad humana, pues gracias a ella fue posible ignorar, las ambigüedades de algunas declaraciones precedentes y la falta de voluntad de cumplirla por parte de los Estados signatarios<sup>309</sup>. En este contexto también podemos resaltar el reconocimiento efectuado por La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la cual comienza expresando que *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*. Así mismo considera que *“la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana..; considerando esencial que los derechos del hombre sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y opresión..; considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana..”*. De lo expuesto se pone en evidencia, un claro reconocimiento de lo que significa el respeto a la dignidad y a la igualdad de todos los seres humanos, excluyendo por tanto cualquier tipo de discriminación por motivo de sexo, raza, color, religión, origen ,o nacionalidad.

---

<sup>308</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; *La dignidad...*, op. cit., p.30.

<sup>309</sup> *Ibidem.*, p.33.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Siguiendo la tónica del reconocimiento internacional de la dignidad humana, podemos mencionar por su especial relevancia el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se observa que esta considera en su artículo 2 que “(...) *conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz del mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a la persona humana; reconociendo que con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen las condiciones que permitan gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como sus derechos económicos, sociales y culturales..*”

En este mismo sentido se expresa el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dentro podemos encontrar un específico reconocimiento del derecho educativo. De esta manera, el artículo 13 proclama “*que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad*”.

Ahora bien, teniendo en cuenta el tratamiento internacional que se le da a la dignidad humana, no podemos dejar del lado el reconocimiento que de ella se hace desde un ámbito europeo regional. De este modo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se constituye en el principal instrumento a tener en cuenta para la consideración de la dignidad humana. Dicho convenio se torna importante porque establece una serie de garantías jurídicas que suponen un importante avance para los Estados miembros del Consejo de Europa, así mismo gracias al convenio se reconoce y garantiza todos los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana<sup>310</sup>.

Otro instrumento importante a nivel internacional lo constituye la Carta Social Europea, en la cual según el apartado 1 de su artículo 7, se establece que

---

<sup>310</sup> *Ibidem*; p.37.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

la edad mínima para la admisión al trabajo debe ser fijada en los 15 años de edad, ello “*sin perjuicio de excepciones para los niños empleados en determinados trabajos ligeros que no pongan en peligro su salud, moralidad o educación*”. En este caso debemos resaltar la importancia que otorga este Pacto al aspecto educativo, pues al establecer un límite de edad para el trabajo se pretende que ésta no colisione con el derecho educativo que tiene la persona, ello en razón de su dignidad humana.

### **II.9.1) La Dignidad dentro del Ordenamiento de la Constitución Española de 1978**

Siguiendo el curso de la historia Constitucional Española, podemos resaltar que la Constitución Española de 1978 se constituye en el principal cuerpo normativo que proclama la dignidad de la persona, ello se desprende como ya hemos visto de lo expresado en el apartado 1 del artículo 10, el cual refiere que “*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden jurídico y la paz*”. Evidentemente si efectuamos una mirada retrospectiva, a la mayoría de constituciones acaecidas desde la Constitución de Cádiz, no podemos encontrar en ellas, un precepto explícito que tenga en cuenta la dignidad de la persona.

No obstante, no podemos decir lo mismo respecto al proyecto de Constitución Federal de la República del año 1873, ni respecto al Fuero de los Españoles aprobada el año de 1945. De este modo, el Proyecto resalta en su Preámbulo que “*Toda persona encuentra asegurados en la República, sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, ni la ley autoridad para mermarlos, todos los derechos naturales (...)*”, así en la enumeración ocupará el primer lugar “*el derecho a la vida y a la seguridad y a la dignidad de la vida*”. Por otra parte, en el Título Preliminar del Fuero de los Españoles, el Estado proclamaba “*como principio rector de sus actos el respeto a la dignidad, la integridad y la libertad de la persona humana,..*”. Evidentemente es éste el único texto en el que podemos encontrar la referencia a la dignidad expresada no como un valor sino como un derecho a la dignidad de la vida.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede observar que la dignidad de la persona humana ha adquirido dentro de la actual Carta Magna un pronunciamiento vital para su configuración como fuente básica de los derechos fundamentales. Evidentemente aquí cabe resaltar que “*el artículo 10 de la Constitución Española supone la consagración de la persona y su dignidad como principio rector del Ordenamiento Jurídico español*”<sup>311</sup>.

En la actualidad, autores como LUCAS VERDU y el Profesor GALINDO AYUDA han afirmado la naturaleza iusnaturalista del precepto que contiene la dignidad de la persona humana. De este modo, LUCAS VERDU se manifiesta proclamando una superación del positivismo y una clara aproximación del texto constitucional a las fundamentaciones iusnaturalistas<sup>312</sup>. Por otra parte GALINDO AYUDA señala que “el iusnaturalismo es proclamado en nuestra Constitución desde el primer momento y detecta sus huellas en el preámbulo, en la definición del Estado como “Estado Social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”<sup>313</sup>. Desde estas perspectivas, se hace una vez más evidente la influencia que tuvo el iusnaturalismo en el nacimiento del precepto constitucional de la dignidad humana, pues no debemos olvidar que su principal fuente de origen estuvo localizada en las concepciones cristianas.

Ahora bien, un punto importante a destacar es la ubicación que otorga el cuerpo constitucional a la expresión dignidad humana. Desde luego, resulta reveladora la ubicación efectuada, pues conjuntamente con los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad se le ha otorgado una configuración preferencial dentro del Título I de los Derechos y Deberes Fundamentales, lo que conlleva asimismo a afirmar su íntima vinculación con éstos derechos. Por otro lado, no podemos dejar de mencionar la obligada relación que tiene el artículo 10 con el artículo 1.1, el cual propugna como valores

---

<sup>311</sup> *Ibidem*; p.80.

<sup>312</sup> *Ibidem.*, p.81.

<sup>313</sup> RUIZ GÍMENEZ CORTES, Joaquín; “Artículo 10”, *op.cit*, p. 55.

**EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y  
DERECHO A LA SALUD**

---

superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

**CAPITULO III. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS EXTRAJEROS  
INMIGRANTES EN ESPAÑA**

**III.1) Hacia la Positivización del Derecho Educativo de los Extranjeros  
Inmigrantes.**

La educación es un viejo y escurridizo concepto, nunca definitivamente acotado por su complejidad, así como por su carácter intrínsecamente abierto, y por ello no se presta muy bien a las definiciones académicas. Procedente de (*e*) *ducere* (=conducir, guiar), el término educación implica que se trata de un proceso instructivo y formativo que responde a un empeño atribuible a determinados sujetos que realizan sobre otros una concreta orientación y para ello disponen, a su vez, de un determinado grado de conocimientos y de autoridad institucionalmente reconocida. Por otra parte expresa un resultado tanto “individualizador” como “socializador”, en lo que se refiere a la formación de la personalidad de los educandos. Este fenómeno se realiza fundamentalmente, pero no en exclusiva, según un proceso formalizado institucionalmente en un llamado sistema de enseñanza que abarca preferentemente los períodos de la infancia y de la juventud<sup>314</sup>. El concepto de educación ha variado durante el tiempo, no siendo entendido solo en su concepto formal como enseñanzas regladas sino también en su concepción no formal, relacionado con actividades extra escolares desarrollados en ámbitos familiares y/o sociales.

Ahora bien, conviene señalar que la jurisprudencia constitucional ha establecido, que la educación a la que se refiere el derecho y la libertad del artículo 27 de la CE consiste en la actividad humana, que con unas notas mínimas de continuidad y sistema, transmite un cuerpo de conocimiento y de valores<sup>315</sup>.

---

<sup>314</sup> CAMARA VILLAR, Gregorio., “*Los derechos y libertades del ámbito educativo*” en *Derecho constitucional*, Tecnos, Volumen II, Madrid, 1999, p. 248.

<sup>315</sup> BORRAJO INIESTA, Ignacio., “*El derecho a la educación en libertad: esquema de interpretación*”, *Democracia constitucional (Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente)*, Laxes, S. L. Ediciones del Centro de estudio políticos y constitucionales, Madrid, 2003, p.661.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Reconociendo así mismo, que aquel artículo comprende una serie de preceptos cuya relación como conjunto heterogéneo resultante, permite garantizarnos el derecho a la educación como un todo omnicomprensivo de los derechos y libertades sobre la educación<sup>316</sup>.

### **III.2) Evolución Constitucional del Derecho Educativo**

Cuando hablamos sobre el tema del derecho a la educación de los extranjeros inmigrantes en España se hace necesario, para una mejor comprensión del mismo, realizar un breve estudio acerca de la historia constitucional por la que ha atravesado el referido derecho. Historia que, como se sabe se ha encontrado sometida a un gran número de avatares, en las que el sistema educativo se ha visto inevitablemente condicionado por el sistema socio-político imperante en cada época. Suceden así múltiples acontecimientos, los cuales impregnaron su sello ideológico en cada uno de los textos constitucionales y en las respectivas leyes de desarrollo.

De esta manera podemos observar que los grandes cambios históricos experimentados en España han ejercido sobre el derecho educativo una influencia decisiva en cuanto a su desarrollo constitucional. Desde luego ello se explica y se hace evidente, con las diversas fluctuaciones que ha experimentado este derecho, así como también, por los diversos enfoques e ideologías dados en cada cambio de gobierno, ideologías que como se sabe han impulsado su aplicación legislativa.

En este panorama de cambios experimentados por el derecho educativo, nos encontramos con que el mismo su desarrollo más significativo con la aprobación de la Constitución gaditana de 1812. Sin embargo, no debemos olvidar los altibajos por los que ha experimentado este derecho en su desarrollo constitucional. Así, podemos ver, que la educación va a ocupar desde antes de su constitucionalización, un papel muy importante entre los diversos filósofos e intelectuales del siglo XVIII.

---

<sup>316</sup> STC 86/1985, de 10 de julio.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

El interés por la educación fue creciendo así a grandes pasos, hasta el punto de que en el siglo XVIII, se llega a la era de la Ilustración conocido también como el siglo de las luces. Es a partir de aquí donde podemos percibir que se inicia como refiere José MARTINEZ DE PISON<sup>317</sup>, el siglo de la educación. El interés por la educación surge así, en un intento por introducir la razón en todos los actos humanos. Sin embargo, a pesar de los grandes logros alcanzados a través de la ilustración, se hizo evidente en ella, un mantenimiento de los ideales propuestos por el imperante estado despótico. Esto se demuestra en el hecho de que se propugnaba un liberalismo económico, mas no un liberalismo político, siendo el pueblo para el pensamiento ilustrado un agente carente de preparación alguna. Estas notorias contradicciones expuestas hicieron que más tarde las teorías de la ilustración fueron superadas por el estado liberal.

El objetivo de los ilustrados era reformar la economía, y con ello no se hizo esperar que la educación fuera uno de los principales instrumentos empleados para la consecución de aquello, tratando por lo tanto de acabar como fuere con el poder educativo que ostentaba la Iglesia. Efectivamente, no podemos olvidar que el dominio educativo en el siglo XVIII estaba exclusivamente en manos de la Iglesia, dominio que como se sabe, no significó un avance positivo para el desarrollo de la educación debido al desmedido monopolio ejercido por ella. De esta manera para los ilustrados se hacía necesario que el Estado fuera la máxima autoridad responsable en materia de educación, con lo cual se consideraba “que el sistema educativo debe ser un sistema unificado y controlado por el Estado. Ello implica una centralización de la educación, que deberá tener además un carácter público y opuesto al privado”<sup>318</sup>.

Siendo la educación exclusivamente elitista y al alcance de muy pocas personas, en las que el pueblo estaba completamente ausente de ella, podemos deducir que en esta época, no se puede hablar precisamente de un sistema educativo propio, en especial por lo que respecta a la educación elemental y

---

<sup>317</sup> MARTINEZ DE PISÓN José, *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Dykinson, Madrid, 2003, p.17.

<sup>318</sup> BARREIRO RODRÍGUEZ, Herminio., “La educación como cuestión de Estado: de Platón a la ilustración francesa”, *Revista Interuniversitaria. Historia de la Educación*, Nº 6, enero-diciembre, 1987, p. 165.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

secundaria. No obstante, a pesar de no encontrar un sistema educativo que incluyera a la sociedad en su conjunto, es posible encontrarnos en este tiempo con numerosas propuestas reformistas de la educación. En efecto, la renovación pedagógica de la Ilustración, como también la formulación de una nueva utopía social no hubiera sido posible sin la proyección del pensamiento de LOCKE y sin la obra de ROUSSEAU. El influjo de LOCKE queda demostrado en la obra de los *philosophes* de la Enciclopedia francesa (Diderot, Voltaire, D'Alambert), con cual el pensamiento de LOCKE se propagó a nivel de Europa continental<sup>319</sup>. Ahora bien, en lo que respecta a la obra de J.J Rousseau destaca su obra “El Emilio” en la que logró elaborar los principios de la educación *nueva* que el *nuevo* ciudadano del Estado *nuevo* necesitaba.

No debemos olvidar que dicha época significó propiamente la renovación de muchos de los contenidos educativos. Tal es así que se incorporaron muchos conocimientos útiles, como queda demostrado en la *Memoria sobre la educación pública* de Jovellanos, en la *Instrucción reservada* de Floridablanca, en el *discurso sobre la educación popular de los artesanos* de Campomanes<sup>320</sup>.

Visto el talante reformista ilustrativo, nace precisamente de él, en un afán de corregir sus insuficiencias, el primer liberalismo español, y es precisamente de ahí de donde surgen las bases de la Constitución de 1812. Este nuevo régimen proclama un imperio basado en la ley, la afirmación de los derechos y libertades del ciudadano, la soberanía nacional, la limitación del poder real, y la disminución de la influencia de la iglesia, todo ello basado en los principios de libertad, igualdad y propiedad.

Evidentemente, producida en Francia la gran Revolución de 1789, no se hicieron esperar las influencias que ésta tuvo en el ámbito nacional español. De esta manera el liberalismo español se nutre del pensamiento político y cultural de la Francia del siglo XVIII, con lo cual se produce el paso del iusnaturalismo

---

<sup>319</sup> *Ibidem*, p.18.

<sup>320</sup> DE PUELLES BENITEZ, Manuel; *Educación e ideología en la España contemporánea*, Tecnos, Madrid, 1999, p.36.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

racionalista al positivismo liberal del siglo XIX, con lo cual podemos decir que se da el paso de una sociedad estamental a una sociedad clasista.

Teniendo en cuenta la influencia ejercida por los ilustrados del siglo XVIII, los liberales llegan a manifestar un interés por la instrucción pública, llegando a considerarlo como un instrumento principal de renovación y de reforma. Asimismo, siguiendo los principios revolucionarios, creen en la democracia y en la necesidad de una educación para la libertad. Y es precisamente en este aspecto de la libertad, en que los liberales tratan de superar los errores de la ilustración con lo cual se demuestra un interés por implantar el liberalismo económico, así como también un liberalismo político.

Siguiendo los principios de la Revolución Francesa, los constitucionalistas liberales proclamaron la libertad e igualdad de todos los hombres, así como la existencia de ciertos derechos consustanciales a la naturaleza humana. Sin embargo dichos derechos eran reconocidos al hombre en su calidad de ser individual, y se les atribuía un carácter superior y anterior al hombre<sup>321</sup>. Es aquí, donde precisamente se resalta la supremacía de la libertad del hombre para actuar en forma espontánea si ninguna intervención estatal de por medio.

Dignos herederos de los avances culturales obtenidos en el siglo XVIII, los liberales persisten en mantener esa fe en el progreso, la cual creen que sólo es posible lograrla a través de la instrucción. Y es precisamente en ese afán de lograr el máximo progreso, que los liberales aspiran y luchan por lograr la igualdad ante las luces. De este modo la instrucción es considerada por ellos como un instrumento importante en la lucha por la libertad pues, solo a través de la instrucción es posible tener los conocimientos suficientes para tomar las decisiones pertinentes en la vida, es decir como un ciudadano libre y responsable. De esta manera, la instrucción no solo es concebida como un instrumento de

---

<sup>321</sup> MARTINEZ ESTAY, José, *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*, CEDECS, Barcelona, 1997, p.24.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

reforma social o de prosperidad de la nación sino también como elemento esencial de la pedagogía de la democracia<sup>322</sup>.

Pero, si bien es cierto que muchos de los ideales perseguidos tenían estrecha relación con lo expuesto en la etapa de la ilustración, esto no llegó a significar que los fines fueron los mismos. Esto se demuestra en el hecho de que la instrucción era para los ilustrados un instrumento de reforma social, destinada a producir un cambio de mentalidad para la existencia futura de un movimiento de colaboración positivo hacia las nuevas ideas. Como previamente para el planteamiento ilustrado el ciudadano era un sujeto pasivo, al que debía de hacerlo receptivo y útil, mientras que para los liberales, la educación debía de capacitar al hombre para cualquier toma de decisión, con lo cual convertía al ciudadano en sujeto activo. Por este motivo, la finalidad máxima aspirada por el liberalismo español se dirigió hacia la configuración de un sistema educativo que garantizara la instrucción elemental para todos<sup>323</sup>.

Entre las principales obras dadas a favor de la instrucción pública, podemos destacar las ideas del famoso Condorcet<sup>324</sup> quien a través de sus Cinco Memorias sobre educación y su “Rapport et projet de decret sur l’organisation générale de l’instruction public” consagró a la educación como una tarea primordial del nuevo Estado y la convirtió en la palanca de transformación de primer orden. Así mismo, el Rapport se constituyó en la futura base de la reforma educativa y en el punto de referencia de las políticas educativas a realizar en los siglos posteriores.

Ahora bien, no podemos dejar de destacar que entre los ilustrados españoles, ejercieron una notable influencia los ideales de Jovellanos, quien en

---

<sup>322</sup> DE PUELLES BENITEZ, Manuel, *Educación e ideología...*, op .cit. p.57.

<sup>323</sup> SUREDA GARCÍA, B., “Educación elemental” en *Historia de la educación en España y América*; Fundación Santa María, Madrid, 1984, p.141.

<sup>324</sup> Condorcet entendía que no se trataba ya sólo de educar ciudadanos por el hecho de ello sea moralmente justo, sino que también era necesario crear una base social amplia, consciente de sus derechos y obligaciones, que sustentara las nuevas estructuras políticas; en *Historia de la Educación en España* Tomo I Del despotismo ilustrado a las Cortes de Cádiz, Libros de bolsillo de la Revista de Educación, Ministerio de Educación, Madrid 1979; p. 35.

sus “Bases para la formación de un plan general de instrucción pública”<sup>325</sup> estableció la importancia de que la enseñanza para los ciudadanos fuera enteramente gratuita, defendiendo la instrucción como una función ineludible del Estado al que había que mantenerlo como fuente de la futura prosperidad social. En este mismo sentido destaca CABARRUS en su obra “Cartas a Jovellanos”, en el cual insiste en la idea de una educación primaria común para todos los ciudadanos, muy independientemente por supuesto del origen social<sup>326</sup>.

En definitiva, expuestos los principales ideales liberales, podemos decir entonces que se han llegado a superar las diversas contradicciones en que incurrieron los ilustrados. Esto es debido a que el régimen al que aspiraban los liberales estaba basado en una soberanía nacional, en el imperio de la ley y en el del gobierno, y es solo dentro de este nuevo régimen, donde los liberales asociaron el progreso con el desarrollo de la educación, que aparece no sólo como “sostén y apoyo de las nuevas instituciones” sino, incluso como “coronamiento de tan majestuoso edificio” por construir, como la cima del nuevo régimen constitucional<sup>327</sup>.

### **III.2.1) La Constitución de Cádiz de 1812**

El marco histórico constitucional en el que se instalaron las Cortes de Cádiz, lo constituye tanto el advenimiento de la corriente liberal por la que atravesó Europa en el siglo XIX, como también los diversos sucesos históricos que acaecieron a la invasión de las tropas napoleónicas en territorio español. Evidentemente, producto de esta influencia liberal es cuando surgen en España numerosos movimientos de insurrección popular frente al invasor francés. Formadas ya las Juntas Populares y posteriormente instaladas las Cortes de Cádiz,

---

<sup>325</sup> JOVELLANOS, Gaspar Melchor, “Bases para la formación de un plan general de instrucción pública”, *Historia de la Educación en España*, Ministerio de Educación, Madrid, 1979, p.336.

<sup>326</sup> CABARRÚS, siguiendo el ideal liberal se manifiesta contundentemente opuesto al monopolio ejercido por la Iglesia en el ámbito educativo, por lo cual señaló que los institutos religiosos debían de abstenerse de impartir cualquier tipo de educación.

<sup>327</sup> PUELLES BENITEZ, Manuel, *Textos sobre educación en España- siglo XIX.*, Primera Edición, UNED, Madrid, 1988, p.16.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

en el año de 1812, es cuando se llega a promulgar la Primera Constitución Española de carácter liberal conocida como la Constitución de Cádiz<sup>328</sup>.

Si abordamos el estudio de la Constitución de 1812 es posible distinguir que el nuevo régimen implantado requería adquirir la condición de ciudadanos superando la condición de súbditos que había prevalecido durante el régimen absolutista. Evidentemente no se puede negar en este punto la alta influencia Ilustrada ejercida por los pensadores del siglo pasado; ello queda aún más evidenciado al tratar el tema educativo como una de sus principales preocupaciones.

De esta manera el interés que mantuvieron los liberales por la cuestión educativa quedó manifestada en el capítulo IX de la Constitución de Cádiz, del cual se desprende un sentimiento nacional nuevo, cuya modernidad viene informada por los principios de igualdad y libertad. Por ello dichos principios van a constituirse en el principal baluarte del futuro sistema educativo. Sin embargo, no debemos olvidar que el principal interés de la Constitución Gaditana estaba referido en hacer del Plan de la Instrucción Pública, un programa abierto a la totalidad de la población, es decir se proclama también un principio de universalidad, el cual debería a su vez ser realizado en condiciones de uniformidad. No olvidando por ello la debida intervención del poder estatal como agente garante de los nuevos postulados educativos. De este modo, la Constitución de Cádiz representó no solo el alumbramiento de un nuevo régimen político sino también el de una nueva sociedad, en donde la idea del poder llegó a recaer ya no en un poder absoluto e ilimitado, sino más bien en la voluntad general de la nación<sup>329</sup>.

---

<sup>328</sup> La Constitución de Cádiz, surge como consecuencia de la guerra de la independencia y es considerada como la primera constitución realmente española, ello debido a que la Constitución de Bayona de 1808, no tuvo la vigencia efectiva esperada por el régimen francés, pues se trataba de una carta otorgada en la que no existió poder constituyente alguno, no siendo por lo tanto una verdadera Constitución.

<sup>329</sup> SOLE TURA, Jordi y Otros., “Carácter de la constitución de Cádiz” en *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 1983, p. 19.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

La Instrucción Pública quedó, pues, contemplada en los artículos 366 y 367, limitándose dichos artículos a respetar la estructura ya existente respecto a la enseñanza primaria y al de las Universidades. Sin embargo, no encontramos una referencia explícita en el texto que nos haga referencia a la Segunda Enseñanza. Así mismo se llegó a establecer la obligatoriedad de las escuelas de primeras letras en todos los pueblos de la monarquía, sin olvidar el catecismo de la religión católica que también era enseñada obligatoriamente. Con esto último podemos observar que se llegaba a establecer un mandato explícito de universalidad en cuanto a la instrucción primaria y su extensión a toda la población española.

Ahora bien, continuando con los avances impuestos, el artículo 368, se encargó de destacar la uniformidad de las enseñanzas y el 370 aborda el tema de la competencia en cuanto la instrucción pública la cual correspondió a las Cortes, recayendo la máxima competencia en la Asamblea Legislativa. Siguiendo una vez más la influencia de la ilustración, la Constitución gaditana establece en la parte final del Título de la Instrucción Pública el artículo 371, relativo a la libertad de imprenta<sup>330</sup>, en el cual se proclamaba una libertad de expresión, dándosele la importancia a la libertad de imprenta como medio para lograr una mejor ilustración y con ello una mejor educación para los ciudadanos.

No debemos olvidar en este punto que la Constitución gaditana estableció como se desprende de su articulado una conexión entre el aspecto educativo con el aspecto político. Ello se desprende de la lectura del apartado sexto del artículo 25 el cual exigía de manera categórica que “desde el año 1830 deberán saber leer y escribir los que de nuevo entren en el ejercicio de los derechos del ciudadano”. Con lo cual quedaba demostrado que los conocimientos se constituían en un factor importante al ejercer el derecho ciudadano al voto.

---

<sup>330</sup> El artículo 371 de la Constitución de 1812 estableció que “todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas, sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes”.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Una de las creaciones importantes a destacar en esta etapa, lo constituyó la Dirección General de Estudios; dicho órgano llegó a significar un gran avance en cuanto al espíritu secularizador imperante en aquel momento. En ella se reflejaba la voluntad del Estado de asumir responsabilidades públicas en lo que se trataba de la materia de la enseñanza. Con esta creación se intenta una vez más superar las deficiencias de la etapa ilustradora, buscando entonces establecer un organismo público que estuviera encargado de velar por el cumplimiento de la nueva legislación educativa. Sin embargo, a pesar de la eficacia obtenida con la creación de este nuevo órgano, aún no fue posible hablar de la educación como un derecho exigible frente a los poderes públicos, ello debido al carácter asistencial y de fomento que asumió el Estado en esos tiempos.

### **III.2.2) El Informe Quintana**

Promulgada la Constitución de Cádiz en el año de 1812, no se hicieron esperar nuevos avances en cuanto al desarrollo del derecho a la educación. De esta manera, una de las preocupaciones posteriores a la promulgación constitucional lo constituyó, la elaboración de una ley general de Instrucción Pública. Y es precisamente que con el fin directo de conseguir aquel objetivo que en año de 1813 se constituye una Junta de Instrucción Pública a la cual se le encargó un dictamen sobre la reforma general de la educación nacional.

Este referido dictamen fue redactado por el poeta José Manuel Quintana, quien se abocó a la elaboración de un informe, en el cual propuso en forma explícita “los medios para los arreglos de los diversos ramos de la instrucción pública”.<sup>331</sup> El referido Informe llegó a constituirse así en el primer documento en el que se plasman o se ponen en aplicación los principios del liberalismo de la época española, llegando a contener de esta manera un verdadero cuerpo de principios educativos básicos.

---

<sup>331</sup> DE PUELLES BENÍTEZ Manuel; Educación e ideología..., *op .cit*, p. 60.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Es aquí, precisamente en dicho Informe, donde vemos una vez más la influencia ejercida por los ilustrados franceses, específicamente como base de ella los ideales del famoso Rapport del francés Condorcet en el que se puntualizaba, en una educación igualitaria y completa que se extendiera a todas las personas. De esta manera, el Informe de Quintana<sup>332</sup> expuso en forma global y sistemática los fundamentos sobre los que se constituyó el sistema educativo español, considerando que la educación no solo se concibe como un instrumento de reforma social sino también como un medio de progreso social. La Instrucción es vista así por Quintana como el principal medio que va a permitir llegar al progreso y por ende a la felicidad que necesitan todos los ciudadanos. Se aboca así, en la preocupación de que ésta educación sea otorgada a la mayor cantidad de personas posibles, exaltando de esta manera los principios de igualdad y libertad, todo ello con el fin de poder llegar a una sociedad democrática. Llega a puntualizar así mismo acerca de la necesidad de implantar una uniformidad en el Plan de Enseñanza Pública, pretendiéndose con esto la misma calidad de educación para todos que fuera a su vez gratuita, pública y como ya hemos dicho con la plena libertad de elección entre la pública y la privada, dando con ello la opción de escoger con la completa libertad que se debería tener entre dos opciones diferentes pero encaminadas a un mismo fin.

Posteriormente el proyecto fue dictaminado por la Comisión de Instrucción Pública, ratificándose dicho dictamen en su fe por la educación, y justificándose también en la necesidad de uniformizar la enseñanza así como en la necesidad de su . Sin embargo, a pesar del gran aporte significativo que representaba el informe de Quintana éste sufrió algunas críticas tendentes a calificarlo como un informe muy ilusorio. De esta manera, PUELLES

---

<sup>332</sup> Quintana expone: que “Al entrar en la vida ignoramos todo lo que podemos o debemos ser en adelante. La instrucción nos lo enseña; la instrucción desenvuelve nuestras facultades y talentos, y los engrandece y fortifica con todos los medios acumulados por la sucesión de los siglos en la generación y en la sociedad de que hacemos parte. Ella enseñándonos cuáles son nuestros derechos, nos manifiesta las obligaciones que debemos cumplir: su objeto es que vivamos felices para nosotros, útiles a los demás; y señalando de este modo el puesto que debemos ocupar en la sociedad, ella hace que las fuerzas particulares concurren con su acción a aumentar la fuerza común, en vez de servir a debilitarla con su divergencia o con su oposición”, QUINTANA MANUEL, José., Obras completas, Vol.XIX, Biblioteca de autores españoles, Madrid, 1976..p.176.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

BENITEZ<sup>333</sup>, considera que dicho informe se constituyó en un auténtico proyecto de transformación social pero que llevaba a cargo un horizonte de utopía. No obstante, llega a rescatar que a través de dicho informe se han exaltado los principios de libertad, igualdad y se ha puesto de manifiesto la necesidad de extender una educación pública, gratuita y universal.

Indudablemente resultan significativos los avances y aportes efectuados por este enciclopedista español. A pesar de dichos logros, aún no podemos encontrar en ella una referencia a los derechos educativos de los extranjeros. Esto queda evidenciado al proclamar Quintana que la instrucción “debe ser universal, esto es extenderse a todos los ciudadanos”. Con ello es posible concluir, que la referencia a la “universalidad”, estaba exclusivamente dirigida al grupo de ciudadanos españoles y no incluía todavía al grupo de extranjeros. Esta falta de consideración es posible entenderla debido a la mínima cantidad de movimientos migratorios que existían en aquella época. Sin embargo, con dicha observación no queremos desmerecer el aporte efectuado por este ilustrado español.

Con el retorno de Fernando VII la educación sufre un retraso, pues se implantó un absolutismo cerrado y anacrónico en el que el nuevo régimen despreciaba la cultura, la ciencia y la inteligencia, iniciándose así mismo una persecución a todo lo que significaba liberalismo, siendo por tanto devuelta la educación a la iglesia. En pocas palabras, se trató de volver a toda la estructura educativa vigente en el antiguo régimen.

Es en el llamado Trienio Liberal que se extiende desde 1820 a 1823, donde tuvo su nacimiento para la educación el Primer Reglamento General de Instrucción Pública de 1821. Dicho reglamento decretado por las Cortes prescribió las bases generales de la Enseñanza Pública, recogiendo los principios liberales ya conocidos antes como el de la uniformidad de la enseñanza, la gratuidad así como el del carácter público de la educación, llegando a regular a su vez la enseñanza privada. Mención especial merece el tratamiento de la gratuidad de la instrucción pública, aunque las universidades seguían en manos de la iglesia y era muy exiguo el número de escuelas

---

<sup>333</sup>DE PUELLES BENÍTEZ, Manuel, Educación e ideología., *op. cit.*, p.61.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

públicas de primeras letras, fue posible la existencia en aquélla, de una enseñanza superior de carácter privado.

Cabe destacar, dentro de su contenido, el aporte otorgado por la formulación de su artículo 9 el cual llegó a introducir una articulación de tres niveles de educación, la primera, la segunda y la tercera enseñanza. En definitiva fue el Reglamento “un texto que no llegó a aplicarse aunque sentó las grandes bases de la educación liberal que, con las modificaciones propias de la evolución histórica, se reincorporarían definitivamente a nuestra legislación por medio de la Ley Moyano”<sup>334</sup>.

Es en el año de 1823 a 1833, cuando se inicia la ominosa década, es decir, el retorno a los modos absolutistas de Fernando VII<sup>335</sup>. Un período que significa un grave retroceso a los logros alcanzados durante la época liberal. Una de las manifestaciones de este grave retroceso lo significó el cierre de las universidades a causa de la represión del absolutismo.

Después de la derogación del Reglamento de 1821 es cuando surge la figura de Calomarde, para ser más precisos en el año de 1824, que es el año que vio nacer la promulgación del Plan literario de Estudios y Arreglo General de las Universidades del reino, más conocido como el Plan Calomarde, el Plan Calomarde<sup>336</sup>, se caracterizó por el excesivo impulso religioso dado en la enseñanza superior, pues se consideraba que a través de la religión se consolidaba el sistema político. De esta manera se quiso eliminar el pensamiento liberal de las universidades tratándose de establecer dos tendencias en el sistema de enseñanza, la de la uniformidad y el de la centralización. Dicho centralismo se irguió de este modo, como uno de los sistemas más acusados puesto que en ninguno de los

---

<sup>334</sup> *Ibidem*, p.76.

<sup>335</sup> CAPITÁN DÍAZ, Alfonso, “La pedagogía española del siglo XIX”, *Breve historia de la educación en España*, Alianza Editorial S.A., Madrid, 2002, p. 76.

<sup>336</sup> El Plan Calomarde, nacido en una época en la se efectuó una gran represión, se constituyó en uno de los más ardientes defensores de la Iglesia. Uno de sus fines exclusivos estuvo dirigido, a recuperar y mantener el Status de la Iglesia en la educación de esos tiempos. Ello se demostró con las creaciones sucesivas en cada universidad de un tribunal especializado para la censura y corrección correspondiente, de cuyos cinco miembros dos serían eclesiásticos, los cuales a su vez se encargaban de la función de velar por la moral religiosa, así como de determinar las correspondientes admisiones de alumnos.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

planes y reglamentos precedentes se llegó a regular con meticulosidad la vida académica.

Terminada la década ominosa, la educación vuelve a experimentar los cambios del sistema de gobierno imperante. De esta manera, en la vuelta al sistema liberal de la década de 1834 a 1843, sobresale el Plan General de Instrucción Pública de 1836, conocido como el Plan del Duque de Rivas. Este plan apuntó a los rasgos esenciales del sistema educativo liberal, destacándose en su contenido temas como el de la gratuidad restringida y limitada, así como ciertos visos de secularización de la enseñanza. También, es posible destacar que este plan se dedicó a resaltar el sentido práctico que debería imperar en las materias a estudiar, exaltando así la utilidad social, la centralización administrativa de la instrucción y la preocupación por las ciencias “positivas”<sup>337</sup>.

En definitiva, después de exponer los avances logrados en ámbito educativo, y después de conocer como se trató de regular la presencia de extranjeros en el espacio nacional español, podemos decir que la elaboración de la Constitución de 1812, significó un gran avance en el reconocimiento por primera vez constitucional de los derechos de los extranjeros. Así, de este modo podemos deducir del análisis del artículo 5, que la tónica empleada en el tratamiento del extranjero, era la de la asimilación. El artículo 5 consideraba que eran españoles todos los hombres libres nacidos y vecindados en los dominios españoles. También a los extranjeros que hubieran obtenido de las Cortes carta de naturaleza y a los extranjeros que sin carta de naturaleza hubieran llevado 10 años de vecindad en cualquier pueblo de la monarquía. Con lo cual se puede decir que cuando se hablaba de universalidad e igualdad educativa, los extranjeros también se encontraban incluidos dentro de lo establecido por la Constitución y las normas legislativas, siempre y cuando estuvieren dentro de lo establecido por el artículo 5 de la Constitución gaditana.

---

<sup>337</sup> CAPITÁN DÍAZ, Alfonso, *op. cit.*, p. 262.

### **III.2.3) La Educación en la Constitución de 1837**

Una vez promulgada la Constitución de 1837, la cual fue de origen popular, flexible y de corte progresista, sobresale la figura del marqués de Someruelos, como nuevo ministro de gobernación. Dicho ministro de gobernación tratando de mantener los principios liberales remitió dos proyectos de Ley diferentes, uno dedicado a la enseñanza primaria y otro relativo a la enseñanza secundaria superior, de los cuales el segundo no llegó a prosperar.

Esta etapa trató de mantener los principios de soberanía y división de poderes que se habían logrado en la anterior Constitución. Sin embargo, de ella podemos apreciar de que a pesar de que su texto se contenía una declaración de derechos manifiesta, no fue posible observar una alusión precisa a la libertad de enseñanza. Por ello debemos destacar que fue precisamente en esta época donde se buscó una nacionalización de los establecimientos privados de segunda enseñanza, llegándose a establecer una mayor severidad en cuanto a su regulación.

Referente a la regulación educativa extranjera, observamos que la Constitución de 1837, al igual que el Estatuto del 10 de abril de 1834, no ofrece ninguna evolución en cuanto a los derechos de los extranjeros. De esta manera consideraba como españoles a aquellos que habían nacido fuera de España, pero siendo hijos de padre o madre española, y también a los extranjeros que hubieran obtenido carta de naturaleza y a los que sin ella hubieran ganado carta de vecindad en cualquier pueblo de la monarquía.

### **III.2.4) La Educación en la Constitución de 1845**

En el año de 1845, conjuntamente con el nacimiento del espíritu moderado y con el afán de querer reformar la Constitución de 1837, nace la Constitución de 1845, la cual llegó a constituirse en el principal medio de expresión del

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

pensamiento liberal moderado. De este modo, nace una nueva Constitución, la cual volverá en cierta forma a retomar las ideas liberales de las décadas pasadas, pero con un estilo algo moderado.

En efecto, es preciso destacar aquí que, a pesar de que la Constitución de 1845 había heredado mucho de las corrientes liberales previas, no fue posible observar en ella un acatamiento exclusivo de las ideas primigenias proclamadas y consideradas como base del liberalismo anterior. Ello quedó demostrado en el carácter restrictivo de muchas de sus leyes reguladoras, las cuales llegaron a constituirse en el principal factor de regulación de muchos de los derechos consagrados por la Constitución moderada.

Si hay algo que no debemos olvidar es el hecho de que dicha Constitución vino a cambiar el viejo dogma de la soberanía nacional, y esto se evidenció en la notable transformación que experimentó el principio de soberanía nacional, el cual quedó sustituido por el principio que afirmaba la soberanía compartida entre el Rey y las Cortes<sup>338</sup>. Así las cosas la Constitución de 1845 se constituyó afirmando la plena soberanía de la inteligencia frente al concepto antiguo de soberanía nacional. Es decir, se pretendía establecer un gobierno en el cual primara la soberanía de la inteligencia por encima de la soberanía popular. Se quería llegar a configurar un Estado en donde la educación fuera el principal factor a tomar en cuenta por el gobierno. En ésta tarea se abocaron muchos de los liberales moderados, llegándose a determinar que las clases que ostentaban alguna propiedad alguna, eran las más adecuadas para expandir la instrucción correspondiente, sin olvidar evidentemente que el estado se convertía en el principal agente de la enseñanza.

De esta manera, la educación fue vista desde una perspectiva elitista, con lo cual ya no se aspiraba al viejo sueño de una educación para todos. El viejo sueño de una educación universal fue entonces reemplazado, por el de una educación para los más poderosos, que en este caso específico recayó para los de

---

<sup>338</sup> TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, *Breve historia del constitucionalismo español*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1981, p.68.

la clase media. Así PUELLES afirma que “para el liberalismo moderado la educación había dejado de interesarle como instrumento básico para la democracia, constituyendo por el contrario como un instrumento de poder. De ahí que el nuevo gobierno moderado encargara a su Consejo de Instrucción Pública la elaboración de un proyecto general que regulase la enseñanza secundaria y superior”<sup>339</sup>.

De esta manera surge posteriormente el 17 de Septiembre de 1845, el Plan General de Estudios más conocido como el Plan Pidal. Dicho plan vino a satisfacer las necesidades educativas específicas de la burguesía y de las clases medias, llegando a contemplar la segunda enseñanza y la enseñanza universitaria. Entre los principales principios reguladores de su régimen tenemos el de la secularización de la enseñanza; la generalidad, la libertad de enseñanza, la gratuidad, y el de la centralización administrativa de la educación<sup>340</sup>.

Habiendo predominado por un tiempo la secularización de la educación, es en el año de 1851 cuando la Iglesia, obtiene el derecho a la inspección de la enseñanza tanto en los centros públicos como en los privados, todo ello a la luz de las obligaciones derivadas del Concordato de 1851<sup>341</sup>. Ya en el año de 1854, siendo ministro de fomento Alonso Martínez, se elaboró un proyecto que llegó a regular los aspectos fundamentales de la educación, el cual se refería a una educación primaria gratuita y a una enseñanza secundaria en donde se difundiera la educación a todas las clases sociales.

Los progresistas de nuevo en el poder, acometerán la idea de redactar una Constitución, la nonata de 1856, la que incorporó todos los dogmas concebidos

---

<sup>339</sup> DE PUELLES BENÍTEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 106.

<sup>340</sup> CAPITÁN DÍAZ, Alfonso, *op.cit.*, p.37.

<sup>341</sup> El Concordato de 1851 representa la bendición de la Iglesia para las nuevas clases propietarias, pero que tiene, por lo que a la educación respecta, una importancia extraordinaria, pues una de las contraprestaciones de los moderados es precisamente el reconocimiento a la religión católica de “todos los derechos y prerrogativas que debe gozar según la ley de Dios y lo dispuesto por los sagrados cánones” (art 1) .Véase DE PUELLES BENÍTEZ, Manuel, *Educación e ideología, op.cit.*, p. 115.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

por el progresismo. Sin embargo, debido a las dudas jurídicas y sucesos políticos que acaecieron en ese entonces, no fue posible la publicación de dicha constitución<sup>342</sup>. Y es precisamente después de este cambio de ideología cuando surge la figura del zamorano Claudio Moyano. Fue con Claudio Moyano, cuando se logró redactar la Ley de Instrucción Pública de 1857, la cual logró incorporar los principios básicos que debían inspirar el sistema educativo.

La Ley Moyano surgió así, de la necesidad de establecer una ley que regulara en forma estable todo el sistema educativo. No debemos olvidar que el sistema educativo existente en ese momento, había experimentado una serie constante de transformaciones, que como era evidente dependían de las diversas ideologías imperantes en cada gobierno, lo cual como era evidente impidió el debido desarrollo del sistema educativo que se dio a lo largo de los años.

Siguiendo con los aportes realizados por las antiguas regulaciones del derecho a la educación, la Ley Moyano se constituye en una fiel depositaria, llegando a recoger dentro de su cuerpo muchos de los proyectos o planes anteriores, tales como fueron el Reglamento de 1821, el Plan del Duque de Rivas de 1836 y el Plan Pidal de 1845. De esta manera, llega de alguna forma a recoger muchas de las aspiraciones de las diferentes ideologías que hasta ese momento habían realizado cambios importantes en cuanto al aspecto educativo.

La Ley Moyano llegó a reconocer la enseñanza pública y la enseñanza privada, llegándose a caracterizar dichas enseñanzas por su intenso centralismo, recogiendo con ello uno de los postulados del liberalismo, al tiempo que contemplaba el derecho de la Iglesia a inspeccionar la enseñanza en todos los niveles del sistema educativo, con lo cual se hacía evidente que se estaba atendiendo una de las exigencias del conservadurismo<sup>343</sup>. En efecto, la defensa de

---

<sup>342</sup> TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, *op.cit.*, p. 76.

<sup>343</sup> FERNÁNDEZ SORIA, Juan Manuel; *Estado y educación en la España contemporánea.*, Síntesis, Madrid, 2002; p. 33.

la Iglesia<sup>344</sup> fue brillante en Claudio Moyano, pues sostuvo que la ley de bases no regulaba el derecho de Inspección de la Iglesia por ser esta una materia concordataria que obligaba al Gobierno por su propia naturaleza<sup>345</sup>.

Claudio Moyano llegó a regular la enseñanza primaria, defendió su gratuidad en las escuelas públicas y la dividió en enseñanza elemental y superior, comprendió a su vez dentro de la segunda enseñanza a los estudios generales y a los estudios de aplicación a los profesionales industriales. Incluso reguló a su vez la ordenación del profesorado, el régimen y gobierno de los centros, la existencia dual de dos sistemas de enseñanza. Todo ello sin olvidar que con la Ley se acentuaron los rasgos característicos de la centralización y el de la uniformidad, así como la libertad de enseñanza, entendida esta como la libertad de creación de centros docentes.

En cuanto a la educación de los extranjeros, la Constitución de 1845, presentó una estructura semejante a la de la Constitución de 1837. En dicho período cabe destacar el Real Decreto de Extranjería, del 17 de noviembre de 1852, cuya vigencia llegó hasta la promulgación de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España,<sup>346</sup> la cual fue reformada finalmente por la L O 8/2000 de 22 de diciembre<sup>347</sup>. Cabe resaltar la importancia de este decreto por ser ésta la primera norma que encontramos en el ordenamiento español que, con pretensión de generalidad aborda la materia de extranjería. Su elaboración y entrada en vigor coincidió con la presidencia del Consejo de Ministros de Bravo Murillo y pretendió dar respuesta a lo previsto en el artículo 1 de la Constitución de 1845, que establecía que los derechos de los extranjeros que obtuviesen carta de naturaleza o gozasen de vecindad, habrían de

---

<sup>344</sup> En cuanto al derecho a la inspección de la Iglesia el artículo 295 de la Ley Moyano proclamaba: “Las autoridades civiles y académicas cuidarán, bajo su más estrecha responsabilidad, de que ni en los establecimientos públicos de enseñanza, ni en los privados se ponga impedimento alguno a los reverendos obispos y demás preladados diocesanos, encargados por su ministerios de velar por la pureza de la doctrina, de la fe y de las costumbres, y sobre la educación religiosa de la juventud, en el ejercicio de este cargo”.

<sup>345</sup> DE PUELLES BENÍTEZ, Manuel, Educación e ideología, *op.cit.*, p. 126.

<sup>346</sup> BOE, N° 10, de 12 de enero.

<sup>347</sup> BOE N° 307, de 23 de diciembre.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

determinarse por ley.<sup>348</sup> Este Real Decreto fue modificado en parte por el Decreto Ley de Unificación de Fueros, del 6 de diciembre de 1868, que va a reconocer la igualdad entre los españoles y los extranjeros, salvo el derecho de entrada y el goce de derechos de carácter políticos<sup>349</sup>.

### **III.2.5) La educación en la Constitución de 1869**

Después de la caída de O'Donnell, los progresistas inician una revolución, la de 1868, conocida como la Revolución de Septiembre, la cual en su primera fase conseguirá encarnar el ideario del liberalismo radical en la Constitución de 1869. La Gloriosa constituyó el triunfo de la burguesía progresista, pues se puede decir que esta fue la verdadera protagonista del movimiento revolucionario, todo ello a razón de querer acabar con la crisis política, social y económica vigente en esos tiempos. A través de los acontecimientos surgidos fue posible elaborar un nuevo texto completamente diferente a los anteriores, tal es así, que en el año de 1869 las Cortes promulgaron una nueva Constitución, la cual llegó a proclamar expresamente el principio de soberanía nacional e implícitamente el de la división de poderes, pero su rasgo más característico llegó a recaer en la especial atención prestada a los derechos individuales<sup>350</sup>.

En los últimos años del reinado de Isabel II, la educación no fue olvidada, pues existió una preocupación por la universidad, que se extendió a su vez a la primera enseñanza, produciéndose una fuerte intervención de los clérigos y religiosos en la instrucción pública. Con la Revolución de Septiembre se llega a decretar la más absoluta libertad de enseñanza, de tal modo, que hay un derecho del profesor de ejercer su profesión al margen de los establecimientos públicos. Aquí cabe resaltar que la concepción de libertad era diferente a la considerada por el moderantismo histórico, pues no sólo implicaba la libre creación de centros, sino también y primordialmente, el de la libertad de expresión dentro de la

---

<sup>348</sup> VIDAL FUEYO, María del Camino, *Constitución y extranjería*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, p. 30.

<sup>349</sup> *Ibidem*, p.31.

<sup>350</sup> TOMÁS VILLARROYA, Joaquín., *op .cit*, p. 85.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

enseñanza. Promulgada la libertad de enseñanza sobresale la figura del ministro Luis de Zorrilla, pues a través de sus circulares se ordenó a los gobernadores o directamente a las diputaciones y ayuntamientos que empleasen los medios necesarios para la ilustración del pueblo.

La descentralización de la enseñanza parecía el mejor modo, el camino más eficaz para llevar a cabo las reformas cifradas en el desarrollo y mejora de la instrucción pública y en el ejercicio real de la libertad de enseñanza<sup>351</sup>. Es por ello que en esta época se produce el rechazo hacia la centralización y al principio de uniformidad, defendiendo por el contrario la libertad de cátedra. En este sentido, PUELLES BENÍTEZ, rescata que, la libertad de cátedra, vista siempre desde un contexto liberal progresista “sería un antídoto frente a todo monopolio estatal y por tanto incluiría en su seno la libertad de creación de establecimientos docentes”,<sup>352</sup>.

Durante la Primera República, siendo ministro de Fomento Eduardo Chao, se acomete la tarea de reordenación de los estudios universitarios con el decreto del 2 de junio de 1873. Y es precisamente a través de dicho decreto, por el que se logra reconvertir los estudios filosóficos en verdaderos caminos para la emancipación de las ideas.

Posteriormente con un segundo decreto promulgado en 1873 se llegó a regular la enseñanza media. Sin embargo, los decretos de Eduardo Chao apenas llegaron a tener vigencia, aunque sirvieron de base para el posterior Proyecto de Ley de Instrucción Pública.

En cuanto al tema de extranjería, la Constitución de 1869, vino a ser el texto legal que recoge por vez primera los derechos atribuidos expresamente a los extranjeros, tal es así, que el artículo 25, entre otros artículo, establecía que “todo extranjero podrá establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria, o dedicarse a cualquier profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas”.

---

<sup>351</sup> CAPITÁN DIAZ, Alfonso, *op. cit.*, p. 278.

<sup>352</sup> DE PUELLES BENITEZ, Manuel, *Educación e ideología...*, *op. cit.* p. 89.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Un avance importante se da en el Proyecto de Constitución Federal de la República española de 1873, que extiende a todas las personas la titularidad de todos los derechos subjetivos reconocidos en su Título Preliminar<sup>353</sup>.

En definitiva, podemos decir que la Constitución de 1869 es considerada hoy como la primera Constitución Democrática de la historia española. Esto es debido a que en ella se consagraron con más amplitud los derechos individuales y políticos, y a su vez porque fue en ella donde se reconoció por primera vez, el sufragio universal masculino, el cual se torna importante si lo relacionamos con la idea de instrucción y por consiguiente con la idea de democracia<sup>354</sup>.

### **III.2.6) La Educación en la Constitución de 1876**

Un antecedente importante en la formación de dicha Constitución, lo tenemos en el Proyecto de Constitución Federal de la República Española de 1873, que constituyó el primer texto constitucional, que aunque no llegó a tener vigencia, encabezó la Constitución con un llamado “Código Fundamental” contenedor de una verdadera declaración de derechos, en cuya garantía engloba expresamente “todos los derechos naturales”, seguido del enunciado de los correspondientes derechos a la vida a la seguridad y libetas de pensamiento y conciencia, la difusión de las ideas por la enseñanza, de reunión y asociación de trabajo, de industria, comercio y crédito, de propiedad, el derecho de igualdad ante la ley, de ser jurado, juzgado, defendido libremente en juicio y en caso de caer en culpa o delito, a la corrección y a la purificación por medio de la pena entre otros derechos importantes. Así dicha termina la declaración definiendo estos derechos como “anteriores y superiores a toda legislación política”<sup>355</sup>.

---

<sup>353</sup> El Título Preliminar del Proyecto de Constitución de 1873 contenía el derecho a la libertad de enseñanza, el derecho de reunión y asociación, la igualdad ante la ley, el derecho a formar parte de un tribunal de jurados, así como el derecho a ser enjuiciado por dicho órgano judicial.

<sup>354</sup> QUINTANA DE UÑA; “La Política educativa en España entre 1850 y 1939”, *Revista de Educación*, Nº 240, sep-oct 1975, p.32.

<sup>355</sup> ULL PONT, Eugenio., “La protección de los derechos fundamentales”, *Introducción a los derechos fundamentales, X Jornadas de estudio*, Centro de publicaciones: secretaría general pública del Ministerio de Justicia, Volumen III, Madrid, 1988, p. 1899.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

La Constitución de 1876, por su larga vigencia, ocupa un lugar destacado en la historia del constitucionalismo español. Ha merecido la atención de numerosos estudios que con algunas diferencias de matiz la han valorado como la mejor expresión del proyecto canovista.<sup>356</sup> Dicha Carta Magna de carácter eminentemente conservador, se constituyó en una mezcla de dos constituciones, la moderada de 1845 y la liberal radical de 1869.

Siguiendo lo manifestado por MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, la Constitución de 1876, se presenta como una Carta Magna que vuelve a afirmar la condición de derecho fundamental de la libertad de enseñanza, aunque en el caso específico de la nueva carta ya no se trataba de un derecho ilimitado, es decir sin licencia, sino más bien de un derecho que se ejercía con “arreglo a las leyes”<sup>357</sup>.

A través de Cánovas se reflejó una clara negativa hacia la libertad de enseñanza de las universidades católicas, para combatir las ideas racionalistas y protestantes. Por otra parte, dejada a una ley especial la regulación de la instrucción pública, la educación volverá a sufrir de nuevo los vaivenes de la política<sup>358</sup>.

En el período del ministerio de Toreno, no se realizaron avances significativos, llegándose incluso a producir una inestabilidad en la enseñanza. Ya en 1884 Cánovas entregó el Ministerio de Fomento a Alejandro Pidal, quien “siguiendo la política de defender la libertad de enseñanza contra el Estado, a fin de favorecer la expansión de las órdenes religiosas dedicadas a la educación va a obtener del gobierno la aprobación del famoso decreto del 18 de agosto de 1885, por el que se fijan las reglas por las que habían de someterse los establecimientos libres de enseñanza,”<sup>359</sup> surgiendo así la figura del centro asimilado. De esta

---

<sup>356</sup> MARTÍNEZ DE VELASCO, Ángel y Otros, *Manual de historia de España siglo XIX*, Imprenta Nilo, Madrid, 1990, p. 322.

<sup>357</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, José Luís “La educación en la constitución española”, *Persona y derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y derechos humanos*, Nº 6, Universidad de Navarra, 1979, p.223.

<sup>358</sup> DE PUELLES BENÍTEZ, Manuel; *Educación e ideología...*, *op. cit*; p. 173.

<sup>359</sup> *Ibidem*, p. 182.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

manera, a través del decreto Pidal, se llegaron a regular las condiciones para la asimilación de los establecimientos libres a la enseñanza oficial.

El período transcurrido de 1885 a 1898 se constituye en materia educativa, en un período predominantemente liberal y contrario a las aspiraciones de la Iglesia. Durante los años de 1886 a 1890 se suceden en la cartera de Fomento varios ministros, destacando entre ellos Montero Ríos, quien llegó a convertirse en un ardiente defensor de la reordenación de la enseñanza privada.

La conciencia de “regeneración” surgió en España mucho antes de 1898, pero con la pérdida de las últimas colonias ultramarinas, aquel sentimiento enraizó en la vida nacional y se extendió a todos sus ámbitos,<sup>360</sup> enlazándose la cuestión social con la educación.

Con el regeneracionismo de 1898 se dio un sentimiento de rehabilitación por parte de los intelectuales y escritores de cierta elite de la clase política. Prendió en el alma hispana, a la vez que recreaba nuevos modelos de educación y cultura y otros modos de conducta tanto en lo individual como en lo social<sup>361</sup>.

En el año de 1917 sobresale la figura de Canalejas, produciéndose un firme intento por reducir el poder político que tenían las congregaciones religiosas. Ante la crisis general surgida ese mismo año, el sistema canovista decae, surgiendo así la figura del general Primo de Rivera, quien debido a la ausencia de libertades públicas se encontró con una hostil oposición por parte de los estudiantes e intelectuales de aquel momento.

La educación se convierte así, para los regeneracionistas en uno de los principales problemas a resolver, ya que la insuficiencia de escuelas y la situación deprimente de las universidades e institutos hacían necesario tomar medidas urgentes. Una de las principales reformas lo constituyó, la creación en el año de

---

<sup>360</sup> CAPITÁN DÍAZ, Alfonso, *op. cit.*, p. 302.

<sup>361</sup> *Ibidem* p. 299.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

1900 del Nuevo Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, en donde destacó García Alix, quien tuvo una actitud de defensa respecto a la enseñanza oficial.

La enseñanza oficial seguía constituyendo el foco de preocupación para los liberales, porque la escuela se revelaba como un reducto del clericalismo y como un vehículo del odio antiliberal. Por tal motivo durante el ministerio de Romanones, en el año de 1895, la religión fue convertida en una asignatura voluntaria produciéndose asimismo la transformación de los centros estatales de bachillerato en Institutos Generales y Técnicos. Finalmente la reforma de Romanones alcanzó a las universidades al producirse la independencia del profesorado y restablecerse la plena libertad de cátedra.

El largo período que abarca desde Romanones hasta la implantación de la dictadura del general Primo de Rivera llegó a constituirse en una etapa de inestabilidad política, sin embargo posteriormente fue aceptada por los conservadores la idea de una enseñanza primaria obligatoria.

En la época de la dictadura se produjeron fuertes medidas restrictivas, pues se restringió al máximo la libertad de enseñanza, y se encomendó una vigilancia exhaustiva, hacia las doctrinas ajenas a la unidad de la patria que pudieran haber sido expuestas por algunos profesores; hubo también una prohibición respecto a los libros de textos y un recorte de los escasos poderes autonómicos de los centros estatales.

Una de las causas de la caída de la dictadura la constituyó el Real Decreto-Ley del 19 de mayo de 1928 de Reforma Universitaria, pues dicho decreto desencadenó, un movimiento de protesta estudiantil contrario a la equiparación de los grandes colegios con las Universidades.

Con el advenimiento de la II República el servicio de la cultura fue atribución esencial del Estado y las viejas ideas del regeneracionismo costista sobre la



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

reforma de la educación en todos sus grados van a encontrar el momento adecuado para su realización<sup>362</sup>. Una de las principales y primeras regulaciones lo constituyó el bilingüismo en las escuelas catalanas, reformándose así el sistema vigente que obligaba a respetar la lengua materna de los estudiantes. La libertad religiosa constituyó uno de los postulados de avance de la República ya que en esta época se llegó a suprimir la obligatoriedad de la enseñanza religiosa.

Pero lo más característico de la política educativa del Gobierno Provisional fue, sin duda, su decidido planteamiento del déficit de escuelas primarias,<sup>363</sup> gracias al cual se llegó a crear un gran número de escuelas. Aunado a estos avances se llegaron a crear en dicho período escuelas normales mixtas para hombres y mujeres y se otorgó también una pre-autonomía a las universidades.

La política educativa de la dictadura del General Primo de Rivera comprendida desde el año de 1923 hasta el año de 1930, continuó la reforma de la instrucción pública por la calidad de la enseñanza. Buenas escuelas y mejores maestros, a costa del Estado y de los Ayuntamientos, eran en principio objetivos del nuevo régimen<sup>364</sup>.

Con la vigencia de la Constitución de 1876, la evolución de los derechos de los extranjeros sufre un giro radical, tal es así que los derechos expresamente reconocidos a los extranjeros fueron disminuyendo con respecto a los recogidos en textos anteriores. No obstante, la inviolación, de dicha constitución permitió a los extranjeros ejercer cualquier profesión, siempre que en su desempeño no se hubiere exigido por ley, título de aptitud expedidos por las autoridades competentes. Asimismo fue consagrado el derecho de todo extranjero a establecerse en territorio español y a ejercer en él su industria. Por lo tanto, una vez más los derechos de los extranjeros en el ámbito educativo fueron aplazados para su regulación en leyes posteriores.

---

<sup>362</sup> DE PUELLES BENÍTEZ, Manuel., *Educación e ideología*, op. cit, p. 262.

<sup>363</sup> *Ibidem*, p. 265.

<sup>364</sup> CAPITÁN DIAZ, Alfonso, op. cit, p. 315.

### **III.2.7) La educación en la Constitución de 1931**

La Constitución de 1931 fue el texto que más se ocupó de los problemas de la educación, llegando a recoger como ninguna otra ley de leyes la tradición liberal en educación a la que se suma la ya existente tradición socialista.<sup>365</sup> Dicha constitución trató de consolidar un proceso de secularización y se encontró con el rechazo de la jerarquización de la Iglesia Católica española quien afirmaba que a ésta le correspondía el derecho de enseñar, y a los padres el derecho a elegir el centro docente conveniente para la educación de sus hijos.

La Constitución recoge diferentes aspectos sobre el tema educativo que sintéticamente se pueden resumir en la defensa de la escuela unificada, del laicismo escolar y de la autonomía de nacionalidades y regiones en el campo educativo,<sup>366</sup> llegándose también a regular la gratuidad y obligatoriedad de la enseñanza primaria así como el reconocimiento de la libertad de cátedra.

Por ello vemos que el artículo 48 del texto constitucional proclamaba como deber del Estado el de “facilitar a los españoles económicamente necesitados el acceso a todos los grados de la enseñanza, a fin de que no se halle condicionado más que por la aptitud y la vocación”, declarando también como “atribución esencial del Estado el servicio de la cultura”. El Estado según dicha constitución era el que se encargaba del servicio de la cultura, reconociéndose y garantizándose la libertad de cátedra, como el derecho de la Iglesia católica de enseñar sus respectivas doctrinas tal como lo estableció el artículo 48 de la C.E, en el que también se hacía hincapié como se desprende del articulado a las ayudas económicas que recibirían los más necesitados. La cultura aparece así, como la función primordial del estado, que debe extenderla a toda la población,

---

<sup>365</sup> DE PUELLES BENÍTEZ, Manuel., Educación e ideología..., *op.cit*; p. 271.

<sup>366</sup> PEREZ GALÁN, Marino, “La constitución de la II república y el tema educativo”, *Revista de Cuadernos de pedagogía*, Nº 46, octubre 1978, p. 4.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

independientemente de las diferencias económicas de los individuos y respetando la libertad total de los enseñantes<sup>367</sup>.

En el año 1931 Alcalá Zamora fue elegido presidente de la República, llegando a ser Manuel Azaña su presidente de gobierno y ministro de Guerra. En este punto podemos observar que aunque la instrucción pública progresara como objeto prioritario del gobierno republicano, los cambios fundamentales no llegaron a ser tales. Así pues la decepción y la falta de confianza se hicieron notar<sup>368</sup>.

Disueltas las Cortes en 1933, se produjo la consiguiente convocatoria a elecciones generales, dándose el triunfo a la coalición formada por los radicales de Lerroux y por los católicos de la CEDA de Gil Robles. El período de 1933 constituyó el período de la contrarreforma educativa y los avances alcanzados hasta esa fecha sufren un retroceso importante, tal es así, que se prohibió la coeducación de los hombres y mujeres y se terminó asimismo con la autonomía catalana en materia de enseñanza.

Destacado fue el plan del ministro salmantino de Instrucción Pública Filiberto Villalobos quien se encargó de estructurar el bachillerato en siete cursos, dividido en dos ciclos, dedicado el primero a la enseñanza general y el segundo a una mayor profundidad activa de las disciplinas.

Disueltas las Cortes y convocadas las elecciones en 1936, el Frente Popular, como en tantos otros aspectos de la política del país, incluyó dentro de su programa educativo la Educación y la Cultura, recogiendo con especial preocupación la recuperación del ritmo inicial de las construcciones escolares, el control de la enseñanza privada, el impulso de la enseñanza media y profesional y la concentración de la enseñanza universitaria.

En definitiva, podemos decir que es con la Constitución de 1931, donde observamos que hubo un reconocimiento expreso a favor de los extranjeros,

---

<sup>367</sup> SOLÉ TURA, Jordi y Otros, *op.cit.*, p.102.

<sup>368</sup> CAPITÁN DIAZ, Alfonso, *op. cit.*, p. 338.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

reconociéndose así el derecho a no ser detenido sino por causa de delito (artículo 29), el derecho a la inviolabilidad de domicilio (artículo 31), la libertad de industria y de comercio (artículo 33) y la libertad de expresión (artículo 34). Llegando a ser éste último derecho importante, por estar colisionado como ya lo hemos mencionado con el denominado derecho a la instrucción. Sin embargo, dicha época constituyó el recrudecimiento del control administrativo sobre los no nacionales, lo cual se puso de manifiesto en el Decreto del 4 de octubre de 1935 que fue sustituido posteriormente por el decreto 522/1974 del 14 de febrero.

### **III.2.8) La Educación durante la guerra civil**

En el año de 1936 al estallar la guerra civil, la educación fue transformada ineludiblemente en un instrumento ideológico. La nueva política educativa se tiñó de un carácter revolucionario, llegando a adquirir el proletariado y el campesinado, un carácter protagónico en cuanto a nuevos destinatarios de la educación.

La alianza del Régimen Franquista con la Iglesia Católica se hizo patente durante la guerra civil, llegando a adquirir la Iglesia Católica como consecuencia de dicha unión, el monopolio exclusivo de la libertad de enseñanza, pues se creía que la educación correspondía a la familia y a la Iglesia y que debía de evitarse todo monopolio educativo por parte del Estado, reconociéndole a la iglesia derechos de orden sobrenatural.

La educación durante el régimen franquista, disfrutó de un carácter residual, con lo que no se aseguró el principio de igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos, con independencia de su condición y clase social. Y en lo que respecta a la libertad de enseñanza, ésta respondía al clásico esquema de un régimen autoritario. Así, el artículo 12 del Fuero de los Españoles de 1945, limitaba la libre expresión de las ideas al respeto a los denominados “*principios fundamentales del Estado*” y el artículo 33 señalaba también con carácter general, que el ejercicio de los derechos no podía atentar a la llamada “unidad espiritual nacional y social de España”<sup>369</sup>.

---

<sup>369</sup> DE ESTEBAN ALONSO, Jorge y Otro, *Curso de derecho constitucional español II*, Universidad Complutense, Madrid, 1993, p. 207.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

En 1951, se produce el nombramiento como ministro de Joaquín Ruiz Giménez, manteniéndose la confesionalidad de la enseñanza y la preocupación por garantizar la formación intelectual de los altos ideales de la fe católica y de la patria quedando la inspección a cargo del Estado.

Uno de los mayores triunfos del Nuevo Estado, lo constituyó el Concordato del 27 de agosto de 1953, pues suponía el reconocimiento del régimen, por la Santa Sede y, por lo tanto la legitimación exterior, sin reserva alguna, suministrada por la Iglesia Católica. De esta manera la Iglesia Católica española obtuvo las bases firmes para confirmar su papel preponderante en materia de educación.

La década de los años cincuenta representó el comienzo del intervencionismo del Estado en el campo de la educación, y ya en la década de los años sesenta, “se dispone por vez primera, que la enseñanza primaria será gratuita, aunque parece establecerse una prioridad de la gratuidad de los centros estatales sobre la de los centros no estatales. Debe recordarse que el artículo 13 de la ley de 1945 solo establecía que la educación primaria oficial era gratuita. Ahora la modificación de este artículo es la siguiente:”*Todo español o extranjero residente en España tiene derecho a recibir educación primaria gratuita desde los seis años a los catorce.*” Y a continuación en un párrafo aparte, se indica “*a este fin, el Estado creará y mantendrá el número suficiente de puestos escolares y garantizará en su caso, la gratuidad y asistencia a centros no estatales mediante subvenciones o becas.*” Tales palabras permiten mantener la hipótesis de que el Estado se obliga a atender la gratuidad de los centros públicos en primer lugar y, posteriormente, la de los centros privados<sup>370</sup>. Es aquí precisamente donde nos encontramos con una clara mención acerca de los derechos educativos de los extranjeros, reconociéndosele derechos al extranjero residente y reservándose su reconocimiento a aquello que no fueran residentes, teniendo en cuenta además que se hacía referencia a una gratuidad dirigida exclusivamente para los centros estatales.

En el año de 1968 Villar Palasí tomó posesión de la cartera de Educación y Ciencias y se dio a conocer por la famosa Ley Villar. Villar Palasí abordó el problema universitario reconociendo que el mismo era una cuestión derivada de

---

<sup>370</sup> DE PUELLES BENÍTEZ, Manuel, Educación e ideología..., *op. cit* , p. 332.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

los graves defectos del sistema educativo español, no contento con abordar este punto Villar Palasí, afrontó además la reforma estructural de todo el sistema educativo a través del Libro Blanco, el cual supuso un gran logro, al fundamentar las bases de reforma del sistema educativo. El Libro Blanco se constituyó así en un documento de reforma, pues se hacía necesario adaptar la antigua Ley Moyano (que hasta ese entonces seguía rigiendo el sistema educativo) a las nuevas necesidades sociales. De esta manera el Libro Blanco se constituyó denunciando los graves defectos existentes en el sistema educativo, tratando a su vez de proponer las posibles soluciones legales a los problemas de discriminación y desigualdad que existían en la base del sistema educativo<sup>371</sup>.

Ya en el año de 1969 se elaboró, el proyecto de la Ley General de Educación y de Financiamiento de la Reforma Educativa, la cual adoptó el principio de la “gratuidad obligatoria”. Posteriormente en 1970 se da la Ley General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa<sup>372</sup>, que tuvo como objetivo fundamental la reforma del sistema educativo, vista básicamente desde una ordenación del sistema educativo basado en la Educación General Básica. Siendo la aspiración generalizada, la de democratizar la enseñanza contraria a un estilo clasista de épocas anteriores.

Los principios generales en que había de basarse la reforma abogaban por el reconocimiento del derecho de todos los ciudadanos a una educación general básica obligatoria y gratuita, unificada para todos los españoles de seis a catorce años. De esta manera, se concebía la educación como un proceso permanente al cual se habría de acceder, no sólo a través del sistema reglado, sino incluso más allá de él y fuera de él<sup>373</sup>. Así, el artículo 2.2 de la referida ley no solo se limitó a reconocer el derecho a la educación general básica obligatoria a todos los españoles, sino que también este derecho fue extendido a todos los extranjeros

---

<sup>371</sup> *Ibidem.*, p.41.

<sup>372</sup> Según el Preámbulo de la ley general de educación de 1970 “El sentido y alcance de la ley se encuentra en la gran tarea que asume la reforma del sistema educativo cual es el de proporcionar oportunidades educativas a la totalidad de la población para dar así plena efectividad al derecho de toda persona humana a la Educación y atender a la preparación especializada del gran número y diversidad de profesionales que requiere la sociedad moderna”.

<sup>373</sup> ESCOLANO BENITO, Agustín., *La educación en la España contemporánea (Políticas Educativas, Escolarización y Culturas Pedagógicas)*, Biblioteca Nueva, S. L., Madrid, 2002, p. 170.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

residentes en España, abarcando a su vez para estos últimos el derecho a una formación profesional del primer grado<sup>374</sup>.

La autonomía de las universidades será otra de las innovaciones importantes de la ley, al igual que la modernización de la Administración educativa<sup>375</sup>. Sin embargo a pesar de las innovaciones “la ley nació en un contexto autoritario que hacía inviable la participación de todos los elementos que integran el sistema educativo”<sup>376</sup>. En definitiva la Ley General de 1970 es considerada a estas alturas como el primer paso a una política educativa democrática y progresista en la España Contemporánea<sup>377</sup>.

Tras la guerra civil se mantuvieron formalmente en vigor la mayor parte de los textos que en materia de extranjería se habían elaborado en el período republicano, pero se refuerzan notablemente las facultades de la autoridad gubernativa en relación con el control y sanción de los extranjeros<sup>378</sup>. En el aspecto educativo, solo fue posible obtener como ya se ha visto, un reconocimiento preciso dirigido especialmente para aquellas personas extranjeras que estuvieran en posesión de la residencia respectiva.

El fenómeno de la transición no ha sido sólo un cambio de régimen político, sino también un cambio rotundo de la sociedad española que ha encontrado en un nuevo sistema político los cauces adecuados para las necesidades de desarrollo. Después de cuarenta años de dictadura España retoma una vez más el viejo sueño de progreso, cultura, modernidad y libertad. Ante las constantes tensiones, se produce una inestabilidad gubernamental, no impidiendo tales hechos el logro del consenso constitucional en educación, solo en la Constitución de 1978.

---

<sup>374</sup> “Ley General de Educación” en Ley general de educación y financiamiento de la reforma educativa y disposiciones complementarias, Colección compilaciones, Ministerio de Educación, Madrid, 1973, p.35

<sup>375</sup> DE PUELLES BENÍTEZ, Manuel; Educación e ideología..., op, cit; p. 360.

<sup>376</sup> *Ibidem*, p.361.

<sup>377</sup> CAPITÁN DIAZ, Alfonso, *op.cit*; p. 366.

<sup>378</sup> VIDAL FUEYO, María del Camino; *op.cit*, p. 34.

Uno de los grandes temas olvidados en medio de la preocupación por establecer una educación obligatoria dentro de la denominada Educación General Básica lo constituyó el problema de la calidad de la enseñanza. Dicho problema fue posteriormente solucionado a través de los denominados Pactos de Moncloa de 1977, que implicaron un enorme esfuerzo para escolarizar a todos los alumnos hasta los 14 años.

### **III.3) Análisis jurídico constitucional del derecho a la educación de los extranjeros inmigrantes**

Para abordar el ámbito jurídico constitucional del derecho a la educación de los extranjeros inmigrantes se hace necesario un estudio preliminar del principal articulado efectuado en relación al derecho educativo, así como también del articulado referente a los derechos que tienen los extranjeros en España. Efectivamente, solo a través de esta necesaria relación del artículo 27, que prescribe el derecho a la educación, con el artículo 13, que proclama los derechos de los extranjeros, podremos llegar a establecer el correcto alcance que tiene este derecho educativo con respecto a los extranjeros inmigrantes. No debiendo olvidar en esta tarea, que hemos de tener en cuenta los debates parlamentarios que precedieron a la aprobación del artículo 27, así como también los principales pronunciamientos del Tribunal Constitucional efectuados en materia de extranjería.

#### **III.3.1) Principales debates parlamentarios referentes al derecho educativo**

El marco histórico de los debates parlamentarios efectuados en materia de educación, estuvo caracterizado por una etapa en la que España atravesaba grandes cambios sociales y políticos. En este período se vislumbraba también, un nuevo desarrollo industrial que permitió indefectiblemente a España dejar de ser el país agrario que había sido durante mucho tiempo para convertirse en un país industrial, apto para ingresar en la Unión Europea.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Sin embargo, a pesar de los grandes logros alcanzados a nivel industrial, no fue posible observar en ella una ruptura definitiva respecto a las viejas ideologías políticas imperantes en su pasado inmediato. En este sentido afirma DE PUELLES BENÍTEZ que la transición política fue el producto de un difícil equilibrio entre las diferentes posiciones y los diferentes actores que en ella tuvieron lugar<sup>379</sup>. De esta manera al existir nuevamente diversas posiciones e ideologías entre los diferentes partidos y actores en el poder, la educación se pone otra vez en el punto de mira de las controversias en cuanto a su nueva forma de configuración.

Después de tensos debates, gracias al esfuerzo de las diferentes fuerzas políticas por llegar a un acuerdo en las diversas materias sometidas a debate, fue posible llegar finalmente, a un cierto consenso. De este modo el tema educativo que había sido discutido por diferentes comisiones fue incluido en el artículo 27 de la Constitución Española. Esta norma constitucional contiene la orientación política del sistema educativo, los grandes principios ideológicos aceptados como valores básicos, aunque fue obvio percibir en ella que las políticas educativas de los distintos grupos políticos pretendían acentuar unas líneas ideológicas sobre otras<sup>380</sup>.

Es válido destacar que el consenso efectuado en materia de educación ha sido el producto de una complicada negociación entre dos vertientes ideológicas. Por un lado nos encontramos con la vertiente de los derechos y por otra con la vertiente de las libertades, en otras palabras nos encontramos con que el artículo 27 contiene el principio de igualdad y el de la libertad de educación. Ello se explica indudablemente debido a las ideologías imperantes durante la etapa de formación del denominado precepto. Así mientras el partido izquierdista ponía énfasis en el principio de igualdad y por lo tanto en el derecho a la educación y en la participación e intervención en la comunidad, nos encontramos con que el

---

<sup>379</sup> DE PUELLES BENÍTEZ, Manuel; Educación e ideología..., *op. cit.*; p. 395.

<sup>380</sup> *Ibidem*; p.396.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

partido conservador ponía todo el énfasis en el principio de libertad centrado en la creación de los centros privados<sup>381</sup>.

Ahora bien, si observamos detenidamente el contenido del artículo 27 de la Constitución Española, se hace evidente que dentro de ella podemos encontrar una consagración de derechos diversos. Así mientras unos consagran derechos como los contenidos en los apartados 3 y 6, otros establecen deberes; como la obligatoriedad en la enseñanza básica. Si el apartado 4 consagra un derecho de prestación como lo es el de la gratuidad de la enseñanza, podemos encontrarnos con que el apartado 8 contiene una atribución de los poderes públicos y el apartado 9 a su vez contiene un mandato al legislador. Con lo cual queda demostrado que el artículo 27 contiene un conjunto de derechos educativos de diversa naturaleza. No obstante cabe tener en consideración, el juicio efectuado por el Tribunal Constitucional en la STC 86/1985 de 10 de julio, donde se señala que a pesar de que existe una naturaleza diversa entre los diferentes preceptos educativos, no debe olvidarse que entre ellos media una estrecha conexión, lo cual autoriza a hablar del derecho de todos a la educación como una expresión omnicomprendiva.

En lo que concierne al desarrollo de los trabajos preparatorios y a los debates parlamentarios efectuados en torno al derecho educativo, pondremos un especial interés en aquellos que han hecho hincapié en el principio de igualdad. Ello, con el fin de conectar posteriormente este principio con el tema de extranjería.

Así, nos encontramos con que el derecho a la educación, estudiado en su sentido estricto, se encuentra formulado en el apartado 1 del artículo 27 de la Constitución Española de 1978 y ésta ha permanecido sin variación a lo largo de toda su elaboración, con excepción de la etapa en la que se dio el informe de la Ponencia del Congreso, en la cual se consideró a la educación con el doble

---

<sup>381</sup> DE PUELLES BENÍTEZ, Manuel; *Diez años de educación en España (1978-1988)* Tomo V, Anales del centro Alzira, UNED, Madrid, 1989, p.60.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

carácter de derecho y de deber, aspecto que luego desapareció en las posteriores formulaciones.

Siendo el artículo 27 producto del acuerdo de las diversas fuerzas políticas que intervinieron en el pacto educativo su formulación en cuanto al apartado 1 no generó problema alguno, siendo aceptada la misma de forma unánime. Sin embargo, más tarde surge la inquietud entre los diversos pensadores de la época de querer incluir el principio de igualdad dentro de lo estipulado en el artículo 27. De este modo, XIRINACS DAMIANS, propuso que se le añadiese al artículo la expresión “(...) en igualdad de condiciones”. En ese mismo sentido, el señor ZARAZAGA, senador independiente, propuso lo siguiente: “Todos los ciudadanos tienen derecho a la educación en plenas condiciones de igualdad”.

Pues bien, en lo que concierne al apartado 5 del artículo 27, referente a la garantía del derecho a la educación mediante la programación de la enseñanza y la creación de centros docentes por el Estado, también encontramos en el borrador del Anteproyecto una alusión expresa a la igualdad. Tal es así, que el apartado 5 proclama que “Los poderes públicos garantizan en condiciones de igualdad, el acceso de todos a la enseñanza mediante una programación general de la educación y de las instituciones docentes de todos los niveles”<sup>382</sup>.

Teniendo en cuenta lo ya proclamado por el Anteproyecto, no podemos dejar de lado las enmiendas parlamentarias, efectuadas a favor de la inclusión en el texto del artículo del término “igualdad de condiciones”. En efecto, la señora FERNÁNDEZ ESPAÑA, diputada perteneciente a la Alianza Popular, solicitó una enmienda para que el apartado 5 del artículo 27 quedara redactado en la siguiente forma: “Los poderes públicos garantizarán, en condiciones de igualdad, el acceso de todos a la educación (...)”. Vistas las propuestas efectuadas, finalmente éstas no prosperaron, ello debido a la estrecha interrelación existente entre el artículo 27 con el artículo 14, lo cual no permitía esas desigualdades<sup>383</sup>.

---

<sup>382</sup> TRAVERSO, Juan Damián., “*Educación y constitución*”, *op. cit.*, p. 435

<sup>383</sup> MARTÍNEZ BLANCO, Antoni., *La Interpretación de la Constitución en materia de Enseñanza y Problemas del Estatuto de Centros Escolares*; Murcia, 1982, p. 136.

Abordando el tema de las prestaciones del Estado, GARCÍA NAVARRO manifestó en el Pleno del Senado, que la programación de la enseñanza supone la garantía que brindan los poderes públicos de que el número de plazas escolares sea suficiente para la satisfacción de este derecho. Siendo la obligación del Estado la de crear centros docentes para hacer efectivo el mencionado derecho, estando implícita la necesidad de que, el número de centros sea suficiente para cumplir con la obligatoriedad y la gratuidad en los centros de enseñanza. Sin embargo, la garantía del derecho de todos a la educación va más allá, abarcando también los restantes ciclos de todo el proceso educativo<sup>384</sup>.

De otra parte, en cuanto al tema de la gratuidad de la enseñanza en los centros no estatales, nos encontramos con que SILVA MUÑOZ, representante del grupo parlamentario de Alianza Popular, manifestó que existe un doble fundamento de la gratuidad y obligatoriedad de la educación. En primer lugar, la gratuidad se justifica por ser el medio más idóneo para facilitar a todos el ejercicio de su derecho y el cumplimiento del deber de recibir una educación obligatoria en los niveles básicos, y además asequible en los demás niveles, en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos. En segundo lugar manifiesta que ésta se justifica también “por ser el medio indispensable para que todos los padres de familia, aún los de economía más modesta y los de familia numerosas puedan elegir los centros, según sus convicciones y creencias”<sup>385</sup>. Este punto debatido se transforma, de una manera u otra, en un elemento importante a tener en cuenta. Pues, si queremos reconocer los derechos educativos a los extranjeros inmigrantes en España, debemos de empezar por reconocer sus principales necesidades educativas, lo cual solo será posible, si se hace efectivo el derecho a la gratuidad de la enseñanza. Sólo de este modo podremos hacer posible una educación para todos ya sean nacionales o extranjeros. Y también aspirar a que ella se haga en una efectiva igualdad de condiciones.

---

<sup>384</sup> *Ibidem*, p.432 y 433.

<sup>385</sup> *Ibidem*, pp.145 y 146.

**III.3.2) Antecedentes del precepto constitucional de extranjería**

Escasa y poco efectiva ha sido la normativa desarrollada en España respecto al estatuto de extranjería. De ella, como ya hemos visto, sobresalió el Real Decreto de 1852, el cual tuvo una vigencia relativamente mediana, llegándose a establecer gracias a ella, el denominado Fuero de extranjería. Paulatinamente, con el transcurso del tiempo las leyes españolas, han reconocido el pleno goce de los derechos civiles a los extranjeros ubicados en el territorio español. Tal es así que, tanto el artículo 27 del Código Civil, como el artículo 15 del Código de Comercio, admiten actualmente una equiparación de los extranjeros a los españoles “subordinando, respectivamente el ejercicio de los derechos civiles y de comercio en España, a lo dispuesto en las leyes especiales y en los tratados o Convenios”<sup>386</sup> que vinculan a España.

Sin embargo, a pesar del reconocimiento de ciertos derechos a los extranjeros, aún no se había desarrollado una norma o conjunto de normas que regulasen de forma genérica el estatuto de los extranjeros en España. La Constitución española de 1978, de alguna manera, viene a llenar este vacío, proclamando así de forma genérica en su artículo 13 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”.

De esta manera, se puede observar que a través de dicho artículo se ha reconocido a los extranjeros el pleno goce de los derechos y libertades fundamentales establecidos en el Título I del texto constitucional español, reconociéndose entre ellos como es evidente el denominado derecho a la educación. De este modo, no debemos olvidar que dicho reconocimiento, según el artículo 13 de la Constitución Española, habrá de estar condicionado por lo dispuesto en los tratados y en la ley respectiva.

El desarrollo legislativo por el que ha atravesado el artículo 13 de la Constitución Española ha sido muy complejo y variado. Diversos han sido los

---

<sup>386</sup> ESPULGUES MOTA, Carlos y Otros., *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España (Análisis de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su Integración Social)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.39 y ss.

debates parlamentarios y los cambios y giros que han sufrido algunos postulados y principios. Se puede decir que ya desde el momento en que fue redactada la Constitución subsistía una opinión lo suficientemente generalizada tendente a considerar a un determinado sector de extranjeros como un potencial problema para el Estado; opinión ésta que se veía reforzada por la situación geográfica en la que se encontraba España, como puente entre dos mundos, económica y culturalmente distintos. Por otra parte, aún estaba reciente el Decreto 522/1974, de 14 de febrero, el cual llegó a constituirse en un instrumento jurídico de absoluta arbitrariedad en materia de extranjería.<sup>387</sup> Es precisamente en este contexto donde se efectúan los debates parlamentarios que dieron lugar al actual artículo 13 de la Constitución Española.

Así, el Anteproyecto de la Constitución de 1978<sup>388</sup>, elaborado por la Ponencia elegida en el seno de la Comisión Constitucional, hacía referencia en los apartados primero y segundo de su artículo 12, a la posición jurídica del extranjero, estableciendo que:

1. *“La condición jurídica del extranjero se regulará por la Ley y por los tratados, atendiendo siempre al principio de efectiva reciprocidad. Solamente los españoles serán titulares de derechos políticos.*
2. *Los extranjeros residentes en España gozarán de las libertades públicas del presente título, en los términos que la Ley establezca”.*

De los anteriores apartados es posible desprender la especial importancia otorgada a la ley y a los tratados internacionales puesto que, la configuración jurídica del régimen de extranjería quedó delimitada inicialmente por éstos. Sin embargo, no debe de olvidarse que el legislador debía de atenerse tanto en el momento de legislar, como en el de dar su consentimiento a un instrumento internacional, como lo fue el principio de efectiva reciprocidad<sup>389</sup>.

---

<sup>387</sup> VIDAL FUEYO, María del Camino, *op. cit.*; p. 36.

<sup>388</sup> Diario de sesiones del congreso, de 5 de enero de 1978, Nº.44, p.671.

<sup>389</sup> SAGARRA I TRIAS, Eduard, *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España: Protección jurisdiccional y garantías*, Bosch, Barcelona, 1991, p. 24 y 25.

También es preciso destacar de dicho anteproyecto el aspecto restrictivo que denotaba el apartado 2 del artículo 12. Dicha restricción se expresaba al establecer el precepto una diferencia entre los extranjeros residentes y los extranjeros no residentes, ya que según dicho apartado solamente los extranjeros residentes podrían gozar de los derechos y libertades reconocidos, protegidos y tutelados por la Constitución Española. Cabe asimismo hacer notar que fue precisamente en el anteproyecto constitucional donde se hizo la primera mención de la expresión “libertades públicas”, expresión que más tarde fue también utilizada por la actual Carta Magna.

Posteriormente fueron presentadas varias enmiendas tendentes a la supresión del término “efectiva reciprocidad”, la cual estaba prescrita en el apartado 1 del artículo 12. Dichas enmiendas tenían por finalidad eliminar el rigor que suponía supeditar la configuración del régimen de extranjería a la efectiva reciprocidad, todo ello por las graves dificultades que podría plantear en el futuro su prueba ante cualquier instancia o tribunal<sup>390</sup>.

#### **A) La Ponencia**

En esta etapa, la ponencia, teniendo en cuenta el número elevado de enmiendas que habían sido presentadas, suprimió la referencia al principio de la reciprocidad, quedando redactado el artículo 12.1 de la siguiente manera

“La condición del extranjero se regulará por la ley y por los tratados. Solamente los españoles serán titulares de derechos políticos”.

#### **B) La Comisión**

Y en este momento del iter parlamentario” cabe resaltar la importancia de la enmienda presentada por el diputado socialista Peces Barba. Dicha enmienda fue importante porque defendió la supresión definitiva del término **residentes** del segundo párrafo del artículo 12, ya que este diputado consideraba que dicho artículo contradecía lo establecido por el artículo 14 de la Convención Europea de

---

<sup>390</sup> *Ibidem*; p. 25.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Derechos Humanos, en el cual se garantiza a todos, sin distinción, el goce de los derechos reconocidos en dicha Convención<sup>391</sup>. Como consecuencia de dicha contradicción, se formuló una nueva redacción para el artículo 12.2, la cual llegó a establecer que “Los extranjeros gozarán de las libertades públicas del presente título en los términos que la ley establezca”.

El dictamen de la Comisión se elevó al Pleno del Congreso que aprobó el texto propuesto por la ponencia sin incluir en ella ninguna modificación. Presentándose asimismo, igual situación en el Pleno del Senado donde tampoco se llegó a producirse ninguna modificación. Por lo antes señalado fue necesario, la presentación del dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado para dar por concluida la redacción del artículo 13.1, el cual quedó redactado de la forma que hoy conocemos.<sup>392</sup> Introduciéndose asimismo un segundo apartado, en el cual se hacía referencia a los derechos políticos contenidos en el artículo 23 de la Constitución Española.

### **III.4) El derecho a la educación de los extranjeros inmigrantes en la Constitución Española de 1978**

El análisis del derecho educativo de los extranjeros inmigrantes, no es un tema que pueda delimitarse con facilidad. Implica, en primer lugar, efectuar un análisis de la normativa constitucional referente al derecho a la educación, que en el caso concreto que interesa, nos referimos al derecho a la educación *strictu sensu*, es decir al apartado 1 del artículo 27 de la C.E. Esto no sin antes conocer la verdadera naturaleza jurídica, el contenido, así como los límites y las garantías constitucionales que ella tiene en su desarrollo. En segundo lugar, se hace necesario conectar el precepto constitucional referente a los derechos que tienen los extranjeros en España establecido en el artículo 13 de la Constitución española con el correspondiente artículo referente al derecho a la educación. En este mismo sentido y atendiendo a una mejor extensión de los derechos de los

---

<sup>391</sup> Diario de Sesiones del Congreso, 17 de mayo de 1978, número 68, p.2419.

<sup>392</sup> Boletín Oficial de las Cortes, número 170, 28 de Octubre de 1978.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

extranjeros, no debemos olvidar los necesarios enlaces normativos constitucionales que acompañan tanto a los preceptos constitucionales del derecho a la Educación como al tema referente al de la Extranjería.

### **III.5) Naturaleza jurídica del derecho a la educación**

Para adentrarnos al conocimiento del derecho educativo que tienen los extranjeros inmigrantes en España, es preciso tener un conocimiento previo de la verdadera naturaleza jurídica que tiene este derecho en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, tratar el tema de la naturaleza jurídica del derecho a la educación, se torna algo complejo cuando nos referimos al sistema de su ubicación que el constituyente lo ha colocado en el Capítulo segundo del título primero de la Constitución, insertando este derecho junto a la mayor parte de libertades públicas y derechos individuales. Así, es posible observar el derecho a la libertad de enseñanza y a la libertad de creación de centros que se encuentran incluidos en el ámbito de los derechos de libertad conjuntamente con otros derechos que corresponden a la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales.

La distinta obligación que imponen unos y otros derechos al poder público conlleva necesariamente que su protección deba ser distinta. De tal modo que “Las libertades públicas suponen la determinación de un ámbito de libertad, imponiendo al poder público una obligación negativa de abstención, en cambio los del segundo tipo imponen, por lo general una obligación de hacer al poder público, ya que exigen medidas positivas para convertir en realidad y dar contenido a estos derechos<sup>393</sup>.”

Varios autores han criticado la inclusión de este derecho junto a las denominadas libertades públicas y derechos individuales. Otros sectores doctrinales, en cambio, han considerado que dicho articulado constitucional referente a la educación, ha significado el abandono de la concepción clásica de la educación, es decir el abandono asistencial prestado por los poderes públicos, y ha significado a su vez el inicio de una nueva configuración de este derecho

---

<sup>393</sup> Cabe mencionar la STC 86/1985 en donde el Alto Tribunal resalta que el derecho a la educación es una expresión omnicompreensiva y liminar, que engloba su doble naturaleza de libertad y derecho de prestación.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

como una prestación constitucionalmente exigible a los poderes públicos, en el ámbito de los derechos de primera generación.

En este sentido, MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ nos dice que el derecho a la educación “no solo entraña las facultades de una libertad de hacer o de no hacer o de cómo hacer, sino también y sobre todo un poder de exigir a otros unas prestaciones positivas dirigidas a producir el resultado de la instrucción educativa”. Así mismo continúa diciendo que “El derecho a la educación no es una mera libertad “negativa”, sino que constituye en este sentido una libertad “positiva” que se descompone en una serie de derechos frente a los particulares y a los poderes públicos, obligados a ciertas prestaciones de dar o hacer”<sup>394</sup>.

Efectivamente, no podemos hablar de libertades públicas en su sentido originario, es decir frente al poder público, cuando nos referimos a la naturaleza y a la estructura del derecho a la educación, porque según su estructura lógica y jurídica se encuentra en contraposición con los derechos de libertad típicamente individuales<sup>395</sup>. Como es de conocimiento dicho articulado educativo, por su estructura de derecho social no debió haber sido colocado por el legislador constituyente junto a los denominados derechos individuales<sup>396</sup>. Sin embargo, dicha ubicación en una misma sección constitucional, se justifica por la mayor protección y garantías jurídicas que el Estado otorga a todos los derechos ubicados en esta primera sección constitucional, todo ello dada la importancia y magnitud de estos derechos. Entre dichas garantías jurídicas, al igual que a todo el núcleo duro de los derechos fundamentales, le corresponden:

- a) Vinculación directa a todos los poderes públicos, y por ello aplicación directa por los jueces y tribunales ordinarios (artículo 53.1 y 9.1 de la CE).
- b) Vías de recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (Artículo 161.1.a de la CE ) y cuestión de inconstitucionalidad (Artículo 163 de la CE)

---

<sup>394</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, José Luis; “La educación en la constitución española”, *op.cit.*, p.37.

<sup>395</sup> NOGUEIRA, Rosario, *Principios constitucionales del sistema educativo español*, Centro de publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1988, p. 95.

<sup>396</sup> Veáse RUBIO LLORENTE, Francisco., “La Constitución como fuente de derecho”, *La Forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p.91.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

- c) Desarrollo por Ley Orgánica (Artículo 81.1 de la CE)
- d) Sistema de reforma agravado recogido en el artículo 168 CE.
- e) Protección Judicial Ordinaria y en su caso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (Artículo 53.2 de la CE)<sup>397</sup>.

Dados los medios materiales y humanos existentes y las garantías de financiación de un servicio estable, no ha habido imprudencia en la voluntad del legislador constituyente de dotar de la máxima garantía a tan trascendental derecho, ni su ubicación en la sección 1ª del capítulo 2 del Título I admite duda alguna sobre su naturaleza jurídica y su eficacia<sup>398</sup>. La tradicional pugna histórica entre el papel subsidiario del Estado dentro de la enseñanza frente al carácter primario de la iniciativa privada, se ha visto superada por la configuración y la importancia que el constituyente de 1978 ha concedido al Estado de nuestros días<sup>399</sup>.

### **III.6) Contenido del derecho a la educación**

Al tratar el tema del contenido del derecho a la educación de los extranjeros inmigrantes se hace indispensable tomar como base la diversa clasificación efectuada por la doctrina respecto al contenido del derecho a la educación en su formulación general.

Respecto al contenido del derecho a la educación se considera que esta tiene un carácter omnicomprensivo y liminar que abraza una doble naturaleza, de derecho de libertad y de derecho de prestación, razón por la cual necesita concretarse mediante otros derechos más específicos a los que se refieren tanto nuestro artículo 27 como los Tratados Internacionales suscritos por España<sup>400</sup>.

---

<sup>397</sup> Para mayor abundamiento veáse, FIGUERUELO BURRIEZA, Ángel, “Los derechos fundamentales en el Estado Social y su eficacia en las relaciones privadas”, *Memorias del Congreso Internacional sobre Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídica: perspectivas para el próximo milenio*, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 248.

<sup>398</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso y Otros, “Artículo 27” en *Comentarios a la constitución española*, VV.AA, ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, Tomo III, Derecho Reunidas, Madrid, 1996, p. 169.

<sup>399</sup> NOGUEIRA, Rosario, *Principios constitucionales.*, op.cit., p. 95.

<sup>400</sup> CAMARA VILLAR, Gregorio, “El derecho a la educación ...”, op. cit, p. 121.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Según el Tribunal Constitucional junto a su contenido primario de derecho de libertad, el derecho a la educación lleva aparejada una dimensión prestacional en virtud de la cual los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, en los niveles básicos de la enseñanza en condiciones de obligatoriedad y gratuidad.<sup>401</sup> Sin querer limitar la importancia que confiere la libertad pública dentro del desarrollo del referido derecho, nuestro estudio se centrará en el análisis del derecho educativo en su sentido estricto, es decir en el análisis del derecho educativo visto desde una perspectiva prestacional, no sin antes resaltar una conexión importante que presenta el derecho educativo en su dimensión prestacional con respecto a la libertad que se proclama en el mismo artículo 27.

Efectivamente, de lo expuesto en el apartado primero del artículo 27 donde se dice que todos tienen derecho a la educación, y se reconoce la libertad de enseñanza, se manifiesta entonces que en primer lugar se está reconociendo que el derecho de todos a la educación se ha de realizar pues dentro de un sistema educativo plural; y que, en segundo lugar, éste debe de estar regido por la libertad. De dicho reconocimiento no cabe duda entonces afirmar que la actividad prestacional del Estado se expresa así, a través del modelo educativo plural que se efectúa ya sea tanto en los centros privados, como en los públicos, observándose de esta forma, la ausencia del monopolio estatal como consecuencia del libre ejercicio que se efectúa del modelo educativo plural.

Esta libertad que reconoce el artículo 27 de la Constitución encuentra también su justificación en aquello que sostiene el inciso dos del mismo precepto, pues si bien este inciso regula que la educación “tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana debe de tenerse en cuenta en este sentido que, para que pueda efectuarse el referido desarrollo resulta fundamental que aquel se realice siempre en condiciones de libertad, puesto que, sin libertad no podemos por lo tanto hablar de un desarrollo pleno. Y es precisamente en dicho punto, donde se observa la interrelación que presenta el artículo 27.2 como un artículo que complementa lo ya dispuesto en el artículo 10.1 de la Constitución

---

<sup>401</sup> STC 86/1985, de 10 de julio.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Española; en donde se afirma que el libre desarrollo de la personalidad es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social<sup>402</sup>

De otro lado por esta íntima interdependencia de derechos de prestación y de derechos de libertad, se han podido efectuar diversas clasificaciones respecto al contenido del derecho a la educación, ya sea considerándolos conjuntamente o separándolos a efectos analíticos, pues se consideraba que alguno de ellos formaban parte del contenido del derecho a la libertad de enseñanza.

Así, EMBID IRUJO<sup>403</sup> sistematiza como contenido del derecho a la educación, el derecho a cursar la enseñanza que en cada momento sea considerada básica por la legislación ordinaria, el derecho a un control objetivo y racional del saber que posibilite el acceso a cualquier titulación del sistema educativo en función de la capacidad escolar, el derecho al acceso a los centros, de enseñanza sin más limitaciones que las establecidas por razones de interés público mediante el instrumento normativo adecuado, el derecho a una educación impartida sin discriminación alguna, en especial el derecho a recibir la enseñanza en la lengua propia del escolar, el derecho a un tratamiento disciplinario exento de arbitrariedades y a la existencia de garantías procedimentales en la imposición de sanciones y finalmente el derecho a la participación responsable en los órganos de gobierno de la escuela con relación a la edad del alumno. Este autor hace una distinción expresa de los conceptos de libertad de la enseñanza como del concepto de educación, atribuyéndole a este último un contenido propio dirigido especialmente hacia el sujeto titular del derecho, es decir el alumno, el escolar<sup>404</sup>. Así mismo, señala que no se puede “predicar tan amplios contenidos del derecho a la educación, equivale, en última instancia, a desvirtuar su carácter de derecho fundamental perteneciente al alumno, para convertirlo en una especie de garantía institucional donde pueden acogerse derechos e intereses de alumnos, padres y centros de enseñanza privados”<sup>405</sup>.

---

<sup>402</sup> BARNEZ VÁZQUEZ, Javier, “La educación en la Constitución de 1978 (Una reflexión conciliadora)”, *Revista de derecho constitucional* N°12 (septiembre), 1984, p.23-65.

<sup>403</sup> EMBID IRUJO, Antonio, “El contenido del derecho a la educación”, en *Revista española de derecho administrativo*, N° 31, Civitas, Madrid, 1981, p. 654 y ss.

<sup>404</sup> EMBID IRUJO, Antonio., *La libertad de enseñanza en el umbral del siglo XXI. Aspectos jurídicos*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 23-32.

<sup>405</sup> EMBID IRUJO, Antonio, “El contenido...”, *op. cit.*, p 671.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

A diferencia de dicha clasificación, y críticos de la clasificación efectuada por EMBID IRUJO, FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR y SÁNCHEZ NAVARRO<sup>406</sup> consideran que el contenido del derecho a la educación, en cuanto derecho público subjetivo ha de recaer sobre lo que se denomina enseñanzas regladas, es decir aquellas que componen el sistema educativo del Estado y que es garantizado a su vez por los poderes públicos. Dichas enseñanzas son clasificadas por la LOGSE, en enseñanzas de régimen general y en enseñanzas de régimen especial. Incluyendo las primeras, la educación infantil, la primaria, la secundaria obligatoria, el bachillerato y la formación profesional de grado medio, mientras que las segundas incluyen las enseñanzas artísticas y las de idiomas. Los mencionados autores, fuera de toda clase de mixturas, clasifican explícitamente el contenido del derecho a la educación en el derecho a acceder a las enseñanzas regladas del sistema educativo del estado, el derecho a una debida la calidad de la enseñanza, el derecho a una evaluación objetiva y a la permanencia en el centro y finalmente incluyen dentro de ella el derecho a una educación básica gratuita. Cabe recalcar así mismo que FERNÁNDEZ MIRANDA manifiesta una posición contraria a la inclusión del derecho de elección de centro dentro del denominado derecho a la educación, puesto que, según hace referencia, éste pertenece al contenido de la libertad de enseñanza.

Otra clasificación importante respecto al contenido de este derecho la encontramos en la obra de MARTINEZ LOPEZ-MUNIZ<sup>407</sup>, quien clasifica como contenido del derecho educativo el derecho-Deber de Recibir enseñanza Básica, el derecho, el derecho deber de los menores de ser educados conforme a las determinaciones de sus padres o tutores y supletoriamente conforme a las de los poderes públicos competentes, el derecho a la libre elección de centros educativos distintos de los públicos en todos los niveles de la enseñanza, el derecho de los padres y tutores a que sus hijos o pupilos reciban en la enseñanza la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, el derecho a que el sistema educativo y los establecimientos de enseñanza no sean discriminatorios, el derecho a la financiación pública de la enseñanza obligatoria y el derecho a la ayuda económica

---

<sup>406</sup> FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; *op.cit.* p. 171.

<sup>407</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ- MUÑIZ, José Luis; “La educación en la constitución española”..., *op.cit.* p. 234 a 268.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

de los poderes públicos en los niveles de enseñanza no obligatoria con un criterio de igualdad de trato. Como se hace evidente dicho autor toma conciencia dentro de su clasificación, del carácter bidimensional del derecho educativo, señalando que ésta se presenta tanto como un derecho, por parte de los ciudadanos de recibir la enseñanza no renunciable, como también como un deber, que debe ser cumplido por poder público, lo que a su vez supone una restricción indudable a la libertad de educación<sup>408</sup>.

Como se puede apreciar de lo expuesto, diversas y complejas son las clasificaciones efectuadas por la doctrina al abordar el tema del contenido del derecho a la educación. La doble naturaleza de derecho de libertad y de derecho de prestación se hace patente en cada una de ellas, y ello se torna algo aún más complejo, cuando nos ocupamos del contenido del derecho a la educación de los extranjeros inmigrantes.

De este modo, tomando como base lo expuesto por la doctrina podemos deducir, que existe cierta unanimidad entre los autores que analizan el tema en considerar como parte del contenido del derecho educativo de los extranjeros inmigrantes, el derecho de todos a recibir una educación básica con carácter obligatorio y gratuito; la cual según el artículo 7 y ss de la LOGSE comprende dos fases: la educación primaria y la educación secundaria obligatoria. En virtud de este derecho los poderes públicos se ven obligados a garantizar la efectividad del derecho a la educación en forma gratuita a todas las personas, en los niveles básicos de la enseñanza; que estén establecidos por el sistema educativo con un carácter reglado. Esto es, respecto no sólo a los nacionales sino también respecto a los extranjeros. Se trata de un derecho establecido para todos, en el que cualquiera de ellos, sea nacional o extranjero pueda acceder a una plaza educativa en igualdad de oportunidades. Es un nivel educativo distinto de la llamada educación preescolar, la cual según la ley vigente de educación, no es obligatoria. Ahora bien, hay que poner en claro en este punto, que la gratuidad garantizada está referida solo a la enseñanza en sentido estricto, es decir de ella quedarían eliminados los aspectos complementarios, tal como lo constituyen los bienes y

---

<sup>408</sup> *Ibidem*, p.237.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

servicios que tienen relación con la enseñanza como son los libros, el transporte u otros gastos escolares.

Así mismo, podemos incluir dentro del contenido del derecho educativo de los extranjeros inmigrantes, el derecho a la educación en los niveles no obligatorios.

La educación no obligatoria comprende según la LOGSE en su artículo 17, 25 y 29 tanto la educación infantil, como la educación secundaria no obligatoria, la cual a su vez comprende la formación profesional y el bachillerato que es posterior a la educación obligatoria. Introducirnos en el nivel educativo no básico implica realizar un reconocimiento expreso de la diferencia existente en este nivel, respecto al nivel básico obligatorio al que ya se ha hecho referencia. Esto por cuanto en el nivel no obligatorio no cabe la posibilidad de hacer un reclamo a los poderes públicos exigiendo una plena igualdad entre los españoles y los extranjeros; en este nivel solo es posible su acceso en función de la vocación y de las propias aptitudes y también en función de las plazas disponibles existentes.

En este sentido el TS tomando este derecho como un principio enuncia: “que si bien no es en modo alguno absoluto e incondicionado, lleva implícito el de recibir la enseñanza precisa para ello, a cualquier nivel, en función exclusiva de la vocación y aptitudes del alumno sin que en ningún momento esté sometido a discriminación alguna injustificada, por razón de raza, religión, opinión o cualquiera otra condición o “circunstancia personal” o social, ya que ello vulneraría el también derecho de “igualdad de todos ante la ley” reconocido en el artículo 14 C.E.”<sup>409</sup>.

---

<sup>409</sup> Veáse la STS 20-6-89.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Además de los derechos ya nombrados cabe resaltar también como parte del contenido del derecho educativo, el derecho a la educación sin discriminación, ya que existe, no un acuerdo explícito, pero si una declaración muy similar por la mayoría de los autores de la doctrina educativa. La discriminación es un importante factor a tomar en cuenta dentro de las actuales sociedades pluriculturales. Tal es así, que en el aspecto educativo es posible encontrar este tipo de actitudes respecto a la población inmigrante. Sin duda este aspecto se torna algo más complicado cuando se le relaciona con el fenómeno de los prejuicios. El derecho a la educación por ser un derecho fundamental y esencial para el desarrollo de la persona, no tolera ningún elemento de discriminación. De esta manera es garantizado a nivel internacional por el artículo 2.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. A nivel nacional está protegido este derecho por la LOEXIS.

Siendo el derecho a la educación un derecho que corresponde a toda persona podemos decir que no se podrá privar a un extranjero de cualquiera de los recursos indispensables que pueda necesitar para su desarrollo personal, y no podrá limitarse por ninguna persona o ley el acceso a ella, pues de lo contrario eso constituiría un acto de discriminación que debe ser erradicado.

El derecho a recibir una educación en lengua comprensible, constituye otra de las manifestaciones del contenido del derecho a la educación. De lo que trata este derecho es de que el alumno que accede al sistema conozca la lengua en la que se imparte la enseñanza. Ahora bien, al respecto se han presentado muchos puntos de discrepancia en cuanto al reconocimiento de este derecho, pues algunos se manifestaban a favor de ella y otros en contra. Dada la situación, el TC viene a resolver este problema porque nos dice en las sentencias 195/1989, de 27 de noviembre y 19/1990, de 12 de febrero, que ninguno de los apartados del artículo 27 de la C.E, ha incluido el derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación en la lengua de preferencia de sus progenitores, en el centro público de su elección, con lo cual continúa “ese derecho tampoco resulta de su conjunción con el artículo 14 de la Constitución, pues la prohibición de trato discriminatorio

no implica, ni puede implicar que la exigencia constitucional de igualdad de los españoles ante la Ley sólo pueda entenderse satisfecha cuando los educandos reciban la enseñanza íntegramente en la lengua preferida de sus padres”.

Sin embargo, en el caso especial de los extranjeros inmigrantes es muy frecuente encontrar problemas relacionados con el aprendizaje de la lengua, especialmente cuando se encuentra relacionado con la incorporación tardía al centro educativo. Cuando la incorporación se realiza en el parvulario o en la educación primaria, los problemas suelen ser menores y, en cambio, son más acentuados cuando ello ocurre en la educación secundaria obligatoria. En el primer caso, la posibilidad de incorporarse a la lengua de la escuela remite a la propia práctica educativa y a los recursos con que cuenta el centro para establecer una pedagogía individualizada que garantice el conocimiento lingüístico de este alumnado. . En el segundo caso aparecen otros problemas porque en muchas ocasiones, los propios contenidos de estos ciclos educativos dificultan la incorporación del alumnado extranjero que acaba de llegar y no conoce la lengua de la escuela<sup>410</sup>.

### **III.7) La finalidad de la educación**

Al abordar el tema de los fines del derecho educativo nos encontramos con un asunto que se encuentra específicamente regulado y definido en el apartado 2 del artículo 27 de la actual Carta Magna, la cual al respecto declara que, “*La educación 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*”.

Del referido precepto se denota la gran importancia que tiene el proceso educativo durante todo el proceso formativo de la persona humana. Tal es así, que se hace fundamental no solo una educación que comprenda un nivel básico,

---

<sup>410</sup> VILA, Ignasi, “Inmigración, educación y lengua propia”, *La inmigración extranjera en España- Los retos educativos*, Colección Estudios Sociales Nº 1, Fundación La Caixa, Primera Edición, Barcelona 2000, p. 162.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

sino que también se torna necesaria una educación que comprenda un nivel superior. Más aún si a ello añadimos la educación que recibimos durante los primeros años de vida podemos decir que el hombre es un ser en formación permanente.

Ahora bien, cuando se aspira a lograr el pleno desarrollo de la personalidad, se puede observar que nos estamos encontrando con una finalidad que ineludiblemente abarca al hombre en forma general. Ya en este punto podemos dejar sentado que dicha finalidad, establecida constitucionalmente se encuentra dirigida indistintamente ya sea tanto para los nacionales españoles como también para los extranjeros.

No obstante, se hace necesario para la respectiva operatividad material de la referida finalidad acudir a lo que se denomina enseñanzas regladas que a decir de ALFONSO FERNÁNDEZ- MIRANDA CAMPOAMOR Y ANGEL J. NAVARRO,<sup>411</sup> son aquellas que componen el sistema educativo del Estado y que se encuentran garantizadas por los poderes públicos. Conforme al artículo 3 de la LOGSE, dicho sistema educativo “comprenderá” enseñanzas de régimen general y enseñanzas de régimen especial”<sup>412</sup>.

Por otro lado la LODE nos amplía la finalidad establecida por la Constitución; refiriendo que “la actividad educativa, orientada por los principios y declaraciones de la constitución, tendrá en los centros docentes a que se refiere la presente Ley, los siguientes fines: el pleno desarrollo de la personalidad del alumno, la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia, la adquisición de hábitos intelectuales y técnicos de trabajo, así como de conocimientos científicos, técnicos, humanísticos, históricos y estéticos, la capacitación para el ejercicio de las actividades profesionales, la formación en el respeto de la pluralidad lingüística y cultural de España, la

---

<sup>411</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso y otros, *op.cit.* p 179 y 180.

<sup>412</sup> Las enseñanzas de régimen general incluyen la educación infantil, la primaria, la secundaria (que abarca la educación secundaria obligatoria, el bachillerato y la formación profesional de grado medio, la formación profesional de grado superior y la educación universitaria. Las enseñanzas de régimen especial en cambio incluyen las enseñanzas artísticas y las de idiomas.

preparación para participar activamente en la vida social y cultural y la formación para la paz, la cooperación y la solidaridad entre los pueblos.

Ahora bien, es importante destacar que al tratarse de cumplir los fines dentro de los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales se está estableciendo a su vez “límites al pluralismo ideológico en materia educativa, y por consiguiente, al neutralismo absoluto, pues, por ejemplo, resultaría contraria a la Constitución una enseñanza de carácter antidemocrático o defensora del racismo o la esclavitud. Así es que el verdadero efecto jurídico del artículo 27.2 es el de limitar dos libertades expresamente proclamadas en la Constitución: la libertad de enseñanza y la libertad de cátedra”<sup>413</sup>.

### **III.8) Límite al derecho a la educación de los extranjeros inmigrantes**

Al abordar los límites existentes al derecho a la educación, podemos observar que el problema que mayormente se plantea tanto para el alumnado nacional como para el alumnado extranjero, se encuentra constituido por la posibilidad de obtener un puesto escolar. Este problema se da ya sea tanto en los niveles básicos por la disponibilidad de plazas limitadas o en la enseñanza universitaria, donde el requisito exigido para la admisión al centro está basado en la aptitud y capacidad de los alumnos.

Aunque el derecho a la educación implica sin duda la posibilidad de obtener un puesto escolar, la inevitable limitación de los recursos materiales, es decir económicos, hace imposible el reconocimiento de un derecho pleno e ilimitado, sin que se pueda ejercer en forma absoluta la elección del centro concreto en el que se va a recibir la enseñanza. Si bien en principio debe respetarse la posibilidad de elección, esta encuentra ciertos límites, aunque quizá más bien debería hablarse de requisitos o condiciones objetivas necesarias para el pleno ejercicio.<sup>414</sup>

---

<sup>413</sup> GARRIDO FALLA, Fernando y Otros, “Artículo 27”, *Los derechos y deberes fundamentales en Comentarios a la constitución*, Segunda Edición Ampliada, Civitas S.A., Madrid, 1985, p. 637.

<sup>414</sup> DÍAZ REVORIO, Javier, “Los Derechos Fundamentales Educativos en el Ordenamiento Estatal: El derecho a la educación en sentido estricto en los derechos fundamentales” *El Ámbito Educativo en el*

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Así nos encontramos con que la STC 77/1985, se pronuncia en el siguiente sentido: “el legislador se encuentra en la necesidad de conjugar, no sólo diversos valores y mandatos constitucionales entre sí, sino también mandatos con la insoslayable limitación de los recursos disponibles”. En este mismo sentido el Tribunal Supremo, resalta el carácter no absoluto del derecho educativo, tal es así que afirma: “el derecho a la educación no es un derecho absoluto, ante el cual deba ceder cualquiera otra consideración; sino un derecho limitado a su prestación conforme el ordenamiento jurídico. El derecho a la educación que establece el artículo 27.1 de la CE y que los poderes públicos garantizan a todos, es un derecho prestacional en el que la prestación debe verificarse de acuerdo con las normas del ordenamiento”<sup>415</sup>.

Efectivamente, a la luz de lo expuesto por el Tribunal Constitucional Supremo podemos deducir que las limitaciones efectuadas al acceso educativo, deben basarse únicamente en criterios objetivos, razonables y no discriminatorios. En donde deba tomarse en cuenta los criterios razonables pronunciados por la administración pública, tal como lo establece la LODE<sup>416</sup> en su artículo 20.1 dirigido a los centros públicos y en el artículo 53 en el que se trata sobre los centros concertados. Un desarrollo más expreso de lo ya regulado lo encontramos en el RD 366/1977, de 14 de marzo, en el cual se regula una vez más el régimen de elección del centro educativo.

De otro lado al tratar el aspecto limitativo en el ámbito universitario, nos encontramos con un problema de mayor relevancia en el que no solo se puede afectar a la libre elección del centro educativo sino que también puede verse afectado en este caso la elección de los diversos estudios o especialidades universitarias. Es precisamente respecto a éste último que surge el “numerus

---

*Ordenamiento Estatal y Autonómico de Castilla-La Mancha*, Ediciones Parlamentarias de Castilla –La Mancha, Castilla La Mancha, 2002, p. 64.

<sup>415</sup> Véase la STS 28-2-97. En el mismo sentido véase además las STS 24-3-97 y STS 21-4-97.

<sup>416</sup> El artículo 20.2 de la LODE establece que “La admisión de los alumnos en los Centros públicos, cuando no existan plazas suficientes, se regirá por los siguientes criterios prioritarios: rentas anuales de la unidad familiar, proximidad del domicilio y existencia de hermanos matriculados en el centro. En ningún caso habrá discriminación en razón de la admisión de alumnos por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento.

El Artículo 53 prescribe que “La admisión de alumnos en los Centros concertados se ajustará al régimen establecido para los Centros públicos en el artículo 20 de esta Ley.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

clausus” como una especie de limitación objetivamente hablando, hacia las posibilidades de utilización del servicio o hacia las necesidades sociales interpretadas por el Estado que pueden llegar a marginar a personas suficientemente capacitadas y con vocación definida<sup>417</sup>.

Las medidas del “*numerus clausus*” deben apoyarse, pues, en razones objetivas que podamos calificar genéricamente como de interés público, concepto que por supuesto, no es de libre determinación administrativa, sino controlable jurisdiccionalmente. Además, estas medidas tienen que tener un respaldo normativo en una norma con rango de Ley Orgánica, única capacitada para regular el ejercicio de un derecho, en un aspecto que afecta a su núcleo esencial.

Entre los fines que la Constitución atribuye a la educación, y como fundamento del orden jurídico, está el desarrollo de la propia personalidad al que se opone la violentación de una vocación definida con capacidad probada. Argumentar, con la idea de que el derecho a la educación implica en este caso el derecho a los estudios universitarios pero no a una determinada carrera, no parece razonable a la luz de las exigencias del desarrollo de la personalidad, e incluso, de la integración dialéctica del derecho a la educación y de la libertad de enseñanza<sup>418</sup>. No obstante el TC ha considerado en su sentencia 26/1987 que el establecimiento del *numerus clausus* por el artículo 26.2 de la Ley de Reforma Universitaria, resulta ser una legislación conforme a la Constitución Española. El Tribunal Constitucional sostiene que es necesario conciliar la oportunidad y la igualdad de condiciones en el acceso a la enseñanza superior con la distinta capacidad que tienen los centros universitarios. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 10-5-1988 y 23-2-1989, en las cuales suscribe que no existe vulneración del derecho a la educación por el establecimiento del *numerus clausus* en los centros universitarios.

Entrando al campo específico del derecho a la educación de los extranjeros inmigrantes, encontramos que un límite importante al derecho a la educación de

---

<sup>417</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso y otros, *op.cit.*, p.180.

<sup>418</sup> *Ibidem.*, p. 181

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

los mismos se encuentra configurado hoy en día, por la actual reforma introducida en el artículo 9,3 de la L.O 8/2000. Como es de conocimiento dicha ley ha venido a introducir una reforma a la Ley Orgánica 4/2000 la cual reconocía expresamente el derecho a la educación no obligatoria para todos los extranjeros independientemente de su condición legal. Más aun si a ello añadimos, como podemos observar que, dicho derecho se encuentra asimismo reconocido expresamente en la Constitución Española, la que reconoce ampliamente el derecho que tienen todas las persona a la educación, unido a la libertad de enseñanza, así como a la posibilidad de crear centros docentes, independientemente de su nacionalidad.

No obstante los cambios efectuados respecto a la educación no obligatoria de los extranjeros inmigrantes, por la Ley Orgánica 8/2000, cabe resaltar que en este sentido el Tribunal Constitucional se ha manifestado contrario al reconocimiento que dicha ley ha otorgado a los extranjeros, de esta forma según la sentencia 236/2007<sup>419</sup> el Tribunal Constitucional ha manifestado que el reconocimiento del derecho a la educación no obligatoria solo para los extranjeros inmigrantes residentes se torna inconstitucional puesto que se estaría vulnerando el artículo 27.1 de la CE, el que conjuntamente con el artículo 39.4, el artículo 28 de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño y el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos humanos, reconocen derecho a la educación no básica a todos los menores de 18 años que no tengan residencia legal en el país de acogida. Según el Tribunal Constitucional debe de tenerse en cuenta aquello que dispone el artículo 27.1 de la CE al reconocer que todos tienen el derecho a la escolarización, comprendiendo dicha escolarización tanto la educación básica como la no básica, esto según se desprende del contenido esencial de dicho derecho, puesto que el derecho al accesos a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación y su ejerció por lo tanto puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor. De esta forma el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad del término “residentes” dentro del

---

<sup>419</sup> STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

artículo 9.3 de la Ley Orgánica 8/2000 de reforma de la Ley 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Abordando el ámbito internacional podemos encontrar otros reconocimientos efectuados al derecho a la educación de los extranjeros. Tal es así que los artículos 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Humanos y los artículos 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocen este derecho a toda persona al margen de su estatuto en cualquier Estado parte. La ausencia de límite en estos Pactos es muy significativo, habida cuenta que en otros convenios internacionales de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales si se establece expresamente la condición de legal para poder disfrutar de determinados derechos. Este es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, donde exigen que el extranjero se halle legalmente. Un juicio comparado entre ambas modalidades de normas internacionales determina que afirmemos que el derecho a la educación va mas allá de meras valoraciones administrativas sobre la situación de un extranjero en un determinado Estado.

Un reconocimiento efectivo del alcance universal del derecho a la educación es fundamental si se tiene en cuenta que la finalidad de la educación no es otra que el desarrollo de la personalidad y dignidad humana, así como el fortalecimiento del respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales. Pese al reconocimiento de estos valores fundamentales vinculados a la posibilidad de recibir una educación, el legislador español ha llevado a cabo una segmentación de este derecho en función de la edad y el nivel de educación del extranjero<sup>420</sup>.

---

<sup>420</sup> GARCÍA COSO, Emiliano, "artículo 9", *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la L.O 8/2000)*, 1ra Edición, Civitas, Madrid, 2001, p. 95.



### **III.9) Configuración constitucional del derecho a la educación**

La configuración del derecho a la educación, elaborada por el constituyente del 78 se nos muestra, estableciendo una fórmula claramente comprensiva de dos derechos. Efectivamente de la lectura del precepto constitucional educativo es posible observar que nos encontramos con dos derechos que desde siempre han estado enfrentados; se trata del derecho a la educación y la libertad de enseñanza. De esta integración normativa en torno al apartado 1 del artículo 27 se hace evidente que la intención de la *mens legislatoris* era la de conciliar estos dos derechos. Así se reconoce como sostiene PECES BARBA<sup>421</sup>, al mismo tiempo la libertad de enseñanza en su real dimensión, así como el derecho prestacional a recibir educación.

Ahora bien, dentro de este contexto omnicomprensivo del derecho educativo, han surgido posiciones a favor de la inclusión de estos dos derechos en un mismo artículo, como también posiciones en contra, todo ello debido a la diversa naturaleza de los derechos comprendidos en el artículo 27.

De esta manera, EMBID IRUJO, se expresa defendiendo la inclusión conjunta de estos dos derechos, llegando a señalar incluso la primacía del derecho educativo. Expresando que el fin del derecho educativo está orientado al pleno desarrollo de la personalidad. Con lo que “no obstante la pluralidad de posiciones jurídicas, hay un derecho fundamental que llegado el caso debe de considerarse predominante en el momento del conflicto e iluminar por tanto, con ese predominio cualquier esquema de interpretación que quiera entenderse” Este derecho en su opinión es el derecho educativo<sup>422</sup>.

FERNÁNDEZ MIRANDA , enfoca el tema desde un punto de vista más moderado sosteniendo que “las finalidades u objetivos constitucionales de la educación operan como límites de los derechos educativos, muy especialmente de la libertad de enseñanza y de la libertad de cátedra”<sup>423</sup>.

---

<sup>421</sup> PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de estudio constitucionales, Madrid, 1988, p.58.

<sup>422</sup> EMBID IRUJO, Antonio; “*El contenido del derecho a la educación*”..., *op. cit.*, p.30.

<sup>423</sup> FERNÁNDEZ -MIRANDA CAMPOAMOR, ALFONSO; *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*; Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 51.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

La inclusión en un mismo artículo de dos derechos de diversa naturaleza, ha generado múltiples discrepancias a nivel doctrinal. Ahora bien, dichas discrepancias no terminan, sino que se multiplican una vez más, respecto de la configuración constitucional efectuada de este derecho. Y ello porque siendo el derecho educativo un derecho eminentemente social, que debería estar ubicado dentro de los principios rectores de la política social y económica, ha sido configurado por el constituyente dentro del capítulo II del Título Primero de la Constitución Española, el cual hace referencia a los derechos fundamentales y libertades públicas.

Dentro de las críticas efectuadas en contra de la inclusión de este derecho dentro de los denominados derechos fundamentales destaca la opinión de ALZAGA, quien considera que no se ha realizado una buena sistematización del derecho, esto debido al contenido plural que caracteriza al derecho en mención. Con lo cual para el citado autor este derecho debió de haber sido ubicado en la sección segunda del capítulo II referente a los Derechos y Libertades de los ciudadanos, o incluso en el capítulo tercero<sup>424</sup> entre los denominados derechos sociales.

En otro sentido FERNÁNDEZ –MIRANDA, se manifiesta abiertamente a favor de la configuración efectuada por el constituyente, declarando que ello responde a un “intento de conciliación de los principios constitucionales de libertad e igualdad”<sup>425</sup>. En este mismo sentido, VILLAR ESCURRA, se manifiesta partidario de la inclusión de este derecho, ello debido al máximo nivel de garantías que tal ubicación recibe, aunque también señala que esto no sea lo técnicamente adecuado. Según VILLAR, concebir la enseñanza como un servicio público permite conciliar la libertad de enseñanza con el contenido del derecho a la educación y organizar de este modo un sistema que garantice realmente el derecho a la enseñanza, refiriéndose a la exigencia de las prestaciones<sup>426</sup>.

---

<sup>424</sup> ALZAGA VILLAAMIL, Oscar; “artículo 27”, *Comentario sistemático a la constitución española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pp. 255 y 256.

<sup>425</sup> FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR Alfonso; *De la libertad de enseñanza...*, op .cit., p.13.

<sup>426</sup> VILLAR ESCURRA, José Luís; “Derecho educativo como servicio público”, *Revista. de administración*, N°88, 1979, pp.155-207.

GARRIDO FALLA, en una posición manifiestamente a favor, nos enfoca el carácter bifronte que la Constitución española y los demás textos constitucionales han otorgado a este derecho, ello debido a que en estos derechos se garantizan simultáneamente el derecho del administrado a recibir educación, es decir el derecho a exigir una prestación administrativa y el derecho de los propios administrados a poder impartir una enseñanza. Según el cual estos responden a dos concepciones, significando el primero la consagración constitucional de un Estado prestador de servicios, y respondiendo el segundo a la concepción liberal del estado liberal, respetuosos con las diversas libertades individuales que la Constitución instrumenta como derechos subjetivos<sup>427</sup>.

### **III.10) La configuración constitucional del derecho de extranjería**

Teniendo en cuenta el complejo proceso de elaboración del actual artículo 13 de la Constitución Española cabe hacer notar que la norma suprema además de contener el artículo 13 como el principal precepto nuclear que aborda la extranjería, contiene asimismo otros preceptos que directa o indirectamente se ocupan de regular el tema de los extranjeros en España. De este modo, a través del artículo 13 de la C.E, tenemos en primer lugar un pronunciamiento expreso y de alcance general, en el cual se reconoce a todos los extranjeros la titularidad de los derechos fundamentales contenidos en el título I de la Constitución, abarcando de esta manera en su primer apartado a “todos” los extranjeros. En segundo lugar cabe destacar que dicha generalidad adolece de una fundamental reserva, establecida en el segundo apartado del artículo 13, mediante el cual se añade que ello será así “en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

Ha de tenerse en cuenta por otra parte, dada la relación con este segundo apartado del artículo 13, la existencia del artículo 10 de la C.E, el cual tras señalar en su primer apartado que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”

---

<sup>427</sup> GARRIDO FALLA, Fernando; “art.27”, *Comentarios a la constitución...*, *op.cit.*, pp.337-354.

precisa, en el segundo que, “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretaran de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España<sup>428</sup>”.

Con lo cual habrá de considerarse para una adecuada interpretación del artículo 13, todo lo establecido en el artículo 10, así como también algunos de los preceptos que prescriben el capítulo segundo y cuarto. Entendemos así que por imperativo del apartado segundo del artículo 10, es necesario tener en cuenta tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como todos los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. De ellos podríamos mencionar con carácter general el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Abordando el ámbito regional habrá de tomarse en cuenta tanto el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales así como la Carta Social Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la U.E proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000.

Así pues, a través de este original precepto, la Constitución Española ha configurado lo que llamamos un “mandato interpretativo”, único en su género, que obliga al intérprete a incorporar las declaraciones internacionales de derecho, como criterio hermenéutico obligatorio de la declaración española., reconociéndose así la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre el Derecho Interno para regular y proteger los derechos fundamentales<sup>429</sup>.

---

<sup>428</sup> Cabe destacar el artículo 10.2 de la CE, que impone la interpretación de los derechos fundamentales y libertades constitucionales “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Hay que reiterar que la introducción de este precepto en la Comisión de Constitución del Senado, a instancias de los grupos parlamentarios Unión de Centro Democrático y Socialistas y Progresistas Independientes, tuvo como finalidad inmediata precisamente completar la interpretación de los derechos del artículo 27, y en concreto centros docentes, y el de los padres a elegir el tipo de centro docente.

<sup>429</sup> SAGARRA I TRIAS, EDUARD, *Los derechos fundamentales y libertades públicas de los...*, op.cit, p.85.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Para MASSO GARROTE, la aproximación conjunta de los artículo 10 y 13.1 del Texto constitucional, evita la posible interpretación del artículo 13 como una mera declaración de principios “desprovista prácticamente de sentido jurídico” y, además, determina que la Declaración de Derechos Fundamentales y los distintos convenios y Tratados en materia de Derechos Fundamentales que vinculan a España queden convertidos, por lo tanto, en guía a la hora de enunciar el volumen de derechos y libertades fundamentales de los que gozan los extranjeros en España. Pudiendo actuar a su vez, de barrera de contención de las posibles limitaciones que se pueden imponer a los mismos por parte del legislador interno, tanto en lo referente a su atribución como a su ejercicio<sup>430</sup>.

### **III.11) Conexión constitucional del derecho a la educación y del derecho de extranjería.**

De la redacción precedente parece fuera de toda duda la enorme importancia que representa el contenido del apartado 1 del artículo 10, puesto que dicho precepto consagra la idea de unos derechos inviolables que son inherentes a la persona en razón de su dignidad, proclamando así mismo el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, los cuales como refiere el apartado serán el fundamento del orden político y de la paz social. De esta manera, al proclamar unos derechos inherentes, no cabría hacer una distinción entre nacionales y extranjeros. Y es en base a esta declaración que podemos relacionar una vez más dicho artículo no solo con lo establecido por el artículo 13, sino también con todo lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución Española.

Evidentemente resulta trascendental la relación que podemos encontrar entre estos tres artículos, puesto que tanto el artículo 10 como el artículo 13 constituyen los principales articulados, después del artículo 27, que debemos tomar en cuenta en el estudio del derecho a la educación de los extranjeros inmigrantes. Más aun, si tenemos en cuenta que al remitimos a la declaración

---

<sup>430</sup> ESPULGUES MOTA, Carlos y Otro, *Análisis de la ley orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2001, p. 41.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

universal y a los tratados y acuerdos internacionales, nos estamos acercando cada vez más a una efectiva igualdad de derechos entre nacionales españoles y los extranjeros.

No debe olvidarse en este punto que la normativa internacional de derechos humanos ha superado, ya hace décadas esta distinción y ha proclamado la existencia de un conjunto de derechos cuya titularidad se predica de todo ser humano, creando lo que se ha venido a calificar como estándar mínimo internacional del derecho<sup>431</sup>.

De esta manera, si tomamos en cuenta lo expuesto, podremos decir que el derecho a la educación, al ser un derecho predicable de todo ser humano internacionalmente, se ha constituido así, en un derecho tanto para nacionales como para los extranjeros. Ahora bien, si tenemos en cuenta el término “libertades públicas” que contienen inserto el apartado primero del artículo 13 de la Actual carta Magna, podemos decir que en este punto nos encontramos con un precepto impreciso, que al parecer genera complicaciones al tratar de abordar el derecho a la educación como un derecho fundamental. Dicha imprecisión es generada al producirse una igual consideración entre los términos libertad pública y lo denominado derechos fundamentales; sin embargo a pesar de la aparente complicación, la doctrina ha seguido la línea de lo ya establecido en el Anteproyecto Constitucional adoptando el término de libertades públicas con un sentido amplio.

Como cabe recordar el capítulo segundo del Anteproyecto Constitucional englobaba todos los derechos fundamentales con el título específico de “las libertades públicas”. Teniendo en cuenta la consideración ya efectuada, cabe precisar que la actual interpretación que efectúa la doctrina en su mayoría es el de

---

<sup>431</sup> VIDAL FUEYO, María del Camino, *Constitución y extranjería...*, *op.cit.*, p. 70. Veáse así mismo la STC 141/2000, en donde el Tribunal se manifiesta expresamente acerca del estándar mínimo internacional.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

un ámbito omnicompreensivo de la totalidad de los derechos y libertades públicas contenidas en todo lo amplio de la Constitución y no únicamente de aquellos artículos regulados por el Capítulo segundo del título I de la Constitución<sup>432</sup>.

De este modo, en la STC 107/1984, de 23 de noviembre, se puso de manifiesto que el término “libertades públicas” no tiene obviamente un significado restrictivo y que, por tanto, el disfrute de los derechos y libertades del Título I de la Constitución: “Se efectuará en la medida que determinen los tratados internacionales y la ley interna, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependen por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o de la ley<sup>433</sup>. No obstante, el Tribunal Constitucional aclara que esta previsión no podrá significar una desconstitucionalización de los derechos reconocidos a los extranjeros, sino que más bien, significa que se ha efectuado su reconocimiento con arreglo a una configuración legal. De esta forma, señala que “la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que le atribuyen los tratados y la ley, sino que más bien, gozarán de las libertades que garantiza el Título I en los términos que establezcan los tratados y la ley”. De este modo los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por lo tanto dotados de la protección constitucional”, siendo todos ellos “derechos de configuración legal”, configuración legal que conectada con el artículo 9.2 podrá prescindir de la nacionalidad o ciudadanía del titular, “produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros”<sup>434</sup>.

En este mismo sentido la STC 115/1987, de 7 de julio, suscrita por una parte de los magistrados considera que el razonamiento adoptado por la mayoría llena de vacío el contenido de dicho precepto, pues si se reduce su significado a la

---

<sup>432</sup> SAGARRA I TRIAS, Eduard, *op.cit.*, p. 42.

<sup>433</sup> STC de 23 de noviembre de 1984, fundamento jurídico tercero.

<sup>434</sup> Vid, SSTC 94/1993, 116/1993 y 242/1994, las cuales reconocen que las libertades proclamadas por el artículo 13 de la CE, constituyen derechos constitucionales y que por lo tanto se encuentran dotados de toda la protección constitucional.

habilitación al legislador para poder modular o regular indistintamente los derechos fundamentales y libertades públicas de los nacionales ( en relación con los extranjeros, ello sin traspasar el contenido esencial de dichos preceptos), el precepto resultaría superfluo, ya que tal posibilidad se deduciría “a contrario del artículo 14 CE, la cual refiere solo a los españoles el principio de igualdad en el contenido de la ley<sup>435</sup> .

Expuesto ya, el articulado nuclear y derivado de éste el régimen de extranjería, se hace necesario abordar el aspecto específico normativo constitucional que tiene el derecho a la educación de los extranjeros inmigrantes. De esta manera, podemos observar que el derecho a la educación se encuentra regulado como ya se ha dicho por el artículo 27 de la Constitución Española. Teniendo en cuenta que la Constitución Española comprende el derecho a la educación y la libertad de enseñanza en un mismo articulado. Se hace necesario, para un mejor análisis del derecho a la educación de los extranjeros inmigrantes, extraer los principales apartados que contienen específicamente el derecho a la educación.

**III.11.1) Titularidad del Derecho a la Educación establecida en el Apartado 1 del artículo 27: Todos tienen el derecho a la educación.**

El derecho a la educación y a la libertad de enseñanza se encuentran recogidos en el apartado 1 del artículo 27; sin embargo para efectos del presente trabajo se hace indispensable tratar únicamente el derecho a la educación visto desde un sentido estricto. De esta manera, podemos observar de la lectura del referido artículo, que la Constitución Española atribuye genéricamente a “todos” la titularidad del derecho a la educación. Por tanto, del análisis del referido precepto constitucional es posible deducir que se trata de un precepto muy genérico que no precisa en forma alguna de una titularidad singular del derecho a la educación. Dicha generalidad es demostrada, cuando se atribuye el derecho a la

---

<sup>435</sup> VIDAL FUEYO, María del Camino; *Constitución y ....; op. cit;* p. 80.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

educación a todas las personas, utilizando específicamente la frase concreta “todos tienen el derecho a la educación”.

Desde el borrador constitucional se mantuvo a lo largo de todo el proceso constituyente, en todos los textos la expresión genérica “todos”, que no establece a priori ninguna exigencia de nacionalidad. Como parece desprenderse, es posible observar que el ordenamiento constitucional no ha efectuado en este precepto distinción alguna entre los españoles y los extranjeros, dado que al utilizar la referida frase “todos”, no ha dado cabida a ningún tipo de singularidad que contenga únicamente a los españoles. Por lo tanto, nos encontramos con un derecho que corresponde a todo el mundo, también a todas las personas. De acuerdo con esta amplia interpretación el derecho a la educación beneficiaría a las personas en su calidad de tales y podría por tanto, ser alegado por todos los extranjeros sin excepción<sup>436</sup>. Sin embargo, debido al fuerte incremento de la inmigración extranjera en España en la actualidad no podemos hablar de una absoluta equiparación entre nacionales españoles y los extranjeros inmigrantes en lo que a la titularidad de este derecho se refiere.

El tratamiento de la singularidad subjetiva del derecho a la educación, se mueve, al decir de MIRANDA CAMPOAMOR<sup>437</sup>, bajo dos criterios. De un lado se encuentra la naturaleza del derecho a la educación como derecho de ser humano en cuanto persona invita a dotarlo de la máxima seguridad. De otro lado la organización del proceso educativo supone cuantiosas inversiones económicas y, en algunos niveles, necesidades de selección que podrían hacer injusto para los ciudadanos españoles un reconocimiento indiscriminado de la titularidad del derecho a nacionales y extranjeros.

Sin embargo, si erigimos la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como el fundamento de todo el sistema de derechos y libertades, es innegable lejos de planteamientos ya periclitados sobre la extranjería, el derecho a

---

<sup>436</sup> MIGUEL CATALAYUD, José Antonio, “Análisis de la posición constitucional del extranjero en España”, *Diez años de la ley de extranjería- Balance y perspectivas*, BORRAS, Alegría (director), Ira edición, Fundación Paulino Torres Doménech, Barcelona, 1995, p.220.

<sup>437</sup> FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso y Otro; “Artículo 27” en *Comentarios...*, op. cit. p.169.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

recibir educación en términos efectivos. Es decir a tener las posibilidades de formarse y a decidir en definitiva la propia libertad que son derechos de toda persona y no solo de los nacionales.<sup>438</sup> Por lo tanto, considerando que el fin de la educación es el pleno desarrollo de la personalidad del hombre, visto desde un ámbito de generalidad, entonces podemos deducir que la titularidad de dicho derecho está dirigida no solo a los españoles, sino también a los extranjeros residentes en España, tal como lo prescribe el apartado 3 del artículo primero de la LODE el cual enuncia “los extranjeros residentes en España tendrán también derecho a recibir la educación a que se refieren los apartados uno y dos de este artículo.”

Así, la educación constituye para el hombre un factor esencial para su formación, pues no solo sirve para su desarrollo como persona, sino que también contribuye para su desarrollo como persona libre, de esta manera solo a través de la educación el hombre toma cuenta de su posición en la sociedad y es capaz de actuar con plena libertad.

Mención especial merece el apartado primero del artículo 13 de la Constitución española, el cual dispone que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas garantizadas en el Título I “en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Y es en virtud de estos tratados y ley que va a ser posible un efectivo reconocimiento de la titularidad que tienen los extranjeros, respecto a las libertades prescritas por el ordenamiento constitucional.

La Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social, partiendo de la cláusula general de atribución a los extranjeros del goce de derechos y libertades establecidas en el Título I de la Constitución, ( en igualdad de condiciones que los españoles y en los términos establecidos por la Ley) disponía específicamente, también en su artículo 9, el derecho de todo los extranjeros menores de dieciocho años a la educación *en las mismas condiciones* que los españoles (acceso a los niveles de educación infantil y superiores (apartados 1 y 2). No menos clara, pero con otros

---

<sup>438</sup> ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, *Comentario sistemático a la constitución española de 1978...*, *op.cit.*, p. 609.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

matices, era también la dicción literal del apartado 3, que establecía que “*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*” y que *asimismo podrán crear y dirigir centros de acuerdo con lo establecido por las disposiciones vigentes*”. Tras la reforma de esta Ley por la mencionada L.O 8/2000, de 22 de diciembre, ha desaparecido del artículo 3 la referencia genérica al goce por los extranjeros de los derechos y libertades *en igualdad de condiciones* que los españoles, convirtiéndose esta previsión en un “criterio interpretativo general”.

Ahora bien, también podemos encontrar un reconocimiento amplio de dicho derecho, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 3 del Convenio de la UNESCO que reconoce a los extranjeros “*el acceso a la enseñanza en las mismas condiciones que a los propios nacionales*”. De una manera más limitada lo encontramos también en el artículo 1.3 de la propia LODE que señala que “*los extranjeros residentes en España tendrán también derecho a recibir la educación a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo*”.

Más limitada se halla en cambio, su titularidad en el ámbito universitario, donde el artículo 25 de la Ley de Reforma Universitaria adopta un criterio más restrictivo al señalar que “el estudio en la Universidad de su elección es un derecho de todos los españoles. Ello se debe a que el derecho educativo es un derecho que se manifiesta como un derecho esencialísimo de la persona humana que todo Estado debe satisfacer. En la actualidad, no es posible ignorar las importantes inversiones económicas que requieren las universidades, lo que dificulta, cuando no impide en muchas ocasiones, su prestación. Es más, el apartado 2 del artículo primero de la LODE considera que los españoles accederán a los estudios universitarios según sus “*aptitudes y vocaciones*”. En definitiva nos encontramos con un derecho, cuyo ámbito de titularidad abarca a “*toda persona*”, sea ésta nacional o extranjera. Todo ello derivado del especial interés por lograr un desarrollo personal, al que todo hombre tiene derecho en razón de dignidad humana.

Ciertamente, como expresan PEREZ VERA y RODRÍGUEZ CARRIÓN, la Constitución española sigue en esta materia, pese al sinuoso proceso constituyente reflejado en buena medida en el debatido y dificultoso proceso legislativo de desarrollo un sistema de equiparación en principio no absoluta de los extranjeros con los nacionales, regido también por el principio del límite mínimo y remitiendo a la ley y a los tratados para la configuración y limitación del disfrute de las libertades reconocidas a los extranjeros, sobre la base de que se excluyen algunos derechos y libertades de manera implícita (los de los artículo 19 y 29 o explícita los del artículo 23, con las excepciones establecidas en el artículo 13.2)<sup>439</sup>.

### **III.11.2) Apartado 4.-La enseñanza básica es obligatoria y gratuita**

De la formulación del apartado 4 del artículo 27 de la Constitución Española<sup>440</sup>, se puede observar que se trata de un precepto que ha sido elaborado de una manera impersonal, esto por cuanto la Constitución en ningún momento nos habla de un beneficiario particular de la referida enseñanza básica, dedicándose únicamente a proclamar que la referida enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

Un antecedente reciente del derecho a la educación básica lo tenemos expresado en la Ley General de Educación del 4 de agosto de 1970, la cual llegó a desarrollar este derecho en su artículo 2, párrafo 2. Dicho artículo proclamó la Educación General Básica como una enseñanza obligatoria que tenía asimismo según su artículo 15, una duración de ocho años, y que se debía impartir en los centros públicos estatales.

La Constitución no se ha limitado a reconocer un derecho a obtener una plaza en un centro sino que de acuerdo con las exigencias del Estado social, se ha

---

<sup>439</sup> MOYA ESCUDERO, Mercedes, “El derecho a la educación de los extranjeros en España”, *Comentario sistemático de la ley de extranjería* L.O 4/2000 y L.O. 8/2000, Comares, Granada 2001 p. 612 y 614.

<sup>440</sup> El apartado 4 del artículo 27 de la Constitución prescribe que “la enseñanza básica es obligatoria y gratuita”.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

preocupado por las condiciones reales para su ejercicio<sup>441</sup>. Es por este motivo que los poderes públicos se ven obligados a garantizar tanto a los nacionales como a los extranjeros el verdadero disfrute del derecho a la educación. Y de manera intensa y extensa, en los niveles básicos de la enseñanza establecidos con carácter reglado, en tanto en cuanto, son estos los que van a permitir la existencia de una formación generalizada. También hemos de hacer hincapié en que dicha enseñanza debe realizarse con el debido respeto al principio de igualdad, en el que se comprende a todas las personas en expresión de la dignidad de la persona, basamento del libre y pleno desarrollo de la personalidad y por ello conduce a que tales niveles se hayan configurado por el constituyente español como gratuitos, además de obligatorios<sup>442</sup>.

La obligatoriedad de la enseñanza es, aunque parezca paradójico, consecuencia de la concepción de la libertad como fundamento del Estado, y esto es importante advertirlo porque nos ayudará a perfilar el alcance de la obligación. La imposición coactiva se justifica por la presunción de que el niño no es un ser formado y de que sus posibilidades de ser libre, dependen del desarrollo de su personalidad, de ahí que la educación se convierta en un instrumento esencial. Pero con el transcurso del tiempo, los propios fundamentos del Estado de Derecho impiden extender la presunción al adulto aun cuando este fuera analfabeto. De este modo la obligatoriedad no se define por el objeto educativo-el nivel básico-, sino por el sujeto-el niño o adolescente. En rigor habría que hablar de escolarización obligatoria durante las edades en que el sistema educativo se corresponde con el nivel básico. Así que ni el adulto analfabeto está obligado a la enseñanza básica ni la obligación afecta al niño más allá de la edad establecida, cualquiera que sea el nivel alcanzado en este tiempo. La gratuidad, por su parte, es condición esencial para el ejercicio efectivo y generalizado del derecho. Naturalmente, la extensión de la gratuidad en el sistema educativo depende no sólo de la voluntad política, sino de las posibilidades reales de organizarla y financiarla.<sup>443</sup>

---

<sup>441</sup>FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso y Otro; "Artículo 27", *Comentarios ...,op. cit.*, p. 177.

<sup>442</sup>MOYA ESCUDERO, Mercedes, *op.cit.*, p. 617.

<sup>443</sup>FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso y Otro; "Artículo 27", *Comentarios ...,op.cit.*, p. 177.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Introduciéndonos en el ámbito legislativo interno español nos encontramos con una muestra reciente del empeño por posibilitar la consecución para todos de la enseñanza básica. Tal es así que el párrafo 3 del artículo 39 de la LOECE refiere que cuando se lleva a cabo la expulsión de un alumno de nivel obligatorio “la administración le asegurará la continuidad de la educación mediante el procedimiento más adecuado en cada caso”. Es obvio que nunca puede ser contenido del derecho a la educación la pretensión de creación de escuelas aún en los últimos caseríos del país y que, por tanto, no habría recurso judicial o de amparo que pudiera obligar a la Administración a una actividad de este tipo. Sin embargo, la doctrina alemana desde KAUFFMANN y SMEND, han afirmado que, los derechos fundamentales son además de derechos subjetivos, informadores del completo orden político, fijadores e irradiadores de unos determinados valores queridos por el constituyente. Quiere ello decir que con base en el derecho a la educación se podrían controlar perfectamente medidas administrativas o la misma actividad material de la Administración que violentaran en el fondo el derecho a cursar esta enseñanza básica<sup>444</sup>.

De acuerdo con la LOGSE la educación básica se encuentra comprendida desde los seis años hasta los 16 años, dividiéndola en la educación primaria y la secundaria. Por lo tanto, el resto de ciclos educativos, anteriores a los seis años y posteriores a los 16, son voluntarios, limitándose el Estado a regular sus grandes líneas. Otra prescripción legislativa a nivel interno lo encontramos en el artículo 1 de la LODE la cual prescribe que “todos los españoles tienen derecho a una educación básica que les permita el desarrollo de su propia personalidad y la realización de una actividad útil a la sociedad. Esta educación será obligatoria y gratuita en el nivel de educación general básica y, en su caso, en la formación profesional de primer grado, así como en los demás niveles que la ley establezca”.

De esta forma, como refiere MIRANDA CAMPOAMOR se definía una coincidencia básica entre la gratuidad y la obligatoriedad. Mención especial

---

<sup>444</sup> EMBID IRUJO, Antonio, *El Contenido del Derecho a la Educación*, p.35.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

merece el apartado 3 del artículo 1 de la LODE, puesto que es precisamente en dicho apartado en donde se reconoce el derecho a la educación básica a todos los extranjeros residentes en España. En virtud de esta regulación parece fuera de toda duda, que el derecho a la educación de los extranjeros no residentes ha quedado en completo abandono dado que el reconocimiento del referido derecho ha quedado exclusivamente regulado para aquellas personas que se encuentra en situación legal de residentes. Sin embargo, la ley Orgánica 8/2000 ha venido a salvar dicha situación, pues en ella se ha llegado a reconocer el derecho a la educación básica independientemente de la condición legal del menor extranjero.

De esta manera, concordando con lo establecido en la Carta Magna Española, la LOEXIS establece en su apartado 1 del artículo 9, el deber y el derecho de todos los extranjeros menores de 18 años a una educación en las mismas condiciones que los españoles, comprendiendo dicha educación el acceso a la enseñanza básica, gratuita y, obligatoria, y a obtener la titulación académica correspondiente, beneficiándose para ello del acceso al sistema público de becas y ayudas. Por tanto, se reconoce sin distinción; y a diferencia de lo establecido por la LODE; un derecho educativo, con independencia del “status” de regular o irregular de los padres del menor.

### **III.11.3) Apartado 5.- Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes**

El apartado 1º del artículo 27 proclama que “todos tienen derecho a la educación”. Este derecho, como ha destacado la doctrina y el Tribunal Constitucional, tiene en general un contenido primario de derecho de libertad y, más específicamente, una dimensión prestacional que en las condiciones de vida

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

actuales resalta en relación con las exigencias del Estado Social<sup>445</sup>. La Constitución atribuye directamente a los poderes públicos la responsabilidad de garantizar el derecho de todos a la educación aunque sea con la colaboración de todos los sectores afectados<sup>446</sup>.

Como se puede apreciar es en virtud de dicho Estado Social; reconocido en el artículo 1.1 de la C.E que el derecho a la educación se constituye en un servicio público fundamental, y, es por ello, que podemos decir que le corresponde al estado un papel decisivo en la tutela del proceso educativo<sup>447</sup>, tal como lo prescribe el mismo Preámbulo de la LODE.

Ahora bien, cuando hacemos referencia al aspecto tutelador que tiene el Estado respecto al ámbito educativo, se hace necesario abordar el campo específico de las garantías que presta el Estado al servicio de este derecho. En este punto la Constitución española contiene garantías generales que se encargan de proteger los principales derechos fundamentales; así como también, determinadas garantías específicas que hacen una referencia precisa del derecho educativo, encontrándose estas prescritas en el apartado 5 del artículo 27, las cuales para un mejor estudio serán tratadas posteriormente.

Considerando el aspecto no restrictivo que caracteriza al derecho educativo podemos afirmar que dicho derecho se encuentra garantizado a los extranjeros inmigrantes en virtud de lo que establece el artículo 27.5 de la Constitución Española, el cual prescribe que “los poderes públicos garantizarán el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación

---

<sup>445</sup> CAMARA VILLAR, GREGORIO, “Constitución y educación (Los derechos y libertades del ámbito educativo a los veinte años de vigencia de la constitución de 1978)”, *La Experiencia constitucional (1978-2000)*, TRUJILLO, Gumersindo y Otro (director), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid; 2000, p. 274.

<sup>446</sup> CRUZ MIÑAMBRES, José., *El derecho fundamental a la educación –Estudio interdisciplinar alrededor de un núcleo de derecho constitucional*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1988, p.222.

<sup>447</sup> De esta forma las SSTC 86/1985, 337/1994 y 188/2001, sostienen que “El derecho de todos a la educación (...) incorpora así, sin duda junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4 de este artículo 27 de la norma fundamental (...).



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

de centros docentes”. Tal es así que el artículo 9.4 de la LO 8/2000 vendría a completar de forma específica este deber público, dado que les obliga a promover “que los extranjeros residentes que lo necesiten puedan recibir una enseñanza para su mejor integración social, con reconocimiento y respeto a su identidad cultural. Sin embargo, el legislador ha mezclado de forma poco feliz en este artículo los términos, integración social e identidad cultural, mistificación que puede dar lugar a malas interpretaciones, pues parece como si la integración social dependiese encubiertamente de la integración cultural. Cabe destacar, así mismo que la LO 4/2000 en su versión originaria prescindió de cualquier referencia a programas concretos de educación, orientados a compensar las principales dificultades o necesidades específicas que tienen los extranjeros para acceder de forma efectiva a la educación.

Por otro lado podemos decir que la Constitución española de 1978, tal como lo ha expuesto BORRAJO INIESTA, impuso una mutación que obligó a constituir sobre nuevas bases el régimen jurídico de los extranjeros en España, al ostentar los mismos una posición nuclear garantizada frente a la Administración pública e incluso frente al legislador.<sup>448</sup> La fractura que se produce respecto al sistema preexistente es definitiva desde el momento que la materia queda reservada a la ley y desde que se garantiza directamente un conjunto de derechos y libertades a los extranjeros en España, algunos de los cuales tendrán una repercusión inmediata en el ordenamiento vigente<sup>449</sup>.

Cabe señalar finalmente que la LODE en su artículo 10 no ha establecido una reserva exclusiva de la actividad educativa a favor del servicio público, sino que más bien, articula el servicio de la prestación de este servicio por una doble vía que se encuentra representada a través del servicio público y por el sector privado. En lo que se refiere al servicio público se ha de observar que esta responde a dos formas de acción administrativa: una de carácter policial que se ejerce mediante la homologación de las enseñanzas impartidas dentro del sistema educativo y por la inspección que se ejerce sobre el mismo; y otra de servicio

---

<sup>448</sup> BORRAJO INIESTA, Ignacio, “El status constitucional de los extranjeros”, *Homenaje al profesor E. García de Enterría*, Tomo II Editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 707.

<sup>449</sup> *Ibidem*, p.708.

público, la cual se lleva a cabo por medio de la provisión del servicio de la educación en el nivel no universitario. A estos efectos, la LODE clasifica las modalidades de acción administrativa, las cuales varían en función del régimen jurídico previsto para los centros docentes. De esta forma, el artículo 10.3 de la LODE prescribe que existen 3 centros educativos diferentes: los centros educativos públicos, los privados y los concertados (los cuales son centros privados sostenidos con fondos públicos de la administración). La LOGSE viene a reforzar la obligación prestacional que poseen los poderes públicos y de este modo determina en su artículo 65 que en el nivel de la educación primaria los poderes públicos garantizarán a todos los alumnos un puesto escolar gratuito en su propio municipio o excepcionalmente para la educación primaria y la secundaria obligatoria y en las zonas rurales que se considerase aconsejable<sup>450</sup>.

### **III.12) Garantías constitucionales del derecho a la educación de los extranjeros inmigrantes**

La Carta Fundamental de España contiene dentro de su cuerpo normativo un conjunto variado de garantías que protegen en forma general o específica los derechos educativos de los extranjeros inmigrantes. Pues bien, en lo que concierne a las garantías generales, podemos observar que la Constitución de 1978 contempla ya desde los inicios de su vasto articulado un determinado grupo de garantías, las cuales si bien se encuentran repartidas a lo largo de todo el texto constitucional, podemos decir que encuentran su expresión más específica en el artículo 1.1 de la misma Carta Constitucional. Efectivamente, del análisis del artículo 1.1 se puede desprender tres conceptos que garantizan y que a la vez se constituyen en elementos fundamentales interconectados para el reconocimiento efectivo del derecho educativo de los extranjeros inmigrantes. Así pues, nos estamos refiriendo al Estado de Derecho, al Estado democrático y al Estado Social.

---

<sup>450</sup> SOUVIRON MORENILLA, José, *La actividad de la administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1997, p.466.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Como ya hemos dicho antes, estos tres conceptos se encuentran íntimamente conectados en cuanto piezas claves para el desarrollo del derecho educativo, ello se explica de la importancia que adquiere en primer lugar el concepto de Estado de Derecho. Si efectuamos una mirada hacia el pasado, no resulta difícil recordar el estado despótico imperante en España durante el siglo XVII, y es precisamente en contra de este estado despótico y absolutista cuando surge la figura del estado de derecho, como supremo hacedor de la idea de la limitación del poder a través del Derecho. Configurado este nuevo estado, el derecho educativo logra experimentar cambios significativos dentro de su desarrollo, pues como ya hemos visto antes, es a partir de ese entonces cuando la educación adquiere un nuevo rumbo, llegándose a convertir en un instrumento básico del nuevo estado de derecho. Ahora bien, dentro del mismo estado de derecho también podemos destacar la importancia del principio de legalidad, tanto desde su vertiente negativa de no transgresión de los derechos fundamentales, como lo es el derecho educativo, como desde su vertiente positiva que implica actuar conforme a lo que establece el derecho. Y es aquí, precisamente en donde estarían incluidas las acciones positivas educativas que debe de efectuar el Estado a favor de todas las personas, sean estas nacionales o extranjeras.

Incluido dentro de las garantías que ofrece el artículo 1.1, nos encontramos en segundo lugar al Estado Democrático. Este concepto, muy aparte de estar conectado con el estado de derecho, se encuentra relacionado también con la idea de participación, ello se evidencia de la fórmula que lleva aparejado el estado democrático, al reconocer una serie de derechos como los de participación, los cuales se convierten en elementos esenciales del concepto integral de los derechos fundamentales<sup>451</sup>. De esta manera, el derecho de participación encuentra su expresión en el artículo 27.5 de la Constitución Española, en el cual se hace referencia a la participación efectiva de todos los alumnos y de toda la comunidad educativa en general, ya sea en la toma de decisiones, en la planificación o en la administración de servicios.

---

<sup>451</sup> PECES BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, I, Teoría General, Eudema, Madrid, p.504.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Finalmente, podemos también incluir dentro de este grupo de garantías generales al denominado Estado Social. Parece, pues, bastante indiscutible reconocer la importancia que ha adquirido este concepto en los últimos tiempos, sobre todo si al derecho educativo se trata, ello se explica debido a los grandes avances que ha experimentado este derecho con la incorporación del nuevo estado social. Así, se observa que la igualdad ha adquirido dentro de este nuevo estado social un valor preponderante, el cual es visto no ya sólo como un valor superior sino también como un principio constitucional, de naturaleza formal y sobretodo sustancial que exige, como ya veremos posteriormente, un tratamiento diverso a las situaciones distintas y desiguales. Aquí, es precisamente en donde emerge la acción positiva del Estado, para dar efectividad a los derechos educativos de las personas más necesitadas del contexto social, que en el caso presente está referido a los derechos educativos de los extranjeros inmigrantes. De esta manera, podemos decir que se cumple con la función encomendada por el artículo 9.2 de la Constitución Española de promover la igualdad y de remover todos aquellos obstáculos que impiden su práctica.

Pues bien, en lo que concierne al resto de las garantías generales que la constitución ofrece, podemos observar que, el derecho educativo comparte conjuntamente con los otros derechos fundamentales un determinado número de garantías, las cuales según lo que establece el Capítulo IV del Título I de la Constitución Española, se encuentran clasificadas en garantías normativas, jurisdiccionales e institucionales<sup>452</sup>.

En lo que respecta a las garantías normativas, cabe precisar que ellas se encuentran contenidas en el artículo 53 de la Constitución Española. En efecto, es posible encontrar dentro del contenido del presente artículo, dos referencias que garantizan de un modo u otro el derecho educativo de las personas. Así, de la primera expresión se establece que “*todos los derechos y libertades*” reconocidos en el capítulo segundo del título I “*vinculan a todos los poderes Públicos*”, con lo cual una vez más, se estaría haciendo referencia a la labor prestacional educativa que deben brindar los poderes públicos al servicio de las personas que lo

---

<sup>452</sup> PEREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2004, pp.65-104.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

requieran. En cuanto a la segunda referencia proclamada, nos encontramos con que ésta resalta según el mismo artículo, una garantía de reserva de ley<sup>453</sup>, pues proclama que “*solo por ley, podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades*”. No obstante, cabe resaltar en este punto, que dicha regulación habrá de efectuarse respetando el contenido esencial del derecho, que en el caso presente sería respetando el contenido esencial<sup>454</sup> del derecho educativo. Contenido esencial que ningún legislador, sea cual sea su posición, deberá de restringir o de suprimir por debajo del nivel constitucional previsto<sup>455</sup>. Y es precisamente en la defensa de este contenido esencial del derecho educativo, que surge la figura del recurso de inconstitucionalidad como figura tutelar frente a las leyes y disposiciones normativas con rango de ley, tal como lo prescribe el artículo 161.1.a de la CE.

Otra garantía constitucional de los derechos fundamentales encuentra su expresión en el artículo 168.1 de la Constitución Española, el cual se expresa proclamando la especial rigidez de las normas constitucionales reconocedoras de derechos fundamentales, consagrándose así el principio de rigidez de algunos derechos y libertades que se encuentran regulados en la Sección 1 del Capítulo II del Título I, los cuales según su grado de importancia, como lo es el derecho educativo deben de gozar de una especial protección ante cualquier reforma que se pretenda hacer de ella<sup>456</sup>.

Abordando el ámbito de las garantías jurisdiccionales, observamos que ellas se encuentran contenidas en el apartado segundo del artículo 53, de la Constitución. Y es precisamente el artículo 24 de la misma Carta Fundamental el que viene a añadirse al fundamento de las garantías jurisdiccionales<sup>457</sup>, las cuales pueden ser clasificadas en garantías ordinarias y garantías constitucionales. Así en

---

<sup>453</sup> Efectivamente según el tenor del artículo 53.1 de la Constitución Española, es posible observar la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales a través de una Ley Orgánica, la cual no podrá regular con absoluta discrecionalidad el derecho educativo.

<sup>454</sup> La expresión de “contenido esencial” ha sido recogida también por el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn.

<sup>455</sup> GARCÍA MORILLO, Joaquín., *La protección judicial de los derechos fundamentales.*, Tirant lo Blanch, Valencia., 1994., p 37.

<sup>456</sup> *Ibidem*, p.40.

<sup>457</sup> El apartado 1 del artículo 24 de la Constitución proclama que “Todas las personas tienen el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

virtud del artículo 53.2 se llega a reconocer en primer lugar, las garantías ordinarias como el derecho que tiene “cualquier ciudadano” para recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del Capítulo II ante los Tribunales Ordinarios<sup>458</sup>, ello siempre y cuando el procedimiento esté basado en los principios de preferencia y sumariedad. Este proceso es el que comúnmente se conoce con el nombre de amparo ordinario y se constituye así, en la primera vía para recurrir en la defensa del derecho educativo.

Una vez agotadas las vías pertinentes e intentado sin éxito el amparo ordinario, la tutela de aquellos derechos y libertades como lo es el derecho educativo podrá instarse a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Y es precisamente en virtud de dicho amparo constitucional ante el cual será posible proteger al ciudadano de los actos de lesión o violación de sus derechos y libertades fundamentales y así mismo se les restablecerá o preservará de los mismos. Así pues, en este sentido la STC 130/89, de 17 de julio, señala que “el recurso de amparo tiene carácter de remedio último, extraordinario y siempre subsidiario, reservado para aquellos supuestos en el que el proceso ante los tribunales ordinarios ha sido eficaz para preservar o restablecer al solicitante de amparo en la integridad del derecho fundamental vulnerado (...)”.

Ahora bien, es preciso aclarar en este punto, que si bien es cierto que el artículo 53.2 no menciona en un principio al extranjero como un agente capaz de ejercitar el procedimiento, ello sin embargo no debe de significar su exclusión en el goce de este derecho, pues la expresión de “ciudadano” prescrita en el artículo 53.2, debe de entenderse, a la luz de otros preceptos constitucionales<sup>459</sup>, que no hacen referencia a la calidad de ciudadano sino más bien a la calidad de persona humana<sup>460</sup>. Así mismo, si se tiene en cuenta lo pronunciado por el artículo 53 y el artículo 41 de la LOTC, podemos observar que ninguna ha supuesto para el

---

<sup>458</sup> Cabe resaltar en este punto que la Constitución Española goza en sí misma de un carácter especial que la hace fuente directa de derechos y obligaciones, es decir es una ley general que no agota el contenido fundamental de los derechos fundamentales.

<sup>459</sup> Un precepto constitucional importante que nos permite incluir al extranjero en el goce de este derecho es el artículo 13.1 de la Constitución Española, el cual viene a ser ratificado según Cascajo Castro, de acuerdo a lo prescrito por los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, así como también por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

<sup>460</sup> GARCÍA MORILLO, Joaquín, *op.cit.*, p.61.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

extranjero restricción alguna para ejercer su capacidad de parte. Con lo cual no procedería entonces, establecer la exclusión del extranjero como sujeto capaz de instar dicho recurso. De esta manera podemos afirmar que el extranjero si constituye un sujeto capaz de interponer los recursos judiciales pertinentes, en defensa de los derechos educativos reconocidos en el capítulo II del Título I de la Constitución Española. A dicha afirmación contribuye lo establecido por el artículo 20 del Ley 4/2000, de 11 de enero, reformada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, al reconocer que los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva<sup>461</sup>. Sin embargo, debe tenerse en cuenta en dicho reconocimiento aquello que expresa el artículo 3 de la misma ley, cuando hace referencia a que los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución “en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos”, es decir, que se debe de considerar que en un principio existe la presunción de que los extranjeros están en condiciones de igualdad con los españoles; sin embargo, el artículo 3 reconoce la existencia de un derecho de determinación legal, con lo cual se manifiesta la existencia de cualquier ley que podrá establecer algunas diferencias y peculiaridades en lo que a la aplicación de las garantías jurídicas de los extranjeros se refiere. No obstante, y a pesar de que el derecho de los extranjeros a las garantías jurisdiccionales se encuentra sujeta a una determinación legal, cabe hacer en sentido positivo una interpretación formal de la Constitución, tal y como lo ha manifestado SAGARRA I TRIAS, en el sentido de que el artículo 24 nos lleva indefectiblemente a afirmar que es un principio básico constitucional el evitar la indefensión a todos, es decir, tanto a los nacionales como a los extranjeros<sup>462</sup>.

Ahora bien dentro de las garantías institucionales que la Constitución Española establece dentro de su cuerpo normativo, lo constituye el artículo 54, el cual hace referencia a la garantía institucional del Defensor del Pueblo, esta institución tiene por finalidad la defensa de los derechos fundamentales, y de forma muy especial la investigación y el control de las administraciones

---

<sup>461</sup> ALVAREZ, José María, *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 2001, p. 218.

<sup>462</sup> SAGARRA I TRIAS, Eduard, *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Bosch, Barcelona, 1991, p.253.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

administrativas, que en caso particular de nuestro estudio puedan lesionar los derechos educativos de los extranjeros inmigrantes.

Finalmente, hemos de destacar como garantía específica del derecho educativo de los inmigrantes, la garantía prescrita por el apartado 5 del artículo 27 de la Constitución Española, el cual así mismo comprende dos tipos de garantías. La primera garantía está referida a la participación concurrente con los poderes públicos de los sectores afectados en la programación general de la enseñanza. Como se desprende de la redacción del referido apartado, dicha garantía se encuentra avalando una participación conjunta sin alusiones de nacionalidad de los padres e hijos como sectores afectados del sector educativo con el poder público que se erige como el principal protector del derecho a la educación. Sin embargo, dicha garantía se torna débil e indirecta cuyo sentido teleológico es, más bien, una limitación de los poderes públicos ante las programaciones “no generales”<sup>463</sup>.

Por medio de la programación general de la enseñanza los poderes públicos aseguran la cobertura de las necesidades educativas, racionalizan el uso de los recursos públicos destinados a la educación, proporcionan una oferta adecuada de puestos escolares, y promueven la igualdad de oportunidades. Tal programación debe asegurar simultáneamente el derecho a la educación y la posibilidad de escoger un centro docente dentro de la oferta de puestos escolares gratuitos, pues tal libertad no existe verdaderamente si no se asegura un derecho educativo para todas<sup>464</sup> las personas, sean estas nacionales o extranjeras.

La segunda garantía, consistente en “la creación de los centros docentes” se nos presenta como una garantía que tampoco es efectiva. Ello se explica, por cuanto los derechos prescritos según el apartado 3 del artículo 53 “sólo podrán ser

---

<sup>463</sup> PRIETO de Pedro Jesús, *Cultura, culturas y constitución*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1992, p 518 y 519.

<sup>464</sup> MANUALES DE FORMACIÓN CONTINUADA, *Aspectos Administrativos del Derecho a la Educación. Especial Consideración de la Universidades Pública*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2001, p 78.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen”<sup>465</sup>.

El derecho a la creación de centros docentes educativos, alberga una importancia capital, por cuanto se encuentra en íntima conexión con otros derechos educativos. De esta manera, el derecho a la libre elección de centro educativo podrá ejercerse siempre y cuando existan, en el ámbito nacional, una pluralidad de centros educativos creados por el estado. De este modo al existir una diversidad de centros educativos dentro del Estado, será posible entonces garantizar el derecho o libertad de elección. Es por este motivo que “los poderes públicos tienen la responsabilidad de hacer posible de verdad y para todos la posibilidad de elección, la igualdad de oportunidades ante la elección en los centros públicos y privados concertados, estableciendo un sistema de criterios objetivos de acceso a los mismos”<sup>466</sup>.

### **III.13) Marco Normativo nacional del derecho a la educación**

El ámbito de protección de los derechos educativos de los extranjeros inmigrantes no se limita a lo proclamado por la actual Carta Magna. Siguiendo con lo establecido por su propio articulado, nos encontramos con que el apartado 1 del artículo 13, y el apartado 2 del artículo 10, nos hacen referencia a la existencia de determinadas normas de desarrollo constitucional<sup>467</sup> que ayudan e influyen en el debido desarrollo de este derecho. Nos estamos refiriendo obviamente en primer lugar, a las leyes internas de desarrollo del referido derecho y en segundo lugar a las grandes declaraciones internacionales, tratados y acuerdos que se hayan efectuado en desarrollo del derecho educativo. Tampoco debemos de olvidar dentro de este análisis, la atención que debemos prestar a la principal normativa europea existente sobre el tema, pues ésta resulta importante conjuntamente con otras declaraciones como fuente de inspiración de los derechos

---

<sup>465</sup> PRIETO de Pedro Jesús., *op.cip*, p.518.

<sup>466</sup> CRUZ MIÑAMBRES, José, *op.cit.*, 92.

<sup>467</sup> El artículo 10.2 de la CE expresa que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

El artículo 13.1, prescribe 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.

fundamentales que reconoce la Constitución Española. De este modo, se hace necesario con el fin de proporcionar una mayor protección de los derechos educativos de los extranjeros, analizar la normativa existente al respecto.

### **III.13.1) La ley orgánica de extranjería**

Para poder apreciar los avances y retrocesos educativos que ha sufrido el status actual del extranjero inmigrante en España se hace necesario tomar conocimiento de lo que constituyó, hasta hace poco la Ley Orgánica 7/1985, llamada “De Los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España”. Ley que como se sabe fue posteriormente reformada por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero la cual a su vez fue profundamente reformada por la Ley de Extranjería 8/2000, de 22 de diciembre.

Al ser España un país de inmigración reciente, mínima fue la legislación existente al respecto. Se pudo observar así, en las primeras normativas un claro nivel de dispersión. Ya con el transcurso de los años, ante el gran aumento de la masa inmigratoria, se hizo necesaria la creación de una nueva normativa sistematizada que regulase el status de los inmigrantes<sup>468</sup>. Sin embargo, el nacimiento tan esperado de la primera ley Orgánica 7/1985, no satisfizo en modo alguno las expectativas que en ella se habían puesto. Dicha ley en vez de configurarse como una normativa protectora de los derechos de los inmigrantes, se constituyó en una legislación muy rígida en donde su principal función se puede decir, fue el control de los flujos inmigratorios en España.

No podemos olvidar que dos fueron los hechos que marcaron el nacimiento de dicha ley: la crisis económica y la entrada de España en la Comunidad Económica Europea. Y es precisamente gracias a este último suceso, donde se puede decir, que España recrudesció su política inmigratoria,

---

<sup>468</sup> ESPULGUES MOTA, Carlos y Otro, *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España (Análisis de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.19.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

conjuntamente con la legislación de los otros países europeos. Todo ello con el fin de uniformar las políticas tendentes a legalizar la inmigración extranjera de los países miembros<sup>469</sup>.

En el ámbito educativo, dicha ley prosiguió con la política de máxima equiparación de los extranjeros con los españoles, todo ello siempre y cuando se diese cumplimiento al requisito previo de la legalidad<sup>470</sup>. Así el artículo 9 de la referida Ley señalaba que “Se reconoce a los extranjeros el derecho a la educación siempre que se hallen legalmente en el territorio nacional y atendiendo al principio de reciprocidad”. De esta manera podemos decir, como se desprende del referido articulado, que el reconocimiento efectivo del derecho a la educación se encontraba subordinado a la legalidad que tuviere el extranjero en tierras españolas y a la efectiva atención al principio de reciprocidad.

De esta última condición es donde encontramos una clara contradicción entre lo estipulado por la ley, con lo ya establecido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pues como se sabe dicha declaración reconocía un derecho a la educación en forma absoluta para “toda persona” y sin restricciones. Si con ello aún tomamos en cuenta, el reconocimiento amplio efectuado por la actual Carta Magna, se tornaba en un absurdo limitar este referido derecho bajo la sombra del principio de reciprocidad<sup>471</sup>. Dicha ley asimismo preveía en su artículo 24, un régimen especial para aquellos estudiantes extranjeros que viniesen a España con el fin primordial de investigación o formación no remunerada laboralmente, en cualquiera de los centros docentes o científicos españoles, públicos o privados oficialmente reconocidos.

---

<sup>469</sup> BORRÁS, Alegría, “La influencia de la evolución en el medio internacional sobre el derecho español de extranjería en el período 1985-1995”. *Diez años de la Ley de Extranjería: Balance y perspectivas*, VV.AA, BORRÁS, Alegría (director), Fundación Paulino Torras Doménech, Barcelona, 1995, p.21.

<sup>470</sup> ASENSI SABATER, José, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, VV.AA, ASENSI SABATER (director), Edijus, Zaragoza, 2000, p.21.

<sup>471</sup> FLÓRES JIMÉNEZ, Fernando, “La normativa para los extranjeros no comunitarios en España”, *Revista General de Derecho*, N°585, 1983, p.5763.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Más tarde, ya con el nacimiento del Reglamento de Extranjería de 1996, el derecho a la educación se encontró regulado en una forma aparente contradictoria, todo ello dado que en el apartado segundo del artículo dos, no se hacía depender este derecho del requisito exigido de legalidad residencial, mientras que en el artículo séptimo del propio reglamento si continuaba con la referida exigencia de la legalidad<sup>472</sup>.

Finalizado el siglo anterior y ya a comienzos del presente siglo, se ha llevado a cabo un largo debate en torno a la elaboración de una nueva ley básica que regulase el estatuto jurídico de los extranjeros. De esta manera muchas de las discusiones fueron protagonizadas por diversos grupos políticos, asociaciones humanitarias, asociaciones de inmigrantes, así como también patronales, sindicales y clericales. Producto de estos largos debates y ante la gran ineficacia jurídica representada por el Real Decreto 155/1996 y así mismo por la anterior Ley Orgánica de 1985, es cuando surge la L.O 4/2000, de 11 de enero, llamada Ley Sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, la cual fue aprobada el 25 de noviembre de 1999. Con la norma se quiso pasar de una política meramente policial, o de control de flujos a una política que permitiese la integración social y evitase la discriminación de los inmigrantes, reconociéndoles una serie de derechos que tendiesen a equipararles con los españoles y permitiese el ejercicio de los derechos fundamentales que la Constitución ofrece sin límites de nacionalidad<sup>473</sup>. Dicha reforma se concretó así, en el año 2000, elaborándose así la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social la que fue posteriormente reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

La aprobación de la LO 4/2000 constituyó sin duda alguna un gran avance en cuanto al reconocimiento de determinados derechos a los no

---

<sup>472</sup> CAMARA VILLAR, Gregorio, "El derecho a la educación de los extranjeros en España", *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (L.O 4/2000 y L.O 8/2000)*, VV.AA, MOYA ESCUDERO, Mercedes (coord.), Comares, Granada, 2001.

<sup>473</sup> PÉREZ DÍAZ, Víctor y otros, *España ante la inmigración*, Colección de estudios sociales, N°8, Fundación La Caixa, Barcelona 2001 p.88.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

nacionales, contradiciendo de alguna manera determinadas disposiciones establecidas por la estricta Ley 7/1985, que claramente habían contravenido los derechos humanos de los extranjeros inmigrantes. Una característica fundamental del referido texto es que proclama lo que ya estaba obligado por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y por la Ley Orgánica 1/1996, referido a la equiparación, sin restricción alguna de los menores nacionales y extranjeros con independencia de la regularidad de la estancia de estos últimos en España.<sup>474</sup> Desapareciendo de esta manera, en un cambio radical, la referencia hecha al principio de reciprocidad, que había sido establecida en la anterior Ley de 1985<sup>475</sup>.

Manteniendo este espíritu de reconocimiento y expansión de los derechos en pro de una máxima equiparación de éstos, dicha ley trató el tema educativo en forma favorable al colectivo de extranjeros. De esta manera la ley dispuso en el apartado 1 del artículo 9 el derecho de todos los extranjeros menores de 18 años a una educación en las mismas condiciones que los españoles, reconociéndose así una educación básica, obligatoria y gratuita en igualdad de condiciones.

Una disposición innovadora que fue posteriormente reformada estuvo contenida en el apartado segundo del artículo 9, llegándose a reconocer en ella el derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. De esta manera, se llegaba a dar un trato de igualdad en cuanto al derecho a la educación infantil y superior respecto de los españoles, así como también a la respectiva obtención de títulos y al acceso al sistema público de becas<sup>476</sup>.

---

<sup>474</sup> TRINIDAD GARCÍA, MARÍA LUISA, *Guía jurídica de extranjería y asilo y ciudadanía de la unión*, Comares, 2ª edición, Granada, 1999, p.77

<sup>475</sup> CAMARA VILLAR, Gregorio, "el derecho a la educación...", *op.cit.*, p.619.

<sup>476</sup> AJA, ELISEO, "Derechos y libertades de los extranjeros", *La nueva regulación de la inmigración en España*, VV.AA, AJA, Eliseo (coord.), Tirant LO Blanch, Valencia, 2000, p.61.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Como puede observarse del nivel de reconocimiento de derechos efectuado por dicha ley, se desprende un reconocimiento de derechos en el cual el grado de legalidad del extranjero no constituyó un límite fundamental para su desarrollo. Dicha ley como es sabido adquirió un carácter progresista ansiado por diversos grupos sociales y políticos, al no obstaculizar la efectiva integración por meros factores administrativos, dándole prioridad así, al denominado principio de igualdad.

En el marco de las elecciones a cortes generales efectuadas en el país y dentro del nuevo cambio de régimen de gobierno, presidido por el Partido Popular, y encontrándose aún la Ley Orgánica 4/2000 dentro de su primer año de vigencia, ésta se vio reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, la cual llegó a reformar 54 de sus 63 artículos. Muchos fueron los motivos expuestos para la respectiva reforma, aunque entre todos ellos nos encontramos como principal argumento justificante para el cambio el Preámbulo de la Ley Orgánica de Reforma, el cual expuso dos aspectos principales. Un primer punto lo constituye, el fenómeno migratorio que según la nueva norma superaba las previsiones de la ley de extranjería y por lo tanto había que encausar la nueva ley, para así incentivar la entrada y permanencia en España, dentro de los marcos legales de regularidad. Desde un segundo punto de vista resultó necesario adaptar la nueva normativa a los nuevos compromisos europeos adoptados en virtud del Convenio de Shengen y el de Tampere, ello respecto a los países cuyos controles fronterizos en las rutas de tránsito desde nuestro país habían sido eliminados o reducidos sustancialmente<sup>477</sup>.

El establecimiento de la Ley Orgánica 8/2000 de reforma de la LO 4/2000, significó sin lugar a dudas, un claro retroceso en los avances en cuanto al reconocimiento de los derechos humanos de los inmigrantes, pues muchos de los diversos derechos reconocidos por la anterior ley fueron notablemente modificados, volviéndose de esta manera a gran parte de lo que ya se había establecido en la primera ley 7/1985. Uno de los principales derechos modificados

---

<sup>477</sup> PÉREZ DÍAZ, Víctor y Otros, *op.cit.*, p. 94.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

y relacionados a su vez, con el derecho a la educación, lo constituyó el denominado derecho a la igualdad. Pues habiendo sido reconocido en un principio el derecho a la igualdad en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 4/2000, como un derecho que facilitaba la integración de los inmigrantes, fue posible observar posteriormente un cambio fundamental en la nueva configuración de la Ley de Reforma. Dicho cambio fue manifiesto al sufrir el referido artículo la supresión de la palabra **igualdad** en cuanto al goce de los derechos y libertades reconocidos en el título I de la Constitución<sup>478</sup>.

De esta manera se ha establecido como señala VIDAL FUEYO<sup>479</sup> un criterio interpretativo general en el cual se entenderá que *“los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta ley en condiciones de igualdad con los españoles”*.

Mucho se ha hablado acerca del carácter netamente policial que representaba la nueva ley de reforma. Todo ello no nos extraña al haberse convertido dicha ley en una “ley de control administrativo” en donde la situación jurídica del extranjero prevalece ante cualquier esfuerzo de integración. Así pues, se llega a clasificar en forma terminológica a los extranjeros en regulares, irregulares o aun peor en legales o ilegales.

La Ley Orgánica 8/2000, a diferencia de su predecesora reformada, configura en el primer apartado del artículo 9 un derecho a la educación, calificándola expresamente como un derecho deber que debe ser respetado y ejercido por todos. Dicha derecho- deber debía además ser reconocido a los menores de acuerdo con lo establecido por la Constitución en su artículo 27.4. Es en este punto donde nos encontramos con una novedad normativa, ya que como puede observarse la anterior ley 4/2000 no había hecho referencia a este derecho calificándolo como un derecho-deber, puesto que sólo se encargó de regularla como un derecho, ignorando por completo su regulación como deber.

---

<sup>478</sup> AGUELO NAVARRO, Pascual, *Comentario a la ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, VV.AA, CAMPO CABAL, Manuel (coord.), Civitas, Madrid, 2001, p.95.

<sup>479</sup> VIDAL FUEYO, María del Camino., *Constitución y extranjería...*, op.cit., p.142

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Ya en el segundo apartado del artículo 9 se introduce un nuevo párrafo referente a la educación infantil, poniéndose énfasis en su carácter voluntario y en la obligación que tienen las administraciones públicas de proveer las plazas necesarias cuando ellas sean solicitadas. Cabe hacer notar que en este punto la inclusión del indeterminado término estadístico de población nos hace pensar que dicha regulación no hace diferencias en cuanto al menor extranjero regular o menor extranjero irregular. Es evidente que hoy en día no cabe duda de la importancia que ha adquirido este derecho en el sentido de que tiene que ser protegido; no obstante, hay que anotar que algunos autores, siguiendo la interpretación que efectúa el Tribunal, han sostenido que dicho derecho no tiene una dimensión trascendental por no encontrarse vinculada estrechamente con las exigencias que requiere la dignidad de la persona, en este sentido se ha manifestado CÁMARA VILLAR, quien sostiene que con respecto a este derecho “no nos encontramos en el terreno de la estricta necesidad para la satisfacción de las exigencias de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, sino en el de la perfectibilidad de la formación”<sup>480</sup>. Conviene señalar no obstante, siguiendo el criterio señalado por GARCÍA VÁZQUEZ, que en este sentido la importancia que requiere el reconocimiento de este derecho no debe limitarse por tanto a la igualdad de oportunidades que se debe de tener respecto al acceso a la educación, sino que también debe de tenerse en cuenta la eliminación de todos aquellos factores que puedan contribuir a la discriminación, ya sea por motivos que sean relacionados con la capacidad económica o por el nivel social que posea el educando<sup>481</sup>.

Llegado al tercer acápite del artículo 9 nos encontramos con una explícita reserva. Dicha reserva es manifestada al reconocerse el derecho a la educación no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles, a todos aquellos extranjeros que estuvieron en una situación administrativa de residentes. Es aquí precisamente donde podemos hallar la mayor diferencia con lo expresamente reconocido por la ley de Reforma 4/2000, pues si ésta reconocía este derecho en

---

<sup>480</sup> CÁMARA VILLAR, Gregorio; “El derecho a la educación de los extranjeros en España” *Comentario Sistemático a la ley de Extranjería*, Mercedes Moya Escudero (Coord.), Granada, 2001, p.623-625.

<sup>481</sup> GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, op .cit, p.122.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

forma amplia, la actual ley reformadora vino a modificar dicha generalidad, que se manifestaba claramente beneficiosa para los extranjeros inmigrantes.

A pesar de los cambios efectuados respecto a la educación no obligatoria de los extranjeros inmigrantes, por la Ley Orgánica 8/2000, cabe resaltar que en este sentido el Tribunal Constitucional se ha manifestado contrario al reconocimiento que dicha ley ha otorgado a los extranjeros; de esta forma según la sentencia 236/2007<sup>482</sup> el Tribunal Constitucional ha manifestado que el reconocimiento del derecho a la educación no obligatoria sólo para los extranjeros inmigrantes residentes, se torna inconstitucional puesto que se estaría vulnerando el artículo 27.1 de la CE, el que conjuntamente con el artículo 39.4 el artículo 28 de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño y el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos humanos, reconocen derecho a la educación no básica a todos los menores de 18 años que no tengan residencia legal en el país de acogida. Según el Tribunal Constitucional debe de tenerse en cuenta aquello que dispone el artículo 27.1 de la CE al reconocer que todos tienen el derecho a la escolarización, comprendiendo dicha escolarización tanto la educación básica como la no básica, esto según se desprende del contenido esencial de dicho derecho, lo cual implica, que el derecho al acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación y su ejercicio por lo tanto puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor. De esta forma el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad del término “residentes” dentro del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 8/2000 de reforma de la Ley 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Expuesta la inconstitucionalidad del término residentes en el reconocimiento del derecho a la educación no obligatoria que se efectúa respecto a los extranjeros inmigrantes, cabe mencionar a su vez en este mismo sentido otra incongruencia en la que llegó a caer la Ley Orgánica de Extranjería. Si bien es cierto que la Ley Orgánica de Extranjería reconoció en su apartado tercero el derecho a la educación no obligatoria en función de la residencia que posea el extranjero inmigrante; hay que percatarse no obstante, que cuando se hacía dicho

---

<sup>482</sup> STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

reconocimiento, este no significaba sin embargo que se tomara el término residente desde un sentido estrictamente técnico, es decir, que no se reconocía la existencia del derecho en función del estatus de residente que prescribe expresamente la Ley, pues si se consideraba el derecho en función de dicho estatus, se habría estado excluyendo del reconocimiento de dicho derecho a aquellos estudiantes extranjeros que a pesar de estar en condiciones legales dentro del país, no se encuentran no obstante dentro de la categoría de residentes que prescribe la ley. Es de esta forma, que el sentido de extranjero residente que prescribía la ley tendrá que ser entendida, esto es, como el de un extranjero que resida efectivamente en España<sup>483</sup>.

Por otro lado, haciendo referencia al aspecto específico que debe representar la labor de los poderes públicos, nos encontramos con que el apartado 4 del artículo 9 de la ley, establece una clara promoción de enseñanza dirigida a todos aquellos extranjeros residentes que lo necesiten, todo ello con el fin de obtener una mayor integración social, con reconocimiento y respeto de su identidad cultural<sup>484</sup>.

Resulta vital en este sentido desarrollar políticas que tiendan al desarrollo del proceso de integración. Una de las políticas que pueden contribuir al logro de esa integración lo constituye el aprendizaje específico de la lengua del país de acogida, el cual debe de ser proporcionado por los poderes públicos siempre bajo el respeto de la identidad cultural que poseen los extranjeros inmigrantes<sup>485</sup>.

Habiendo llegado a este punto, resulta así crucial hacer un pequeño análisis respecto de lo que realmente significa integración social e identidad cultural.

En el aspecto educativo resulta vital el hablar de integración, por lo tanto si queremos integrar educativamente a un determinado grupo extranjero inmigrante,

---

<sup>483</sup> GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, op. cit, p.119.

<sup>484</sup> AZNAR LÓPEZ, Manuel, "Los derechos sociales de los extranjeros", *Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p.139.

<sup>485</sup> *Ibidem*, p.139.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

se hace necesario prohibir todo tipo de discriminación que pueda existir en la sociedad, ya sea por factores económicos, sociales o culturales<sup>486</sup>. Una educación para la integración social no puede suponer una educación en una supuesta cultura específica. Integrar no significa querer imponer valores que la ley parece creer que existen y que el extranjero por una extraña “identidad cultural” no comparte.

Ahora bien, si para integrar es necesario no discriminar culturalmente, entonces podemos decir que en el aspecto de la identidad cultural se hace necesario a su vez, que los poderes públicos se vean obligados a remover todo posible conflicto que pueda surgir en el ámbito educativo por estos motivos ya apuntados, a garantizar el derecho que asiste a los padres para elegir los centros educativos donde se impartan enseñanzas acordes a sus credos o convicciones morales (27.5 C.E), el derecho de los alumnos a que se respete su libertad de conciencia, así como sus convicciones religiosas y morales de acuerdo con la constitución (art 6.1 de la LODE y 16 de la C.E) y su integridad y dignidad personales (art 6.1.d de la LODE).

Por tanto, se hace preciso recordar cómo el fundamental artículo 13.1 de la C.E reconoce a los extranjeros la titularidad de los derechos fundamentales, si bien “en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Con ello, y sin adelantar cuestiones que serán desarrolladas más adelante, el alcance preciso de esta titularidad quedó encomendado a los tratados y a la ley. Prescindiendo ahora de los tratados, pues su posición en virtud del artículo 10.2 ya ha sido comentada, parece claro que la Constitución contiene un mandato dirigido al legislador, de configuración de un status constitucional de los extranjeros, que la propia Constitución por sí misma no aborda acabadamente. La ley promulgada al cabo de seis años, contiene hoy el régimen básico de las libertades de los extranjeros en España. Ha de tenerse en cuenta por otra parte, que la última reforma de la ley de extranjería, llevada a cabo por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, no ha llegado a establecer modificaciones respecto a la regulación del derecho educativo de los extranjeros.

---

<sup>486</sup> Vid. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p.906.

**III.13.2) La Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación 8/1985 (LODE)**

Como ya se ha visto en el primer capítulo, variadas fueron las leyes expedidas en desarrollo del derecho a la educación, ya sea desde la conocida Ley General de Educación de 1970 como también de los ulteriores desarrollos a través de los años. Uno de estos últimos desarrollos legislativos lo constituye así la Ley 8/1985, de 3 de julio, denominada también como la Ley Reguladora del Derecho a la Educación. Dicha ley ha nacido tomando como base, lo ya expuesto por la Actual Carta Magna y en ella se ha pretendido y se pretende aun garantizar el pluralismo educativo y promover así mismo la igualdad de oportunidades, tal como se desprende de sus principales articulados.

De esta manera, al tratar de abordar el aspecto educativo de los extranjeros inmigrantes se hace necesario tomar en cuenta, lo ya establecido por la legislación nacional, tomando siempre como base la norma fundamental. Así, el artículo 1 del Título Preliminar prescribe:

1. “Todos los españoles tienen derecho a una educación básica que les permite el desarrollo de su propia personalidad y la realización de una actividad útil a la sociedad. Esta educación será obligatoria y gratuita en el nivel de educación general básica y, en su caso, en la formación profesional de primer grado, así como en los demás niveles que la ley establezca.
2. Todos, asimismo, tienen derecho a acceder a niveles superiores de educación, en función de sus aptitudes y vocación, sin que en ningún caso el ejercicio de este derecho esté sujeto a discriminaciones debidas a la capacidad económica, nivel social o lugar de residencia del alumno.
3. Los extranjeros residentes en España tendrán también derecho a recibir la educación a que se refieren los apartados uno y dos de este artículo.”

De acuerdo con lo establecido en el tercer apartado es posible observar que en dicho artículo se hacía un efectivo reconocimiento del derecho a la educación,

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

no obstante dicho reconocimiento se vio afectado en cuanto existía una limitación expresa referente al goce efectivo de este derecho<sup>487</sup>. En este sentido, para dicha ley solo los extranjeros residentes en España tendrían la oportunidad de gozar efectivamente de este derecho con lo cual se hacía evidente que para obtener el reconocimiento de dicho derecho, era indispensable obtener la residencia en España<sup>488</sup>.

Ya en el artículo 2 del mismo Título Preliminar nos encontramos con los fines expresos que desarrolla dicha ley. En ella al igual que en la Constitución se tiende a lograr el pleno desarrollo de la personalidad del alumno, en el respeto a los derechos y libertades fundamentales y a los principios democráticos de convivencia. En esta línea y en perfecta sintonía con lo ya establecido, sobresale en el apartado segundo del artículo dos el concepto de tolerancia. Salta a la vista así, que dicho concepto se constituya en un gran aporte en el ámbito educativo de los extranjeros. Si a todo ello añadimos que la paz, la cooperación y la solidaridad se constituyen asimismo en fines de la actividad educativa, entonces se hace factible pensar que se puede lograr un sistema educativo plural, en donde nacionales y extranjeros puedan desarrollarse educativamente en igualdad de condiciones en un régimen en donde prime la tolerancia y el respeto mutuo.

Teniendo en cuenta lo anterior y siguiendo lo establecido por el artículo 15 de la LODE, se hace preciso establecer medidas tendentes a adaptar los programas educativos a las realidades sociales inmigratorias actuales, en el que se adopten métodos específicos de integración del alumnado extranjero y en el que se busque eliminar todo tipo de discriminación.

---

<sup>487</sup> DIAZ MARTÍN, José, “Artículo 9.Derecho a la educación”, *Comentarios a la ley de extranjería. Reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre*, VV.AA, ASENSI SABATER, José (director), EDIJUS, Zaragoza, 2001, p.93.

<sup>488</sup> CÁMARA VILLAR, Gregorio, “El derecho a la educación...”, op. cit, p.992.

**III.13.3) La Ley Orgánica 1/1990 de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE)**

Sin abandonar la vía constitucional y como ley que venía a reformar los problemas educativos estructurales existentes se aprobó en el año de 1990 la denominada Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo conocida como la LOGSE. Dicha ley convertida en un instrumento esencial de la reforma ya planificada años antes de su expedición, nació con el fin preciso de dar cumplimiento efectivo a los diversos objetivos planteados en mejora del derecho a la educación.

Así podemos apreciar que algunos de los apartados del artículo primero del Título Preliminar, se encuentran en íntima conexión con lo establecido por la LODE y con lo ya dispuesto por la Constitución Española de 1978. El apartado a/ también destaca la importancia de la educación, para el pleno desarrollo de la personalidad del alumno. De este modo si llevamos la aplicación de la LOGSE al ámbito del derecho educativo de los extranjeros, nos encontramos con que el apartado b/ del artículo primero del Título Preliminar, nos hace una expresa referencia al concepto de “tolerancia”, que como cabe recordar también, se encontraba establecida en el apartado b/ del artículo del Título Preliminar de la LODE.

En íntima conexión con el referido concepto, nos encontramos con que el apartado e/ del mismo artículo anotado nos hace referencia a una formación educativa basada en el respeto de la pluralidad lingüística y cultural de España, con lo cual podemos decir que si dadas las circunstancias en que un alumno extranjero ingresara a un centro educativo español, éste deberá ser formado en un pleno respeto a su cultura, en donde sus diferencias con la cultura autóctona no se convierta en un obstáculo para su pleno desarrollo formativo, dándosele así mismo la opción de participar activamente en la vida social y cultural del país, tal como se desprende a su vez de lo establecido en el apartado f/ .

Consecuentemente con los artículos anteriores el apartado c/ del artículo 2 hace referencia a un derecho educativo que tendrá que ser efectuado en el pleno respeto a todas las culturas, haciendo mención además al pleno rechazo a todo tipo de discriminación existente en el ámbito educativo. Por su parte el artículo 3 de la LOE se llega a convertir en un artículo innovador, pues hace una clara sistematización de las enseñanzas en el sistema educativo. Así llega a establecer dos tipos de régimen de enseñanza, como lo es la enseñanza de Régimen General y la enseñanza de Régimen Especial. La enseñanza de Régimen General comprende la educación infantil, primaria secundaria obligatoria, el bachillerato y la de grado superior y finalmente la educación universitaria. Así mismo la ley comprende dentro de las enseñanzas de Régimen Especial a las enseñanzas artísticas y a las enseñanzas de idiomas. Esta regulación de la ley resulta un aporte en cuanto que la misma prescribe no sólo los niveles de educación, sino más bien a todo tipo de enseñanza, con lo cual parece claro que el contenido del precepto es omnicompreensivo y de esta forma se produce una plena equiparación entre extranjeros residentes legales y los españoles<sup>489</sup>

Ya en el artículo 5 la ley establece en sus dos apartados, que la enseñanza básica será obligatoria y gratuita, comprendiendo dicha enseñanza la educación primaria y la educación secundaria obligatoria, con un tiempo de educación que deberá de extenderse por diez años.

En lo referente a la educación infantil, nos encontramos con que el apartado primero del artículo siete, en clara concordancia con lo establecido por la ley Orgánica de extranjería 8/2000, prevé el carácter voluntario y no obligatorio de esta etapa educativa, estableciendo igualmente la obligación que tienen las administraciones públicas de garantizar la existencia de un número de plazas suficientes que posibiliten el efectivo derecho educativo<sup>490</sup>.

---

<sup>489</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “artículo 9.Derecho a la educación”, *Comentario a la ley y al reglamento de extranjería e Integración Social (L.O 4/2000, L.O. 8/2000 y RD 864/2001, VV. AA, MONEREO PÉREZ, José y Otro (Director), Comares, Granada, 2001, p.187.*

<sup>490</sup> CÁMARA VILLAR, Gregorio, “artículo 27.El derecho...”, *op.cit*, p.996.

Si hemos de resaltar otro artículo importante, no debemos olvidar que el apartado primero del artículo 36 contiene una clara mención acerca de los recursos necesarios que el sistema educativo deberá disponer a favor de aquellos alumnos con necesidades educativas especiales, ya sean estos temporales o permanentes. Siendo establecidos dichos recursos con un carácter general que comprende a “todos los alumnos”, es aquí donde podemos encontrar un avance importante en cuanto a los derechos educativos de este colectivo inmigrante pues, al ser un grupo minoritario variado y sobretodo vulnerable, muchas veces se convierten en indispensables este tipo de ayudas<sup>491</sup>.

Ahora bien, si entramos al punto de la compensación de las desigualdades existentes, resulta revelador la referencia del artículo 63, el cual en su primer apartado expone acciones de carácter compensatorio educativo a favor de las personas, grupos y ámbitos territoriales que se encuentran en situaciones desfavorables, todo ello con el fin de hacer efectivo el principio de igualdad. De esta manera, el principio de igualdad juega un papel preponderante en el reconocimiento del derecho a la educación de los extranjeros, dado que no podemos decir que actuamos con igualdad si no estamos en igualdad de condiciones para recibir el derecho respectivo. Así el apartado segundo del mismo artículo está encaminado a evitar todo tipo de desigualdades ya sean derivadas de factores sociales, económicos, culturales, geográficos, étnicos o de cualquier otra índole<sup>492</sup>.

#### **III.13.4) La Ley Orgánica 10/2002, denominada Ley de Calidad de la Educación (LOCE)**

La elaboración y aprobación de la ley orgánica 10/2002, de 24 de diciembre, ha tenido su razón de ser en las constantes transformaciones económicas y sociales por las que ha experimentado España en estos últimos tiempos. Efectivamente habiendo sufrido la sociedad española diversos cambios,

---

<sup>491</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Artículo 9...”, *op.cit.*, p193.

<sup>492</sup> CÁMARA VILLAR, Gregorio, “artículo 27. El derecho...”, *op.cit.*, p996.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

ello no podía dejar de afectar al ámbito educativo. Y así, en este contexto de múltiples cambios se hizo necesario pensar en una reforma y mejora del actual sistema educativo, con el fin de poder adaptarlo a la nueva realidad subyacente.

Diversos han sido los temas a tratar por la denominada Ley de Calidad, tanto es así que de su exposición de motivos sobresalen temas como la reducción de las tasas de abandono de la educación secundaria obligatoria, la mejora del nivel medio de los conocimientos de los alumnos, la universalización de la educación, la atención a la primera infancia, y la ampliación de la atención educativa a la población adulta. Sin embargo, la Ley de Calidad no se circunscribe a los temas anteriormente expuestos sino que también, debido al desafío constante de integrar al alumnado en general, ha adoptado el tema de la inmigración como uno de sus principales puntos a tratar en su reforma.

Así pues, intentando adaptarse al nuevo contexto de integración que conlleva la Unión Europea la denominada ley considera, que es necesario efectuar un tratamiento adecuado a los nuevos problemas y fenómenos que han surgido como consecuencia del fenómeno inmigratorio. Efectivamente la inmigración se ha constituido en un fenómeno que demanda día a día nuevos instrumentos normativos que faciliten cada vez más una mejor integración del alumnado extranjero dentro de las aulas.

Apuntando a esta finalidad integradora, nos encontramos con que el artículo 42 de la mencionada ley ha regulado la incorporación de los alumnos extranjeros dentro del sistema educativo español. De este modo, declara en su primer apartado que las administraciones educativas serán las encargadas de favorecer esta misión, especialmente con aquellos alumnos que se encuentren en edad de escolarización obligatoria llegando a establecer también, programas específicos de aprendizaje de la lengua y cultura española con la finalidad de facilitar la integración de estos alumnos en el nivel correspondiente. En este mismo sentido el artículo 42 ha declarado que los alumnos extranjeros tendrán los mismos derechos y los mismos deberes que los alumnos españoles.

Cabe en este contexto tener en cuenta que el deber constitucional de conocer el castellano no puede amparar un derecho a recibir la enseñanza de una forma única y exclusiva en dicha lengua, por otro lado también ha de anotarse que tampoco existe un derecho constitucional a recibir íntegramente la enseñanza en la lengua elegida. Esto no significa sin embargo que los ciudadanos carezcan de derechos, sino más bien que aquellos derechos vienen definidos en el ámbito de la ley y en el marco de una actividad reglada como el sistema educativo, en el que para cubrir adecuadamente los objetivos educativos pueden adoptarse diversas soluciones que puedan asegurar finalmente la capacitación de los educandos para dominar y comprender las enseñanzas en las lenguas en que aquellas serán impartidas. El tribunal Supremo se manifiesta en este sentido, destacando la importancia que posee la igualdad como el principal objetivo que se pretende lograr dentro del ámbito educativo, de esta forma manifiesta en sus SSTS de 2-2-88 y 16-5-90, que “el criterio básico es que la igualdad consiste en el reconocimiento práctico y efectivo, sin ambigüedad ni obstáculos iniciales más o menos patentes del derecho de seguir los cursos de enseñanza en las lenguas maternas respectivas, sin mengua de la conveniencia y necesidad de someterse los alumnos a los planes que exigen el aprendizaje y dominio de la lengua oficial de la Comunidad o Estado en la que se sigan los cursos”.

### **III.13.5) La ley orgánica 2/2006 de 3 de mayo, denominada Ley orgánica de educación (LOE)**

La Ley Orgánica de Educación fue publicada en el boletín oficial del Estado (BOE) el 4 de mayo de 2006 y ha venido a derogar la ley 14/1970, de 4 de agosto la Ley General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa, la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre de Ordenación General del Sistema Educativo, Ley Orgánica 9/1995 de 20 de noviembre, de Participación, Evaluación y Gobierno de los Centros Docentes, Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre de Calidad de la Educación y la Ley 24/1994 de 12 de julio por la que se establecen normas sobre concursos de provisión de puestos de trabajo para funcionarios docentes.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Esta ley organiza estructura todas las funciones del sistema educativo, estableciendo los fines de la educación, la ordenación de las enseñanzas, el marco del profesorado, los centros educativos, la inspección, los recursos económicos y proporciona a su vez una especial atención en lo que respecta a la atención de la diversidad del alumnado. Conforme se desprende de su preámbulo, pone atención a su primer objetivo, consistente en mejorar el nivel de todos los alumnos debiéndose por lo tanto mejorar la calidad de la educación y llegar así ese beneficio a todos los jóvenes, sin exclusiones.

La LOE propone la adaptación de un currículo común a la diversidad de los alumnos, y ha colocado en un primer plano el clasismo que se efectúa en el ámbito de la enseñanza privada, clasismo que hoy en día se realiza no en relación precisamente con las clases menos favorecidas, sino más bien, dirigida hacia el grupo de extranjeros que se encuentra en España<sup>493</sup>. Es por tal motivo que la LOE, resalta la importancia de que tanto la calidad como la equidad son principios que inspiran su desarrollo, pero aún más resalta la importancia que debe de otorgársele al “principio del esfuerzo compartido”, de esta forma resalta en su preámbulo que “Una de las consecuencias más relevantes del principio del esfuerzo compartido consiste en la necesidad de llevar a cabo una escolarización equitativa del alumnado.(...)” y que una de las necesidades principales se refiere a la “distribución equitativa del alumnado entre los distintos centros. Con la ampliación de la edad de escolarización obligatoria y el acceso a la educación de nuevos grupos estudiantiles, las condiciones en que los centros desarrollan su tarea han hecho más complejas. Resulta, pues, necesario tender a la diversidad del alumnado y contribuir de manera equitativa a los nuevos retos y las dificultades que esa diversidad genera. Se trata, en última instancia, de que todos los centros, tanto los de titularidad pública como los privados concertados asuman su compromiso social con la educación y realicen una escolarización sin exclusiones, acentuando así el carácter complementario de ambas redes escolares, aunque sin perder su singularidad.(...)”.

---

<sup>493</sup> CARAVANA, Julio, Una nueva ley de educación. De males inexistentes y remedios ineficaces, *Revista Claves de la Razón Práctica*, Nº 159, 2006, p.27.29

Por otro lado la LOE realiza un avance significativo en cuanto a la regulación de los derechos educativos que tienen los extranjeros inmigrantes, y de esta forma clarifica su regulación con respecto a la referencia establecida en la ley predecesora (LOCE) cuando esta se dedicaba a las necesidades educativas y especiales. De esta manera la LOE ordena los derechos a través del concepto general de alumnos con necesidad específica. Este nuevo concepto ayuda pues, a reservar la tradicional denominación de “educación especial” para los alumnos con cuyas necesidades de apoyo derivan de discapacidad o trastornos graves de conducta. Una segunda clasificación realizada sería aquella que separa a los alumnos con altas capacidades intelectuales y en tercer lugar se encontrarían aquellos alumnos que ostentan una integración tardía en el sistema educativo español, y es en este grupo en el que podemos encontrar incluidos a aquellos alumnos que proceden del extranjero<sup>494</sup>. De tal regulación, se desprende que la LOE pretende, apelando a los principios de solidaridad y equidad, que todos los centros sostenidos con fondos públicos, contribuyan en la escolarización de alumnos con “necesidad específica de apoyo educativo, sobretudo los inmigrantes y las minorías étnicas, los cuales cuentan con un porcentaje de población con potenciales dificultades de aprendizaje <sup>495</sup>. De esta forma la Ley Orgánica establece en sus artículo 84 y 87 el reparto proporcional entre los centros sostenidos con fondos públicos en lo que se refiere a este grupo de alumnos y garantiza en el artículo 78.2 el acceso a la escolarización del alumnado inmigrante que accede de forma tardía al sistema educativo atendiendo a sus circunstancias, conocimientos, edad e historial académico, de modo que éste se pueda incorporar al curso más adecuado a sus características y a sus conocimientos previos.

### **III.14) Marco normativo internacional del derecho a la educación**

Siendo el fenómeno migratorio un tema que rebasa el marco de los Estados nacionales, por ser un fenómeno que trasciende las fronteras, resulta entonces necesario que se tome en cuenta las diversas disposiciones que emanan del Derecho internacional; así como también de las normativa que proceden del

---

<sup>494</sup> Ibidem, p.29.

<sup>495</sup> FERNÁNDEZ SORIA, Juan, “Derecho a la educación y libertad de enseñanza en la reforma educativa (LOE)”, *Revista de Educación*, N° 346, mayo-agosto, 2008, p.245-265.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

ámbito Europeo. Es en este contexto internacional, en el que se reconocen los derechos a los extranjeros inmigrantes, cuando se resalta la existencia del llamado “estándar mínimo” como un conjunto de principios que integran el derecho de gentes (entre los cuales se encuentra, en primer lugar, el derecho de los estados de controlar la entrada, la estancia y la expulsión de los no nacionales en su territorio) que, en ausencia de Tratado, reglamentan los derechos de los extranjeros. Si bien es cierto, que hoy en día se habla de la existencia de este derecho de gentes, no debemos olvidar por otro lado la existencia y la importancia que han adquirido los diversos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, que han logrado establecer las bases jurídicas para la protección de los inmigrantes desde un punto de vista internacional<sup>496</sup>.

Habiendo sido tratado hasta el momento el derecho a la educación como un derecho fundamental que es reconocido por las normas positivas internas de cada país, se hace necesario aquí recordar las características del derecho a la educación en cuanto derecho humano de ámbito internacional.

El hecho de que el artículo 10.2 de la Constitución Española recoja con categoría de normas de interpretación de los derechos fundamentales tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, otorgan a este estudio de los textos internacionales declarativos del derecho a la educación una excepcional importancia<sup>497</sup>. No obstante, debe de tenerse cuenta que, que para otorgar rango constitucional a los derechos y libertades que internacionalmente se proclaman dentro de los tratados, estos también deben de estar reconocidos dentro del cuerpo constitucional que la Carta Magna de 1978 establece, conforme lo ha expresado el Tribunal Constitucional<sup>498</sup>.

---

<sup>496</sup> ÁLVAREZ CONDE, Enrique, “El status constitucional de los derechos fundamentales de los inmigrantes”, *Estudios sobre Derecho de Extranjería*, Instituto de Derecho público de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2005, p.45.

<sup>497</sup> CRUZ MIÑAMBRES, José., *op.cit.*, p. 186 y 187.

<sup>498</sup> STC 36/1991, de 14 de febrero.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, consagra el reconocimiento de un catálogo de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de gran importancia en el contexto actual. Este reconocimiento ha supuesto sin duda un gran avance en el efectivo reconocimiento de los derechos que tienen los extranjeros, pues muy aparte de constituirse como norma general base, es decir en fuente de los derechos positivos de cada país<sup>499</sup>, se ha constituido a su vez en una manifestación internacional que realiza la consideración del carácter de persona humana del extranjero.

De esta manera el artículo primero de la Declaración proclama que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.” Desde un principio en este primer artículo se hace evidente la consideración de persona humana del hombre, descartando toda posible diferencia nacional, racial, étnica y de cualquier otra índole en cuanto que diferenciase al hombre en el goce digno de sus derechos innatos.

En este mismo sentido el artículo 26 de la D.U.D.H, reconoce el derecho a la educación de todas las personas y establece asimismo el deber de que ésta sea gratuita para todas las personas, al menos en lo concerniente a la educación elemental y fundamental, debiendo ser obligatoria en los niveles en estos niveles específicos<sup>500</sup>.

Ahora bien, cabe resaltar aquí, que las nociones de educación elemental y de educación fundamental han sido superadas por el de “educación básica” que se encuentra prescrita por la actual Carta Magna de 1978. Si bien la expresión “instrucción fundamental” ha caído muy en desuso en nuestros días, hoy se puede entender que la utilización de dicho término en la Declaración, fue producto del querer reconocer de forma específica el derecho a la educación de los adultos

---

<sup>499</sup> El Tribunal Constitucional reconoce en la sentencia 21/1981, la importancia de la Declaración y refiere que aquella tiene un carácter informador del ordenamiento jurídico, puesto que ha sido subsumida como una decisión constitucional.

<sup>500</sup> DÍAZ REVORIO, Javier, *Los derechos fundamentales...*, op.cit, p.25.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

analfabetos y demás personas que en su juventud no habían tenido la posibilidad de recibir una educación elemental completa<sup>501</sup>.

Ciertamente la noción de instrucción elemental, tal como era utilizada por la Declaración, no buscaba hacer referencia a un estadio o nivel concreto de los sistemas de educación escolar en vigor en el mundo en aquella época. Significaba en sentido amplio una educación que diera a todos los niños las bases para empezar con buen pie en la vida.<sup>502</sup> En lo que respecta al tratamiento de la educación inicial nos encontramos con que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos no se hace una mención específica al respecto. Otra omisión presente en la declaración lo constituye la enseñanza secundaria, la cual tampoco aparece mencionada. Estas claras omisiones solo son comprensibles si tenemos en cuenta el tiempo en que fue redactada la declaración.

Ésta además decir que en esos tiempos no existía un desarrollo o conocimiento masivo de lo que significaba una educación inicial, ya que se consideraba que el primer contacto educativo pertenecía o correspondía al ámbito familiar. En lo que respecta a la educación secundaria, la omisión es entendida en el sentido de que en el tiempo en que fue redactada la Declaración la inclinación educativa estaba orientada a cubrir la educación elemental, puesto que solo un minoritario grupo se abocaba a continuar con los estudios posteriores.

Sin embargo, a diferencia de las claras omisiones precedentes nos encontramos con que la referida declaración efectúa un reconocimiento preciso de los estudios superiores afirmando que dicho acceso debe ser igual para todos en función de los méritos respectivos que tenga la persona. Es en este punto donde podemos encontrar una clara divergencia con aquello que establece la LODE y la actual Ley Orgánica 8/2000. De un lado destaca el carácter omnicompreensivo y universal que caracteriza a la Declaración Universal, la cual como ya se ha visto,

---

<sup>501</sup> UNESCO, “El derecho a la educación – Hacia una educación a lo largo de la vida”, *Informe sobre la educación en el mundo*, Grupo Santillana, Madrid, 2000 p. 28.

<sup>502</sup> *Ibidem*, p. 42 y 43.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

se encuentra reconociendo el acceso a los estudios superiores en una igualdad de condiciones para todas las personas.

Por otra parte podemos ver que reduciendo la generalidad del reconocimiento efectuado, nos encontramos con que la LOE, la cual como ya se ha dicho, se aboca al reconocimiento de dicho derecho a los extranjeros que se encuentran en situación administrativa de residentes. En este mismo sentido y confirmando la posición adoptada por la LOE se adscribe la LO 8/2000, la cual en el apartado tercero de su artículo 9 proclama: *“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 corresponden en cada caso y al acceso al sistema público de becas y ayudas”*.

Es indudable entonces, la importancia de la Declaración pues, si bien en ella no se pedía directamente la difusión mundial del nivel de enseñanza superior, si podemos encontrar subyacente la afirmación de un principio de “acceso” que facilitará ineluctiblemente el acceso a ese nivel de la enseñanza a los grupos sociales que hasta ese momento estaban poco representados o excluidos de él<sup>503</sup>.

Siguiendo la misma línea de lo ya regulado en cuanto al objeto del derecho a la educación dicha declaración proclama una vez más que el objeto del derecho a la educación se encuentra justificado en el pleno desarrollo de la personalidad humana y en el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales. Resaltando así mismo la importancia de la misma porque favorece la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos existentes en el mundo.

Una vez establecida la Declaración Universal de los Derechos Humanos como fuente inspiradora positiva de protección de los derechos educativos de los

---

<sup>503</sup> *Ibidem*, p. 73.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

extranjeros, se hizo necesaria la elaboración de un conjunto de normas que regulasen los derechos específicos del niño. De este modo el 20 de noviembre de 1959, tras nueve años de trabajo en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, la Asamblea General de esta organización adoptó una resolución titulada “Declaración de los Derechos del Niño”<sup>504</sup>.

La referida declaración tuvo como nota característica la brevedad de su contenido. Tal brevedad se justificó en el deseo, que ya se ha mencionado, de querer establecer en la sociedad la conciencia de los derechos de la persona durante la primera etapa de su vida. De esta manera, la Declaración consta de diez principios, de entre los cuales podemos destacar el principio VII, que proclama:

“Todo niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria al menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación, dicha responsabilidad incumbe en primer término a los padres (...)”. Como podemos comprobar por el contenido de la Declaración, se observa que se ha prestado especial importancia al interés superior del niño, considerándolo como un principio rector base que deben de tener en cuenta tanto los padres como los demás agentes del sistema educativo<sup>505</sup>

Con el tiempo, debido a las innumerables violaciones de los derechos contenidos en la declaración, y ante la necesidad de completar y establecer normas que tuviesen un carácter obligatorio nace la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual fue adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la

---

<sup>504</sup> Oficina del Alto Comisionado del Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Los derechos del Niño*, Folleto informativo, Nº 10, Suiza, 1997, p.3.

<sup>505</sup> CRUZ MIÑAMBRES, José, *El derecho fundamental ...*, op.cit, p.189.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Ateniéndonos al Preámbulo de la Convención, podemos observar que se recoge la alusión expresa a que los derechos “tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”. Asimismo el apartado primero del artículo segundo prescribe que, *“los Estados parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres, o de sus representantes legales”* resaltando aún más su apartado segundo que *“los Estados Partes tomarán las medidas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o de sus tutores o de sus familiares”*. De lo expresado se deduce así la importancia que concede la Declaración en el sentido de no sólo prohibir la discriminación en razón de las condiciones inherentes a la propia persona de que se trate con respecto a sus semejantes, sino que también abarca el amplio sentido de traspasar su propia condición de niño, para evitar así la discriminación en razón de alguna condición que posean los padres o representantes legales. Este resulta ser el caso muchas veces visto en el que existen hijos de inmigrantes cuyos padres poseen otra nacionalidad o que pertenecen a una etnia diferente<sup>506</sup>.

---

<sup>506</sup> BUAIZ, Yuri, “La Convención sobre los Derechos del Niño: Principios del fin de la doctrina de la situación irregular”, *Derechos del Niño. Textos Básicos (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia)*, VVAA, Editorial La Primera, Venezuela, 1996, p.108.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Adentrándonos al aspecto específico del derecho educativo nos encontramos con que el artículo 28 proclama:

1. “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, con objeto de conseguir progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:
  - a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
  - b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que dispongan de ella y tengan acceso a ella todos los niños y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
  - c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean necesarios”.

De la exposición del apartado precedente, se hace evidente una clara referencia al principio general de la “igualdad de oportunidades” en materia educativa, dicho énfasis se resalta con gran atención al querer reconocer el derecho educativo en cada una de sus etapas evolutivas<sup>507</sup>.

La Convención sobre los Derechos del Niño sienta el principio como un fundamento de medidas que habrán de adoptar los Estados Partes con miras a poner en práctica el derecho a la educación, pero implícitamente asume las diversas dimensiones de ese principio, supuestamente porque ya habían sido expuestas en la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza<sup>508</sup>.

Si recordamos lo ya expuesto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos podemos encontrarnos con diversas similitudes con respecto a lo proclamado por la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, si nos damos cuenta del tratamiento de las diferentes etapas educativas, podemos observar que

---

<sup>507</sup> CARMONA LUQUE, Rosario, *Cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Su influencia en la evolución de los Derechos del Niño*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2001, pp.180y ss.

<sup>508</sup> UNESCO, “El derecho a la educación – Hacia una educación a lo largo de la vida”..., *op. cit.*, p. 70.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

la Declaración, solo se refiere a la enseñanza primaria, secundaria y superior, ignorando una vez más el tratamiento respectivo del derecho a la educación infantil.

Por otra parte la Declaración proclama que se debe implantar una enseñanza primaria obligatoria y gratuita así como también refiere que se debe fomentar el desarrollo de la enseñanza secundaria, incluyendo la enseñanza general y profesional. En cuanto a la educación superior la Declaración solo se limita a declarar que ésta debe ser accesible a todos, tomándose una vez más en cuenta la capacidad que tenga la persona humana.

Adentrándonos al articulado protector de los grupos minoritarios educativos hemos de tener en cuenta el apartado primero del artículo 20, el cual reclama un trato preferencial para aquellos menores privados temporal o permanentemente de su medio familiar, así como para aquellos otros pertenecientes a minorías étnicas o culturales a los cuales hace alusión el artículo 30. No obstante, en todo caso, el artículo 20 en su apartado 3, declara la precisión de un cuidado especial y una educación específica que atienda a los orígenes y a la cultura del menor. “Al considerar las soluciones se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.

En definitiva, podemos decir que dicha declaración se torna importante porque en ella está reconocido el derecho a la educación, que como todos sabemos es un derecho humano, un derecho que corresponde a “todo niño”, muy independientemente del país al que el niño pertenezca, independientemente de sus tradiciones culturales, creencias religiosas, de su edad o grado de madurez. Un derecho que le corresponde al niño en definitiva, en virtud de su dignidad humana.

Proclamada la Declaración Universal de los Derechos Humanos como un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, y toda vez,

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

que la misma solo obliga moralmente a los miembros de la ONU, se acordó en tal virtud que la propia ONU, por conducto de la Comisión de Derechos Humanos, se abocase a la tarea de elaborar dos proyectos de Convenio para transformar los deberes morales que impone la Declaración en deberes convencionales, es decir en obligaciones jurídicamente exigibles. Así estos proyectos de Convenio fueron aprobados por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966, denominándose a partir de ese entonces como pactos, al objeto de exponer la solemnidad de estos acuerdos<sup>509</sup>. De esta manera, el primer pacto contiene los derechos económicos, sociales y culturales y el segundo abarca los derechos civiles y políticos.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales realizado el 19 de diciembre de 1966<sup>510</sup>, hace un reconocimiento explícito del derecho a la educación. De esta manera proclama en el apartado primero del artículo 13 que: “Los estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación.” Aquí como es evidente se hace un reconocimiento general de este derecho, reconocimiento que implica eliminar cualquier tipo de diferencia que puede existir entre las personas al reconocer la educación como un derecho de toda persona<sup>511</sup>, poniéndose énfasis en la condición de persona humana que como ya se sabe implica tanto ciudadanos nacionales como extranjeros o apátridas. Líneas más abajo el apartado primero recoge casi literalmente lo ya reconocido por la DUDH. Así reconoce que el objetivo de la educación consistirá en el pleno desarrollo de la persona y del sentido de su dignidad humana.

En lo tocante a los niveles educativos el apartado segundo del mismo artículo reconoce una enseñanza primaria obligatoria y gratuita, una enseñanza secundaria incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debiendo ser

---

<sup>509</sup> ETTIENNE LLANO, Alejandro., “*La protección de la persona humana en el derecho internacional, Los derechos humanos*”, Editorial Trelles, México, 1987, p.123.

<sup>510</sup> El PIDESC fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y ratificado en España el 27 de abril de 1977.

<sup>511</sup> BONET PÉREZ, Jordi, “La tutela de los derechos y libertades del extranjero en el marco universal de la protección internacional de los derechos humanos”, *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes. Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, p.26.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

esta última generalizada y accesible a todos. En cuanto a la educación superior se especifica que esta debe ser accesible a todos y según la capacidad de cada persona. Cabe destacar como una aportación original, la referencia expresa de intensificar la educación fundamental con respecto a aquellas personas que no hubiesen recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria, con el cual podemos ver que se propugna una educación permanente de adultos.

Como se hace evidente en dicho pacto no se efectúa al igual que en la DUDH una mención expresa al nivel educativo infantil, dándose por el contrario una gran importancia respecto a la educación de los adultos, que en el caso de los inmigrantes puede resultar de gran relevancia al existir en España un elevado porcentaje de los mismos que muchas veces han salido de su país sin la debida instrucción básica.

De la exposición efectuada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobada el 19 de diciembre de 1966<sup>512</sup>, podemos resaltar en primer lugar parte de lo establecido en su Preámbulo, el cual dice que: “Reconociendo que no puede realizarse el ideal de ser humano libre a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de los derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales”. Con esta expresa referencia se trata así de fundamentar el ejercicio de los derechos y el disfrute de las libertades en la creación de condiciones ya sean económicas o en nuestro caso sociales, con los que sea posible avalar la necesidad del Estado Social, promotor de condiciones favorables para el desarrollo efectivo de los derechos y que asimismo se encargue de remover los obstáculos que impidan su plenitud. Estas condiciones promotoras así mismo deben estar en conexión con el artículo 2.1 del pacto, el cual prescribe la aplicabilidad del principio de no discriminación, principio que operaría como un límite a las demás diferencias de trato entre los nacionales y extranjeros en cuanto al ejercicio de ciertos derechos y libertades, puesto que no basta que dichos derechos se ajusten a los fines legítimos de

---

<sup>512</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado por la Asamblea General en el año de 1966 y ratificado por España el 30 de abril de 1977.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

restricción o excepción, sino que también han de responder al parámetro de la no discriminación que prescribe dicho artículo<sup>513</sup>.

Pero es en el artículo 13 del Pacto donde se manifiesta la vertiente social y económica que posee el derecho a la educación, pues dicho artículo expresa en su apartado primero una formulación positiva de tal derecho, esto de acuerdo en la medida en que los Estados partes reconocen el derecho de toda persona a la educación<sup>514</sup>.

Abordando específicamente al ámbito de la libertad religiosa, nos encontramos con que el apartado 4 del artículo 18 proclama que los Estados Partes en el presente pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y en su caso el de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Debemos añadir finalmente que dicho Pacto ha resaltado el principio de la dignidad humana inherente al hombre como un origen de los derechos humanos. Concepto que se torna fundamental al querer reconocer el derecho a la educación como un derecho que tiene todo extranjero inmigrante por el mismo hecho de ser persona.

La Convención Relativa a la lucha contra las discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza<sup>515</sup>, ha llegado a constituirse conjuntamente con las otras declaraciones u convenciones en un gran instrumento protector de los derechos que tienen los extranjeros inmigrantes. De esta manera fue adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura<sup>516</sup>.

---

<sup>513</sup> BONET PÉREZ, Jordi, “la tutela...”, op.cit, p.30.

<sup>514</sup> GAMARRA CHOPO, Yolanda, “El derecho a la educación y a la protección y promoción de la diversidad de expresiones culturales de los inmigrantes”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Nº14, marzo, 2007, p.67.

<sup>515</sup> La Convención fue firmada el 14 de diciembre de 1960 y entró en vigor el 20 de noviembre de 1969.

<sup>516</sup> DIAZ REVORIO, Javier, “Los derechos fundamentales...”, op.cit, p.28.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Dicha Convención en su contenido aborda principalmente el tema de la discriminación. Tal es así, que el artículo primero entiende por discriminación “toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social (...)”.

Ahora bien, en este punto se torna necesario, si queremos reconocer un derecho educativo omnicomprendido que abarque tanto a nacionales como a no nacionales, mencionar el fenómeno de la discriminación. Evidentemente si queremos reconocer una máxima cota de derechos educativos a los extranjeros solo podremos lograrlo, evitando cualquier tipo de discriminación que pueda excluir a una persona del goce efectivo de su derecho a educarse.

Desde esta perspectiva la convención pretende eliminar cualquier tipo de exclusión individual o grupal que se haga de los diversos grados y tipos de enseñanza, tratando asimismo de evitar cualquier tipo de límite que se imponga a una persona o grupo determinado que en nuestro caso es el extranjero inmigrante, quien al igual que el nacional debe tener reconocido este derecho en razón de su propia dignidad.

En lo tocante a los niveles educativos la Declaración establece que los estados parte se comprometen a hacer obligatoria y gratuita la enseñanza primaria, así mismo se constituye en el primer tratado que menciona la enseñanza secundaria, proclamando que los Estados Partes deben comprometerse a generalizar y hacer accesible a todos la referida enseñanza. Tratándose de la enseñanza superior la Convención se compromete también en hacerla accesible a todos en condiciones de igualdad total y según la capacidad de cada persona humana.

El tratamiento otorgado a la inmigración en el ámbito de la Comunidad Europea en la actualidad ha sido escaso, más aun si lo observamos desde una perspectiva global. Desde luego que por lo que concierne al derecho a la educación, podemos observar, que no se ha mostrado por parte de la Comunidad



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Europea un debido interés por abordar dicho tema. Ello queda patente en el largo proceso de unificación europea, en el que en un principio se resaltó y destacó la conciencia nacional y la superioridad de cada país sobre los demás, dándose paulatinamente una importancia progresiva al tema de la identidad europea en la educación.

Fundado el Consejo de Europa en el año de 1949 con el fin preciso de unir a las naciones europeas, se abrió una esperanza por abordar el tema educativo sin embargo, en su texto fundacional no se observó una preocupación mínima al respecto. Igual situación se manifestó en la firma del Tratado de Roma de 1957, en la que no se dice nada en absoluto sobre el tema, dedicándose más bien a regular la reglamentación de los derechos sociales de los trabajadores migrantes<sup>517</sup>; igual situación se hizo patente en la firma del Acta Única dada en el año de 1986.

En el ámbito del Tratado de Roma de 1957, por el que se creó una Comunidad Europea que pretendía establecer las bases de una unión cada vez mayor entre los pueblos de Europa, lo cierto es que no se contempló ningún tipo de medida que no fuera de naturaleza económica. La preocupación por la educación o por la formación por lo tanto fue nula, no observándose alguna forma de cooperación o de actuación que fuera supranacional.<sup>518</sup> Solo el Reglamento de aplicación del Tratado de Roma del año de 1968 destacaba en su artículo 12 la libertad de los países miembros de la Unión Europea, de asegurar que los hijos de los ciudadanos de otros países de la Comunidad que residan en su territorio se incorporen al sistema educativo en igualdad de condiciones con los naturales del país.<sup>519</sup> Como es evidente aquí solamente se hacía referencia y se abordaba la educación únicamente para los Estados Miembros de la Unión Europea<sup>520</sup>.

---

<sup>517</sup> BONET PÉREZ, Jordi, “La tutela...”, op. cit, p.53.

<sup>518</sup> ETXEBERRIA, Félix, “La política educativa europea y la dimensión europea de la educación” en *Políticas educativas en la Unión Europea*, Ariel, Barcelona 2000, p. 22.

<sup>519</sup> NAVARRO BARBA, Juan., “El derecho a la educación en el menor extranjero”, *Revista Anales de Historia Contemporánea* Nº18, 2002, p.193.

<sup>520</sup> SIGUAN, Miquel, *La escuela y los inmigrantes*, Paidós, Barcelona, 1998, p.28.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Posteriormente el año 1971, tuvo lugar la primera reunión de los Ministros de Educación de los países miembros de la Comunidad, y es en esta etapa cuando se comienza a dar importancia al papel educativo en la formación de la identidad europea. De esta manera, en el año 1971 se declara en la Resolución de los ministros de Educación, relativa a la cooperación en el ámbito de la enseñanza, la efectiva necesidad de impulsar una política comunitaria de cooperación educativa<sup>521</sup>. Ya en la segunda Resolución relativa a la cooperación del sector educativo se confirma la necesidad de establecer una cooperación europea en el sector educativo.

Pero es en el año 1976 cuando se adopta un programa de Acción en materia Educativa, en donde se citaba como uno de los puntos importantes la educación de los trabajadores inmigrados, tanto si eran de países de la propia Comunidad como para aquellos que no lo eran; un año después el Consejo de Ministros dictó la Directiva de julio de 1977 en la cual se manifiesta la intención de proporcionar una enseñanza adecuada a los hijos de los trabajadores inmigrantes con el fin de que puedan integrarse mejor en el sistema escolar o de formación receptor, impulsando para ello el aprendizaje de la lengua de acogida, así como la lengua materna y cultura de origen<sup>522</sup>.

Se establece de este modo que los ciudadanos de todos los países de la unión que residen en otro de los países de la Unión tienen el derecho de recibir una enseñanza gratuita, así como una formación inicial y permanente del profesorado. A pesar de que las citadas disposiciones se refieren especialmente a los países de la Unión Europea, una declaración que acompaña a la directiva establece que han de aplicarse también a los inmigrados de fuera de la comunidad, a lo que muchos estados se sienten reacios a considerar.<sup>523</sup>

Sin embargo, a pesar de este mínimo reconocimiento, es a partir de 1980 cuando empieza a perfilarse una nueva visión respecto a la educación y su

---

<sup>521</sup> CONTRERAS, José María, *Estudios de las personas y grupos vulnerables en el derecho internacional*, Sub Dirección de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, p.389.

<sup>522</sup> SIGUAN, Miquel, *La escuela...*, op.cit, p.28.

<sup>523</sup> NAVARRO BARBA, Juan., "El derecho a la educación en el menor extranjero.", *op.cit*, p. 194.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

relación con el proceso de construcción europeo. Se intenta dar un nuevo impulso a la lucha contra el desempleo y los programas de transición a la vida adulta, así como una acción conjunta en educación y formación profesional como base del desarrollo social y económico de Europa.

Ya en el año de 1986, como hemos precisado previamente tampoco fue posible con la Firma del Acta Única Europea observar un avance significativo en cuanto al tema educativo, todo ello debido a la falta de acuerdo entre los países miembros, puesto que su única preocupación en ese momento se concentró en el aspecto económico<sup>524</sup>. Posteriormente la Comisión llegó a plantear la exigencia de poner en marcha el programa de Cooperación Educativa, aprobado en 1976, entendiendo que la colaboración al nivel de Formación Profesional debiera ampliarse a toda la educación en general. Como resultado de este avance muchos fueron los programas puestos en marcha, destacándose entre ellos el EURYDICE creado en 1986 como base documental y de datos de información educativa europea, el ERASMUS creado en el mismo año como programa de Acción de la Comunidad para la Movilidad de estudiantes Universitarios, PETRA creado en el año de 1988 como un programa para la formación y la preparación de los jóvenes para la vida adulta y profesional, LINGUA creado en el año de 1990, en el que se promovía el conocimiento de las lenguas extranjeras, TEMPUS del mismo año 1990, trataba sobre la movilidad transeuropea con los países del este de Europa en materia de estudios universitarios, y FORCE creada en el año de 1991 para el desarrollo de la Formación Profesional continuada.

Además de los mencionados programas cabe destacar en el año 1988 de la Resolución del Consejo y de los Ministros de Educación reunidos en el Consejo “Sobre la Dimensión Europea en la Enseñanza”, pues este documento se constituye en el principal documento relativo a la Dimensión Europea de la Educación, ya que en su contenido destaca la especial importancia que reviste para la comprensión entre los europeos el aprendizaje de idiomas de otros estados miembros y los intercambios entre jóvenes<sup>525</sup>.

---

<sup>524</sup> ETXEBERRÍA, Felix, “La política...”, *op.cit.*, p.27.

<sup>525</sup> *Ibidem*, p. 29.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

En este punto cabe destacar que uno de los ideales contemplados por la propia comunidad era el de mantener el tema de la subsidiariedad en el tema educativo. Así, dicha subsidiariedad significaba que la Comunidad se subordinaba en sus actuaciones educativas a todo aquello llevado a cabo por los Estados miembros, con lo cual era evidente que la política educativa europea no pretendía imponer un modelo educativo, ni reorganizar los modelos educativos o la aplicación de políticas educativas de los Estados<sup>526</sup>, pudiendo solo intervenir cuando los objetivos de la acción prevista puedan cumplirse mejor a nivel comunitario que con la intervención de los Estados miembros en forma particular.

Ya en el año 1993, después de haber sido racionalizados los diversos programas surgidos anteriormente, es cuando entra en vigor el Tratado de Maastricht. Naciendo así, la Unión Europea, con lo cual se efectúa un avance importante para la acción comunitaria en materia de educación dado que se reconoce formalmente en los artículos 126 y 127 la plena competencia de la comunidad en el ámbito educativo y de la formación profesional.

El artículo 126 refiere que la Unión contribuirá al desarrollo de una enseñanza de calidad y de la dimensión europea, mediante una serie de acciones que se llevarán a cabo en estrecha colaboración con los Estados miembros.<sup>527</sup> En el referido artículo se ofrecía apoyar y complementar la acción de los Estados miembros, en el pleno respeto de sus responsabilidades, ya sea en cuanto a los contenidos de la enseñanza o en cuanto a la organización del sistema educativo, así como de su diversidad cultural y lingüística. Por otro lado el artículo 127 contenía específicamente una política de formación profesional con el fin de reforzar y completar las acciones de los estados miembros.

Más tarde, como consecuencia de la influencia de los referidos artículos tratados líneas arriba, la Comisión de las Comunidades Europeas publicó un libro

---

<sup>526</sup> VALLS MONTES, Rafael, “La dimensión europea en la enseñanza: orígenes y significados” en Alfredo López Serrano y Otro (editores), *La Dimensión europea e intercultural en la enseñanza de las ciencias sociales*, Síntesis, Madrid, 2002, p.36.

<sup>527</sup> *Ibidem*, p.38.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

denominado “El Libro Verde” el cual se constituye en la base para elaborar la futura política educativa dentro de la Comunidad. Ya por el año 1994, nació el programa SÓCRATES, con el objetivo preciso de dar coherencia y armonía al conjunto de programas educativos a nivel europeo y a la vez mejorar la calidad educativa, optimizando los recursos empleados por el mismo. Es aquí donde precisamente encontramos por primera vez un plan global de actuación en el terreno del bilingüismo que abarcaba las lenguas comunitarias, regionales y las de los inmigrantes. Este referido programa dentro del capítulo COMENIUS, en la acción 2, tiene previstas las iniciativas para llevar a cabo actividades encaminadas a mejorar la calidad de la educación de los hijos de los trabajadores inmigrantes. Cabe resaltar que la elaboración de la mayoría de estos programas tuvo finalidad promover la educación de los hijos de los inmigrantes legales, facilitando de esta forma el acceso a la educación a estos menores<sup>528</sup>.

Finalmente con el Tratado de Ámsterdam de mayo de 1999 se llegaron a reformar algunos de los aspectos del tratado de Maastricht, permaneciendo sin embargo toda la documentación anterior, no registrándose cambios importantes en el aspecto educativo, tal y como se desprende de los nuevos artículo 149 y 150 del Tratado. No obstante cabe resaltar que es en el Tratado de Ámsterdam donde se hace referencia por primera vez a la importancia de la dimensión europea en la enseñanza a través del desarrollo de una educación de calidad<sup>529</sup>.

Otro documento importante a tener en cuenta es “el Informe sobre la educación de los hijos de los Inmigrantes” del Parlamento Europeo del año 2008, en el cual se menciona en su apartado 4 la necesidad de desplegar los mayores esfuerzos dentro de los países de la Unión para que aquellos deban de afrontar los retos educativos que se presenten dentro los mismos. Se recuerda así mismo, en su apartado 5, sobre la necesidad de crear centros de apoyo integral para los

---

<sup>528</sup> ESTEBAN MARTÍN, Laura, “Integración de los inmigrantes”, *El fenómeno migratorio en la Unión Europea: Un reto para todos*, Consejería de la Presidencia de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2006, p.205.

<sup>529</sup> CONTRERAS, José María, La protección del derecho a la educación de las personas y grupos vulnerables en la Unión Europea....., *op. cit.*, p.408.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

inmigrantes legales, manifestando así la importancia que tiene la educación de este colectivo para los efectos positivos de una efectiva integración<sup>530</sup>.

Visto el afán comunitario por establecer día a día políticas comunes en torno al derecho a la educación, y visto aun más los avances efectuados en cuanto a la política educativa de los inmigrantes, se hace necesario abordar y poner énfasis en algunos de los principales documentos normativos que como ya veremos se encuentran en íntima conexión con los denominados derechos sociales económicos y culturales.

El Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), de 4 de noviembre de 1950<sup>531</sup>, nace teniendo como marco histórico la internacionalización de los derechos humanos, siendo su precedente inmediato la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Efectivamente, teniendo en cuenta los sucesos históricos de la referida época, en la cual después de atravesar Europa la Segunda Guerra Mundial, fue necesario crear los mecanismos adecuados de defensa y protección de los derechos y libertades que habían sido violados constantemente en la guerra, con el ánimo asimismo de dirigir a la nueva Europa hacia una mayor unión y a una mejor comprensión recíproca.

La homogeneidad de las situaciones sociopolíticas y económicas de los Estados de Europa Occidental, una común aspiración de concordia y paz y la defensa de los derechos y libertades como un signo inequívoco de la identidad europea posibilitaron que con el nacimiento del Consejo de Europa, ésta se emprendiera la tarea de elaborar y aprobar el Convenio, ello con el fin de paliar, aunque fuera a nivel regional, las dificultades que encontraba la aceptación de un

---

<sup>530</sup> <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2009-0125+0+DOC+XML+V0//ES>.

<sup>531</sup> El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales fue firmado en la ciudad de Roma el 4 de noviembre de 1950 y fue ratificado en España el 4 de octubre de 1979.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

sistema universal para la protección de los derechos humanos en el seno de las Naciones Unidas<sup>532</sup>.

Uno de los primeros documentos comunitarios que llegó a contemplar los derechos educativos que poseían los extranjeros inmigrantes lo representa la Directiva del Consejo, 77/486/CEE, de 25 de julio de 1977, el cual llegó a mostrar una especial preocupación por la escolarización que debían de tener los hijos de los trabajadores comunitarios inmigrantes. Pero, es realmente en el Convenio Europeo de 24 de noviembre de 1977 relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante, en el que dicho reconocimiento se acentúa y se proclama así en su artículo 14 que *“los Estados Parte en el Convenio deben adoptar las medidas que aseguren a los hijos de estos trabajadores una enseñanza efectiva en la lengua o lenguas originales del país de acogida y, al mismo tiempo, que se garantice la enseñanza de la lengua y de la cultura de los respectivos países de origen”*. Extendiendo aún más el ámbito de reconocimiento del derecho educativo que tienen los hijos de los trabajadores migrantes, encontramos además en la conclusión número 21 del Consejo Europeo de Tampere que se garantiza a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros, el derecho a recibir educación<sup>533</sup>.

También en el preámbulo del Convenio podemos extraer una finalidad que se encuentra en íntima relación con la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Dicha finalidad nos dice que *“Resueltos, en cuanto gobierno de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar las garantías colectivas de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal”*. Se dota así al documento de una directa obligatoriedad jurídica, puesto que los derechos en ella reconocidos amparan a

---

<sup>532</sup> AGUDO ZAMORA, Miguel. “El Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *El tribunal constitucional y el convenio europeo de derechos humanos*, Servicio de publicaciones de la universidad de Córdoba, Córdoba 2001, p.25 y 26.

<sup>533</sup> GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, *op. cit*, p.114.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

toda persona que se encuentre en la jurisdicción de los estados firmantes, independientemente de cuál sea su nacionalidad<sup>534</sup>.

En lo referente al derecho a la Educación el tratamiento de dicho tema se encuentra abordado en su Protocolo Adicional I (puede ser artículo 21 del Protocolo Adicional 11), en el cual se prescribe lo siguiente:

“A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la Educación y la Enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”. Como es evidente, en dicho articulado, a pesar de no estar establecido de manera literal el término de “toda persona”, podemos ver sin embargo, que se está haciendo un reconocimiento implícito del mismo, pues al decir que no se puede negar a nadie este derecho, se presupone que se refiere a las personas en general sean estas nacionales o extranjeras, reconociéndose de esta forma el derecho a la educación como un derecho universal que poseen todas las personas<sup>535</sup>.

Se puede apreciar también que en dicho articulado se hace un reconocimiento específico del “derecho a la instrucción” y no se habla del derecho a la educación, creemos posiblemente que se debe al influjo del artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en donde se incluyó en forma deliberada el término educación, ya que se consideraba que dicho concepto era aun más amplio que los de enseñanza e instrucción, los cuales se consideraban que estaban incluidos dentro de él.

Efectuado ya, el reconocimiento del derecho a la educación, y tomando como base y soporte de la misma, el artículo 14 del mismo convenio, el cual nos

---

<sup>534</sup> CASTRO CID, Benito de., *El reconocimiento de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1982, p.73

<sup>535</sup> TIRAPU MARTÍNEZ, Daniel, “Notas sobre el derecho a la educación en la Constitución Europea”, *Revista de derecho canónico y derecho eclesialógico del Estado*, N°8 (junio 2005), en [www.iustel.com](http://www.iustel.com)



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

hace referencia a la prohibición de toda discriminación en el goce de los derechos y libertades contenidos en dicha norma ya sea por razones de sexo, raza, color, lengua, religión opiniones políticas u origen nacional que en este caso es de nuestro interés, podemos decir entonces, que el derecho a la educación de los inmigrantes se encuentra asegurado en el ámbito europeo.

Otro de los eventos importantes en cuanto al reconocimiento de los derechos sociales de los inmigrantes, lo hallamos en la constitución de la Carta Social Europea, la cual fue firmada el 18 de Octubre de 1961, llegando a entrar en vigor el 26 de febrero de 1965. Así pues, nos encontramos con que la Carta Social Europea se constituyó en el primer documento que estableció de forma sistemática la protección de un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales, que posteriormente se recogerían en el pacto del mismo nombre, además de determinadas medidas destinadas a garantizar la efectividad de los derechos enumerados.

De esta manera, en la Parte Segunda del apartado primero del artículo 10 del Convenio se nos hace referencia directa al derecho a la formación profesional, proclamando que las partes contratantes deben comprometerse a favorecer la formación técnica y profesional de todas las personas, incluyendo así dentro de esta referencia a los extranjeros inmigrantes. Asimismo, dicho apartado se compromete a conferir los medios que permitan el acceso a la enseñanza técnica y superior y universitaria basándose en el único criterio de la aptitud individual.

Siguiendo la tónica de lo establecido en el primer apartado, el apartado segundo de la Carta se compromete a proporcionar un sistema de aprendizaje y otros sistemas de formación a todos los jóvenes en sus diversos empleos. Conectado con el tema del empleo nos encontramos con la referencia del apartado 4 del artículo 7, el cual proclama que la jornada de trabajo debe estar limitada, para que los menores puedan cumplir con sus obligaciones escolares o en su caso, con la preparación necesaria a nivel de formación profesional.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

De esta manera, se hace evidente que en la Carta existe una relación contigua entre el concepto de Educación y el de Empleo, en cuanto que la educación tiene entre sus objetivos la integración social valiosa y eficaz del educando en tareas útiles a la sociedad y que propicien su subsistencia<sup>536</sup>. Siendo el empleo una de las principales tareas necesarias a realizar por muchos inmigrantes, se hace necesario que se tome la debida importancia a las diversas formas en que el inmigrante puede insertarse mejor en su empleo y de aquí que el mejor medio para integrarse en él, sea la educación. Aunado al interés ya manifestado por el empleo, se observa asimismo que la Carta ha demostrado un interés directo en lo referente a la Formación Profesional, tal como se desprende del apartado tercero del artículo 10, en el cual los Estado Partes se comprometen a proporcionar los servicios apropiados para la formación profesional de los trabajadores adultos. Así podemos deducir, sin ahondar mucho este aspecto, que el derecho a la educación de los inmigrantes adultos se encuentra protegido por la Carta Social Europea.

Otro documento importante para el tema que nos ocupa es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue firmada y proclamada el 7 de diciembre de 2000, con ocasión del Consejo Europeo celebrado en la ciudad de Niza.

Teniendo en cuenta la imperiosa necesidad de efectuar una política comunitaria europea que regulase los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de las personas tanto comunitarias como no comunitarias, es cuando surge la denominada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Dicha Carta ha recogido la regulación de estos derechos, agrupándolos por primera vez en la historia europea en un texto único de seis grandes capítulos, cuyo contenido se encuentra conformado por derechos esenciales que ya han sido reconocidos tanto por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos

---

<sup>536</sup> CRUZ MIÑAMBRES, José E, *op.cit.*, p.198

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Humanos como por la Carta Social Europea, los cuales son: la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la ciudadanía y la justicia<sup>537</sup>.

Teniendo en cuenta los valores y/o principios proclamados en el apartado segundo del Preámbulo, la Carta ha regulado el derecho educativo dentro del Capítulo II referente a las Libertades. De esta manera, el derecho a la educación se encuentra prescrito en el Artículo 14 del referido texto, llegando a establecer en su primer apartado un enunciado que refiere que *“toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente”* añadiendo también en su segundo apartado el carácter gratuito que posee la enseñanza obligatoria<sup>538</sup>.

Expuesto el carácter general del precepto que regula el derecho educativo, no cabe duda pues en afirmar que dicho artículo ha reconocido y reconoce actualmente no solo el derecho educativo que les corresponde a los ciudadanos miembros de la Unión Europea, sino que también ha reconocido implícitamente el derecho educativo que les corresponde a las ciudadanos no provenientes de los países miembros de la Unión Europea. Teniendo en cuenta el reconocimiento amplio efectuado en función de la calidad de persona, podemos decir que el reconocimiento del derecho educativo de los extranjeros inmigrantes se encuentra también garantizado por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Ha de tenerse en cuenta por otra parte la necesaria relación que contiene dicho articulado educativo con aquello que establece el artículo 1, referente a la dignidad de la persona, la cual según se establece deberá de ser respetada y protegida. De igual suerte el artículo 20 y 21 de la Carta, se han constituido en elementos de apoyo al articulado educativo. Esto se evidencia del reconocimiento

---

<sup>537</sup> ALONSO GARCÍA, Ricardo y Otro, *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, Concordancias*, jurisprudencia, Aranzadi, Navarra, 2006, p.24.

<sup>538</sup> *Ibidem*, p.15.

efectuado respecto a la igualdad de todas las personas y respecto a la prohibición de toda discriminación, particularmente las ejercidas por razón de nacionalidad tal como lo prescribe el apartado segundo del artículo 21, precepto que a su vez se ve reforzado por el respeto que otorga el artículo 22 a toda diversidad cultural existente en la Unión Europea.

Por otro lado resulta significativo el mandato que incorpora el artículo 15 del Convenio Europeo relativo al Estatuto jurídico del trabajador migrante, en el sentido de que los Estados Partes interesados tomarán las medidas de común acuerdo con vista a organizar, en lo posible, cursos especiales para los hijos de los trabajadores migrantes, destinados a la enseñanza de la lengua materna del trabajador migrante y a facilitar, entre otras cosas, su retorno a su Estado de origen<sup>539</sup>.

El fracaso del Tratado Constitucional Europeo que contenía a modo de parte dogmática la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea condujo a la firma del Tratado de Lisboa, el 13 de diciembre 2007, por el cual se modifican los Tratados de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Este texto normativo recoge las principales aportaciones materiales contempladas en el Tratado Constitucional tanto en el plano estructural, como en los planos institucionales y competenciales. Por otro lado ha optado por incluir en el futuro TUE una disposición que regulará todo lo relativo a los derechos fundamentales, de esta forma, el artículo 6 del TUE presentará un nuevo apartado, a través del cual “la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000”; precisando además que “tendrá el mismo valor jurídico que los tratados”. En lo que se refiere al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tratado de Lisboa previene que el artículo 6 del TUE recogerá la previsión del Tratado Constitucional manifestándose así que la “*Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades*

---

<sup>539</sup> ESPLUGUES MOTA, Carlos y Otro, “El nuevo...”, op.cit, p.118.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

*Fundamentales (...)*”. De esta forma, el Tratado de Lisboa viene a introducir una novedad significativa en lo que respecta al tema de los derechos humanos, como también en lo referente a la introducción de una atribución de competencia para permitir la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>540</sup>.

El Tratado de Lisboa ha regulado de una forma general el aspecto educativo, prestando especial atención a los valores de la dignidad humana, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho, la libertad, así como de los derechos que poseen las personas pertenecientes a las minorías; esto tal como se desprende de lo regulado en el artículo 1.bis. De esta forma, se reconoce en el mismo precepto del Tratado, aún no vigente, el carácter pluralista que posee la sociedad de la Unión Europea y se pronuncia por tanto, por la no discriminación de las personas que habitan dentro de la Unión, reconociéndose también por otro lado en el artículo segundo, los derechos que poseen los niños. Dicho instrumento europeo, reconoce como ya dijimos los derechos ya previstos por la Carta de los Derechos Fundamentales y le da a su vez el mismo valor jurídico que a los tratados, es decir, que reconoce el derecho a la educación que tiene toda persona y al acceso, a la formación profesional y docente así como también el acceso a la enseñanza obligatoria gratuita.

Por otro lado, en este Tratado se pone un especial énfasis en el tema de la educación y del deporte, insistiendo en que éste es una disciplina muy importante y estrechamente relacionada con la educación de los jóvenes dentro de la Unión, conforme se desprende de la regulación efectuada en el apartado 1 del artículo 149. En el ámbito de la inmigración, el artículo 63 bis que la Unión, establece que se desarrollará una política común de inmigración que llegue a garantizar en todo momento una gestión eficaz de los flujos migratorios. Se pretende de esta manera, lograr un trato igualitario de los nacionales de los terceros países que residan legalmente dentro de los Estados Miembros de la Unión.

---

<sup>540</sup> MARTÍN, José y Otro, Real Instituto Elcano, [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org).

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

A pesar del reconocimiento efectuado por el Tratado de Lisboa, el cual se encuentra sujeto a su posterior ratificación, MANGAS MARTÍN, considera, sin embargo, que si bien es cierto que el tratado formaliza la personalidad de la Unión, no resulta justificado hablar de Constitución, ya que este Tratado internacional constituye una repetición que codificaba con buen orden y sistemática la gran mayoría del derecho comunitario en vigor sin aportar novedades sustanciales que fueran capaces de alterar el proceso de integración internacional de los Estados soberanos, fundados en sus propias constituciones<sup>541</sup>.

Por su parte la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo aprobada por la Eurocámara el día 18 de junio de 2008 ha sido elaborada con la finalidad de introducir normas comunes dentro de los países de la Unión para el retorno de inmigrantes ilegales que se encuentren dentro sus territorios<sup>542</sup>. Es decir que dicha directiva se encuentra dirigida hacia aquel grupo de inmigrantes que no poseen la residencia legal o de asilo que puede haber sido otorgado por cualquiera de los países de la Unión. Si bien es cierto que dicha Directiva pretende el establecimiento de un enfoque común para la prohibición de reingreso a los Estados de la Unión, cabe resaltar que para el resultado y cumplimiento de dicha finalidad se ha observado que determinados procedimientos pueden poner en riesgo la efectividad de ciertos derechos fundamentales.

En este sentido resulta necesario, según se desprende de la propia Directiva, que todas aquella medidas sean llevadas a cabo sin discriminación alguna por motivos de sexo, raza, color, origen social o étnico, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas u de otro tipo, pertenencia a una minoría social, fortuna nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. Pero si bien es cierto que la Directiva reconoce la importancia que alberga el interés superior del niño como una consideración primordial que

---

<sup>541</sup> MANGAS MARTÍN, Araceli, *El tren europeo vuelve a sus raíles: El tratado de Lisboa*, p.24-26. [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

<sup>542</sup> DASILVA, Natalia y Otros, Nota de Prensa del Parlamento Europeo, [http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infopress\\_page/018-31787-168-06-25-902-20080616IPR31785-16-06-2008-2008-true/default\\_es.htm](http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infopress_page/018-31787-168-06-25-902-20080616IPR31785-16-06-2008-2008-true/default_es.htm)

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

los Estados deben de tomar en cuenta al aplicar la Directiva, no se puede negar que en estos casos puede haber una evidente violación del derecho a la educación que tienen todos los niños con independencia de su situación administrativa; aunque es evidente que esta directiva se encuentra dirigida hacia aquel grupo de menores no acompañados a los cuales se le aplicará la repatriación siempre y cuando se lleve a cabo el retorno a su país de origen y puedan tener también una familia o un centro de acogida que se pueda encargar de ellos a su retorno a su país.

Esta situación sin embargo no es de fácil solución pues, el fenómeno inmigratorio muchas veces encierra realidades diversas en las que los grupos de inmigrantes se ven desprotegidos y carentes de la debida tutela que en razón de su dignidad como personas poseen. El desconocimiento de la verdadera situación en la que se encuentran los inmigrantes puede dar lugar en ciertos casos a la expulsión de algunos menores que sin realmente poseer la condición de menores no acompañados pueden verse envueltos en dicha situación administrativa, evidentemente resulta difícil que dichos menores no residentes legales puedan llegar a declarar la verdadera relación y acompañamiento que poseen dentro del país receptor y de esta forma no denuncian a sus padres quienes también poseen la calidad de inmigrantes no legales y es por esta razón que a veces se puede llegar a incurrir en errores a veces impredecibles que son de difícil resolución para el verdadero bienestar de los menores inmigrantes. Aquella situación, de por sí ya compleja, se sobredimensiona aún más en lo que respecta a la situación que presentan la proporción de inmigrantes que se encuentran en situación de paro, puesto que dicha condición puede conllevar posiblemente a que, tarde o temprano, sus permisos de residencia queden sin efecto, borrando así la distinción entre quienes parten de una situación regular, y aquellos que se han mantenido en la clandestinidad. Esta falta de distinción que a lo largo puede llegar a presentarse, conlleva irremediamente, a que dicho grupo de extranjeros puedan verse incluidos dentro de la política de retorno que plantea la Directiva, conforme lo ha dispuesto la propia Directiva cuando expresa en su artículo 3.b que la medida será de aplicación al “nacional de un tercer país que o cumple o ha dejado de

cumplir las condiciones para la entrada” en el territorio de los países de la Unión<sup>543</sup>.

Por otro lado también resulta discutible la política de expulsión dirigida hacia un determinado grupo de extranjeros ilegales, los cuales a su vez poseen familias y es en esta situación en la que también se puede poner en serio peligro el cumplimiento del derecho educativo que poseen los hijos de los extranjeros inmigrantes. Efectivamente dicho peligro se aprecia en el retorno obligatorio que como consecuencia de la expulsión que dispone la Directiva deben sufrir los padres de los menores extranjeros. Evidentemente se observa que existen ciertos límites respecto al desarrollo y cumplimiento del derecho educativo de los menores extranjeros, pues resulta difícil el cumplimiento efectivo de dicho derecho educativo si se les priva a los menores extranjeros de la presencia de sus padres; por lo tanto la Directiva debe tomar en cuenta para la expulsión no sólo la desmembración de la familia, que como consecuencia de la expulsión se puede efectuar, sino también el factor educativo de los menores hijos de los extranjeros inmigrantes, el cual puede verse afectado por las nuevas medidas que dispone la reciente Directiva Europea.

### **III.15) El derecho a la educación de los extranjeros inmigrantes como derecho inherente a la dignidad de la persona humana**

Siendo la dignidad de la persona humana la raíz y el núcleo fundamental de los derechos fundamentales a ella inherentes, podemos decir entonces que ésta se constituye en un elemento esencial a tomar en cuenta en el reconocimiento del derecho educativo de los extranjeros inmigrantes. Efectivamente, ello se deriva del análisis efectuado en la normativa correspondiente al derecho educativo (artículo 27.1) y al del derecho de extranjería (artículo 13.1), la cual tendrá como base para su desarrollo y ejecución este valor superior de la dignidad de la

---

<sup>543</sup> RIDAO, José María, “Populismo, democracia, inmigración (La Directiva europea de retorno)”, *Revista Claves de la razón práctica* N°185, septiembre-2008, p.26.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

persona. Así pues, es interesante subrayar que la dignidad ha sido considerada por la Carta Magna como un valor fundamental superior a otros valores que se incluyen en la misma Carta Constitucional. La dignidad de la persona se erige como un valor fundamental superior al de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, los cuales como ya sabemos se encuentran positivados en el apartado 1 del artículo primero del Título Preliminar de la Constitución Española.

Desde luego, por lo que concierne al derecho educativo podemos observar que el ordenamiento constitucional ha reconocido este derecho fundamental a todas las personas en razón de la plena dignidad humana. Efectivamente, aquí no cabe duda que nos estamos refiriendo a la dignidad en el pleno sentido de la palabra, tal como lo prescribe el apartado 1 del artículo 10. Sin embargo, se ha de tener presente cuando nos referimos al derecho educativo que tienen los extranjeros, la configuración del apartado 1 del artículo 13 de la Constitución Española, el cual aparece condicionando aparentemente, en el caso de los extranjeros, el goce efectivo de las libertades públicas prescritas en el Título I a todo aquello que establecen los tratados y las leyes. Es en este punto donde surgen una serie de complicaciones al desarrollo del derecho educativo, pues muchas veces la configuración del apartado 1 del artículo 13 es vista como un límite al efectivo desarrollo de este derecho.

Y en este contexto, se hace preciso revisar una vez más aquello que establece el Tribunal Constitucional. Así pues, siendo el derecho educativo de los extranjeros un derecho de configuración legal, el Tribunal ha entendido que la regulación de la misma no es libre, puesto que no puede afectar al contenido mismo del derecho<sup>544</sup>. Con lo cual se desprende, que siendo el derecho educativo, un derecho que aspira a alcanzar el pleno desarrollo de la personalidad, entonces podemos decir, que estamos hablando de un derecho que se torna fundamental e imprescindible para la dignidad de la persona humana. Esto es así, porque el derecho educativo contribuye a la plena realización de la dignidad de la persona, la cual se canaliza a través del libre desarrollo de la personalidad.

---

<sup>544</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, "Comentario introductorio al título I", *Comentarios a la constitución española de 197*, ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Director), Tomo II., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1996, p. 31.

Hemos de destacar aquí que la dignidad de la persona no es un elemento estático, que se fija una sola vez, sino más bien un elemento dinámico, abierto a un constante enriquecimiento. Con lo cual, se explica que el apartado 1 del artículo 10 haga una explícita referencia al libre desarrollo de la personalidad, así como también, que se efectúe en el apartado 2, una conexión en cuanto a la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, con lo prevenido en las Declaraciones y en los Pactos Internacionales<sup>545</sup>. De este modo, la dignidad de la persona, en razón de su carácter dinámico, se constituye en un elemento esencial, que en el caso específico del derecho educativo, encuentra su plena realización o concreción. Ello debido al desarrollo integral al que contribuye el derecho educativo, desarrollo al cual propugna la dignidad de la persona humana.

Reconocida la dignidad común de todos los seres humanos, es decir de todas las personas, se llega entonces a establecer que el extranjero, sea o no un inmigrante, es titular tiene por su condición de ser humano, de un derecho educativo; todo ello con total independencia de su nacionalidad, condición jurídica, situación social o económica. De esta forma, en razón de la dignidad humana común de todas las personas, a la cual tienen derecho todos los habitantes de un Estado sean nacionales o extranjeros, no es posible negar la titularidad de este derecho. Así pues, nos encontramos con que la dignidad de la persona humana trasciende espacios territoriales e implica un amplio respeto no solo por los ciudadanos de un Estado determinado sino también por los extranjeros sean éstos inmigrantes o no. En este sentido, la doctrina jurisprudencial es inequívoca al establecer que todos los derechos que son imprescindibles para garantizar la dignidad humana han de corresponder por igual tanto a españoles como a extranjeros, debiendo ser por lo tanto su ordenación normativa idéntica para unos y otros<sup>546</sup>.

---

<sup>545</sup> RUÍZ GÍMENEZ CORTES, Joaquín., “Artículo 10”., *op cit.*, p.59.

<sup>546</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco., “*Igualdad en dignidad y titularidad de derechos*”, *La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos* de Rivista di Scienze Giuridiche, Universidad Católica del Sacro Cuore, N°2 Anno L, maggio-agosto, Milano, 2003, p. 224.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Por otra parte, aquí se hace interesante subrayar que cuando surgen problemas eminentes respecto al reconocimiento del derecho educativo, se hace preciso tener en cuenta aquello que establece el Tribunal Constitucional en su STC 120/1990, en la cual expresa que la dignidad constituye el “*minimum invulnerable*” que todo estatuto debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”. De este modo, nos encontramos con que la dignidad de la persona se constituye en el principal instrumento a tomar en cuenta para el reconocimiento de los derechos educativos de los extranjeros, pues no será posible reconocer este derecho si no se toma en cuenta en primer lugar su dignidad como persona humana. Aquí, efectivamente se hace evidente el papel que desempeña la dignidad de la persona, así el Tribunal Constitucional en su STC 53/1985 lo califica como un “*prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los (...) derechos*”.

Ahora bien, conviene tener en cuenta que la dignidad de las personas no sólo constituye la razón de ser de los derechos fundamentales sino que también se expresa como un fin y límite frente a ellos. De esta forma, el ejercicio del derecho educativo, no puede ni podrá ser limitado, salvo que en su ejercicio se esté atentando contra la dignidad plena que tienen otras personas. Dada la situación, podemos decir, que se hace necesaria una efectiva protección por parte del Estado de Derecho, pues solo así se conseguirá que la dignidad de la persona se concrete. Y es a través de esa concreción donde será posible lograr el desarrollo de la personalidad por medio de la educación.

Teniendo en cuenta el carácter intangible o indisponible que posee la dignidad de toda persona, podemos decir entonces que no será posible establecer para el legislador educativo, una regulación normativa que vaya en contra de la dignidad de los extranjeros inmigrantes. De esta forma debe basar su regulación respetando la dignidad esencial que corresponde a cada persona y que se encuentra íntimamente conectada con el derecho educativo.

Por otro lado, no debemos de olvidar que la dignidad de la persona también se manifiesta como un motor del ideal igualitario, puesto que la fórmula del “igual tratamiento de las personas” ha significado, como lo refiere BOBBIO<sup>547</sup> un papel revolucionario en la historia, y se ha constituido paralelamente en una de las fuerzas impulsoras del progreso histórico. Por tal motivo, cualquier intento de poner fin a la discriminación, o cualquier paso para llevar a cabo la inclusión, puede llegar a significar posteriormente un indicio del progreso que se está efectuando<sup>548</sup>. Por tanto, reconocida la dignidad de la persona, y su consecuente relación que tiene con respecto a la igualdad, no se puede negar el derecho que tienen los extranjeros inmigrantes a la educación, derecho que debe de ser otorgado en su condición de persona y en igualdad de condiciones con respecto al conjunto de alumnos que componen la masa educativa.

Ahora bien, debe de tenerse en cuenta que dicho reconocimiento no implica únicamente el derecho al acceso a la educación, ya que el reconocimiento de la igualdad en el acceso a la educación no agota las tareas encomendadas a los poderes públicos, sino que, resulta necesario que aquellos poderes públicos creen las condiciones de libertad y de igualdad para que todas las personas y los grupos en que aquellos se integren puedan ver realizados sus derechos de una forma real y efectiva en el ámbito del derecho a la educación, tal y como lo previene el artículo 9.2 de la CE<sup>549</sup>.

### **III.16) La igualdad como principio inspirador del derecho a la educación de los extranjeros inmigrantes**

De este modo cuando hablamos del derecho educativo que tiene los extranjeros inmigrantes es necesario tomar en cuenta la implicación que tiene en este derecho el principio de igualdad; éste principio contribuirá a la defensa del mismo ante cualquier discriminación de tipo normativo que resulte injustificada,

---

<sup>547</sup> BOBBIO Norberto, “*Igualdad y libertad*”, Paidós, Barcelona, 1993, pp.68-70.

<sup>548</sup> ROCA, Victoria; “La condición de extranjero como rasgo inmutable de las personas: una revisión crítica de las prácticas actuales de inclusión de extranjeros”, *Derechos y Fronteras*, DOXA, N°26, 2003, p762.

<sup>549</sup> AJA FERNÁNDEZ, Eliseo, “El derecho a la educación de los inmigrantes”, *Cuadernos de Pedagogía*, N°315, p.25.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

así como también ante cualquier aplicación normativa que se torne arbitraria y decida desconocer el reconocimiento amplio y general que efectúa el artículo 27 de la Constitución Española.

Dentro de los derechos económicos, sociales y culturales nos encontramos al derecho educativo como un derecho de carácter prestacional que exige la intervención de los poderes públicos para su efectiva realización. De este modo, es posible decir que todos los derechos de prestación (entre ellos el derecho educativo) son expresiones concretas de la igualdad real, pues consisten en un dar o en un hacer a favor de algunos individuos, según ciertos criterios que inevitablemente introducen desigualdades normativas y que dan lugar a obligaciones de organización, procedimiento y prestación<sup>550</sup>. Y es precisamente dentro de este nuevo contexto de derechos sociales de carácter prestacional cuando toma importancia la aplicación del artículo 9.2 de la Constitución Española, como expresión concreta de la igualdad sustancial.

No obstante, ha de quedar claro que no es posible concebir la igualdad formal y la igualdad sustancial, como derechos totalmente inescindibles pues, como ya hemos dicho antes, ambos derechos se complementan. De este modo, se puede observar que el artículo 27.1 efectúa un reconocimiento formal y extensivo hacia todas las personas, mientras que el artículo 9.2 se caracteriza por asignar a los poderes públicos la capacidad para promover las condiciones para que la igualdad de la o las personas sea real y efectiva. De igual suerte y en conjunción con lo anteriormente prescrito por el artículo 9.2, se encuentra el artículo 27.5 el cual hace referencia a las garantías que ofrecen los poderes públicos en cuanto al ejercicio del derecho educativo. Este último artículo constituye así, un elemento importante a tener en cuenta, pues siendo el derecho educativo un derecho de carácter prestacional, requiere indudablemente de la intervención de los poderes públicos, los cuales no solo se abocan al reconocimiento del derecho en sí, sino que también están dirigidos a la efectiva prestación del servicio, tratando así mismo de cubrir las necesidades educativas de aquellos que se encuentran en situación de desventaja, tal y como lo constituirían los extranjeros inmigrantes.

---

<sup>550</sup> ANÓN ROIG, María José, *op cit.*, p.158.

Así pues, a la luz del nacimiento del Estado Social, toma existencia la igualdad sustancial o material, la cual nace con el expreso deseo de corregir las deficiencias en que había incurrido la igualdad formal del sistema liberal. De esta forma, la igualdad sustancial, no solo se conforma con la igualdad proclamada por el artículo 14, sino que se constituye en un elemento fundamental que exige la intervención de los poderes públicos, para la consecución de la igualdad efectiva a la que se aspira a llegar. Así mismo, ha de tenerse en cuenta que la igualdad sustancial no impide que en el ejercicio de la acción de poderes públicos, éstos se abstengan de introducir las discriminaciones que ellos consideren necesarios, sino que por el contrario en virtud de lo que establece el artículo 9.2 de la Constitución Española, esta igualdad permite que se dicten las medidas que se consideren oportunas para alcanzar la igualdad real.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha expresado en su sentencia 3/1983, de 25 de enero que “a fin de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran, en ocasiones, se exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la ley”<sup>551</sup>.

Con todo, debe resaltarse además, que la importancia de la educación en los tiempos actuales toma aún mayor sentido en cuanto aquella se ha constituido en un derecho capaz de resquebrajar los más duros esquemas de clase, configurándose de este modo, como un instrumento básico en orden a la consecución de la igualdad en el seno de una sociedad concreta<sup>552</sup>. De esta forma, la educación no sólo toma verdadera dimensión e importancia en el hecho de contribuir al desarrollo de la personalidad humana, sino que también se manifiesta en un factor trascendental para lograr la igualdad en la sociedad, esto en función de su carácter individual y social que en ella se contiene.

---

<sup>551</sup> Y es aquí donde debemos de tener en cuenta que cuando el artículo 9.2 se pronuncia a favor de “promocionar” y “promover”, no se está dirigiendo únicamente al legislador sino que también se dirige a los demás poderes públicos.

<sup>552</sup> GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia; *El Estatuto jurídico constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p.99.

**III.17) El Derecho a la Igualdad de los Extranjeros Inmigrantes**

Una vez expuesto lo anterior y dada la alusión precisa que el artículo 14 realiza, respecto a la titularidad del derecho a la igualdad<sup>553</sup>, cabe entonces preguntarse si los extranjeros son o no verdaderos beneficiarios de este precepto constitucional. Mucho se ha discutido en la doctrina acerca de la titularidad que implica este derecho, puesto que en principio el ordenamiento constitucional ha otorgado la titularidad de este derecho a los españoles. Existe sin embargo una ayuda fundamental para aclarar el verdadero alcance de este artículo, dicha ayuda la encontramos en el Tribunal Constitucional, como supremo interprete de la Constitución.

Así, el Tribunal Constitucional en su sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, indica que lo proclamado en el artículo 14 de la Constitución Española “ *no es argumento suficiente para afirmar la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles*” ello “ *porque no es únicamente el artículo 14 de la Constitución el que debe ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos sin los que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España*”. Por otro lado, el Tribunal considera que es necesario enlazar los contenidos del artículo 14 con el 13 de la Constitución Española, pues si bien ésta última hace alusión al término de libertades públicas, ello no tiene para el Tribunal un significado restrictivo. Así se llega a establecer, como ya se ha visto antes, que la igualdad o desigualdad en la titularidad y el ejercicio de tales derechos reconocidos en el Título I de la Constitución se efectuarán en la medida que lo establezcan los tratados y la ley, no significando tal previsión la deconstitucionalización de los derechos reconocidos a los extranjeros, de tal modo que el derecho educativo reconocido a los extranjeros, sigue siendo un derecho constitucional, y que por lo tanto será dotado de las garantías que por su naturaleza le corresponde.

Otro aporte fundamental a esta consideración de igualdad entre españoles y nacionales, lo encontramos en la exposición del artículo 1.1 de la Constitución,

---

<sup>553</sup> Efectivamente el artículo 14 de la CE señala que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

el cual si bien en si mismo carece de efectos jurídicos inmediatos, no obsta para que estemos ante una “pauta de legitimación del ordenamiento jurídico en su conjunto” así como también ante un “elemento de interpretación no desdeñable para el entendimiento de sus diversas concreciones a lo largo del texto” de la Constitución<sup>554</sup>. Por otra parte, se hace indispensable establecer un lazo entre aquello que establece el artículo 1.1 con lo que declara el artículo 9.2 de la Constitución Española. Esto porque si bien en un principio el artículo 1.1 se encuentra vinculado al pueblo y al estado español, esto no obsta para vincularlo al artículo 9.2, que como ya sabemos señala que corresponde 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 efectivos. Y es precisamente este último artículo el cual permite conectar con la idea de derechos de la persona, con una total independencia de la nacionalidad que el hombre posea, y así es como produce una completa igualdad entre españoles y extranjeros, pues al mencionarse el término de “individuo” se está excluyendo cualquier consideración de ciudadanía o nacionalidad y se reconocen derechos que son imprescindibles para la dignidad de la persona, que conforme al artículo 10 de la Constitución es el fundamento del orden político y de la paz social. En consecuencia, no parece haber ninguna duda en afirmar que, la educación es un derecho eminentemente social que contribuye al libre desarrollo de la personalidad, el cual a su vez se encuentra vinculado a la dignidad de la persona, sea esta nacional o extranjera. Podemos decir entonces que el principio de igualdad expuesto en el artículo 14 de la Constitución se hace extensivo a los extranjeros inmigrantes.

A la vista de lo que se acaba de señalar, cabe considerar también, la remisión que efectúa el artículo 10.2 de la Constitución Española referente a los textos internacionales, y es aquí precisamente donde se disipa cualquier duda que pudiera mantenerse al respecto. Así, cabe destacar como principal instrumento internacional la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la cual reconoce desde su Preámbulo la necesidad de otorgar una serie de derechos “iguales e inalienables” a todos los miembros de la familia humana, que van a

---

<sup>554</sup> JIMÉNEZ CAMPO, Javier., “La igualdad jurídica como límite al legislador” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 9, 1993, p.79.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

tener como origen y fundamento la “dignidad intrínseca” de dichos miembros. Así mismo, reconoce en su artículo primero que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Así, de acuerdo con la remisión, una vez más nos encontramos con derechos que son reconocidos universalmente, todo ello con total independencia de la nacionalidad que tenga la persona humana. De igual suerte el artículo segundo establece que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. De este modo, es precisamente este último artículo el que viene a confirmar el espíritu de igualdad universal que contiene la declaración.

En este mismo sentido ha de tenerse en cuenta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ello se desprende del tenor del artículo 26 del primer Pacto, el cual expresa que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley (...)”, así como también del artículo 2.2 del segundo pacto, donde se obliga a los Estados Parte a garantizar el ejercicio de los derechos enunciados en él sin ningún tipo de discriminación.

Del mismo modo en el ámbito europeo el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas se viene a establecer la obligación de reconocer los derechos en ella expuestos sin distinción alguna “(...) por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional (...)”.

### **III.18) Fenómenos relacionados con la diversidad de alumnado**

La inmigración se ha constituido así, en un fenómeno de gran envergadura dentro de la realidad social y económica de España. De este modo, con el transcurso del tiempo se ha observado que el crecimiento de la población se ha acelerado, originándose así una pluralidad sociocultural muy variada. Esta nueva realidad, que afecta a la población extranjera, al igual que al conjunto de la población española, reclama día a día una educación que sea igualitaria y que

tienda a procurar el máximo nivel de oportunidades educativas para todas las personas, ello tomando en cuenta la diversidad del alumnado que actualmente se encuentra inserto en los diferentes centros educativos de España.

Y es en función de esta pluralidad sociocultural, en la que cobra sentido la función de la educación, ya que la educación no consiste solo en transmitir a las nuevas generaciones un acervo de conocimientos y de habilidades sociales y profesionales, sino que también, se transmite los principios y valores alentados por la sociedad en su conjunto, los cuales no se imparten de una forma dogmática y adoctrinadora, sino que más bien se hacen desde un respeto hacia el pluralismo de carácter ideológico y cultural por cuanto esto se instituye en el valor que sustenta el Estado Constitucional<sup>555</sup>. Este respeto, será el que finalmente conduzca a una mejor integración de los extranjeros inmigrantes en España, puesto que sin respeto no sería posible lograr el nivel de convivencia que se requiere lograr en un Estado Social.

Efectivamente, el fenómeno de la inmigración se ha constituido en un fenómeno complejo, generador de una serie de problemas que afectan no solo a la sociedad receptora, sino también a la nueva sociedad inmigrante. Estos nuevos problemas surgen cuando el inmigrante decide y consigue traer al país de destino a su cónyuge y a sus hijos y/o cuando comienza a tener hijos en el país receptor. Ya en este punto, es cuando nos encontramos con un conjunto de individuos extranjeros que se encuentran reagrupados por familias y que por ende, requieren de los servicios básicos prestados por el Estado, llegando a constituir la educación uno de los principales servicios requeridos. Así, al ingresar la nueva población al servicio educativo español se encuentra con una serie de dificultades y trabas para poder acceder a un efectivo servicio educativo. Muchos de estos problemas escolares que sufren los hijos de los extranjeros se encuentran muy relacionados con los problemas por los que atraviesan sus padres inmigrantes; pero en el caso específico de la educación estos problemas de rechazo escolar se encuentran en muy estrecha relación con los problemas de rechazo social. Entre los principales problemas educativos que experimentan los alumnos inmigrantes al entrar en

---

<sup>555</sup> GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, *op cit*, p.101.

contacto con la población autóctona receptora y que dificultan hoy en día el verdadero desarrollo del derecho a la educación tenemos:

**III.18.1) La concentración de alumnos inmigrantes en algunas escuelas públicas**

El principal problema que se está observando en todos los municipios es el alto grado de concentración del número de inmigrantes en algunos centros escolares públicos, como resultado de dos fenómenos totalmente diferentes; por una parte, se encuentra la concentración “natural” de los inmigrantes en ciertos barrios<sup>556</sup>; y por otra la deserción de las familias autóctonas que prefieren trasladar a sus hijos a otras escuelas en donde no hayan inmigrantes o donde su proporción no sea tan alta. El fenómeno se acaba convirtiendo en una “concentración artificial” de alumnos inmigrantes en los centros públicos y en la huida de los alumnos autóctonos a los centros concertados, de forma que si los habitantes inmigrantes de un barrio representan el 20% o el 30% la proporción de alumnos inmigrantes en los centros públicos son el 50% o el 60% del alumnado.<sup>557</sup> De estos datos se desprende que el acusado incremento de la población escolar inmigrante registrado en los últimos años está recayendo fundamentalmente sobre la enseñanza pública.

**III.18.2) La incorporación tardía al sistema educativo**

Otro de los problemas que se presentan al abordar el aspecto educativo de los extranjeros inmigrantes, viene dado por la incorporación tardía al sistema escolar español. Resulta evidente que en España nos encontramos con una gran diversidad de alumnado extranjero cuya procedencia y nacimiento es igual a la de sus progenitores extranjeros; viniendo muchos de ellos a España como consecuencia de la reagrupación familiar; a su vez también podemos encontrar

---

<sup>556</sup> La concentración de inmigrantes en barrios muchas veces se ve influenciada por los precios más baratos de las viviendas o por la acción que otros compatriotas o familiares ejercen en ella.

<sup>557</sup> AJA, Eliseo y Otros., *La inmigración extranjera en España- Los retos educativos.*, Colección Estudios Sociales Nº 1., Fundación La Caixa, Barcelona 2000, p. 83.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

aquel alumnado cuyo origen es extranjero pero cuyo nacimiento se ha efectuado en España. Es precisamente respecto a este primer colectivo de inmigrantes mencionados en donde suele presentarse el problema de incorporación tardía. Efectivamente al haber nacido fuera de España ya sea en el Este de Europa, América Latina o África, este alumnado al llegar a España se incorpora tardíamente al sistema educativo español. Llegado a este punto es donde podemos decir que ha surgido el problema, esto debido a que el menor extranjero al ingresar a España ingresa en forma tardía al sistema educativo español, encontrándose por tal motivo en un situación de desventaja y de disminución de la equidad en comparación con el resto del alumnado español de la misma edad<sup>558</sup>.

Más aun si a este problema le añadimos la falta de conocimiento del idioma castellano que presenta gran parte de este colectivo estudiantil al llegar a España, el tema se torna entonces mucho más complejo. Tal es así, que se hace necesario para la comunicación e integración en la escuela, el aprendizaje del idioma castellano, como un nuevo idioma imprescindible aparte del idioma autóctono que fue aprendido de los padres o de sus anteriores centros escolares en el extranjero.

En este caso la consideración de un trato igualitario a este colectivo no es muy adecuada ya que no es lo mismo incorporarse al ciclo medio de la enseñanza primaria con un dominio de la lectura y la escritura en la lengua propia que hacerlo en el ciclo inicial y dominar únicamente los rudimentos de la lectura y la escritura. Igualmente, no es lo mismo escolarizarse en el segundo ciclo de la Educación Secundaria Obligatoria tras una experiencia anterior de escolarización sin problemas que hacerlo sin una escolarización que vaya más allá de la alfabetización. Cuando la incorporación tardía se realiza en el parvulario o la educación primaria, los problemas suelen ser menores y, en cambio, son más

---

<sup>558</sup> ESSOMBA, Miquel, "Alumnado de familia extranjera e igualdad de oportunidades en educación. El complejo laberinto hacia la equidad", *Educación e inmigración: nuevos retos para España en una perspectiva comparada*, VV.AA, SUBIRAT, Joan (Director), Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2007, p.276.

importantes cuando ello ocurre en la educación secundaria obligatoria. En el primer caso, la posibilidad de incorporarse a la lengua de la escuela remite a la propia práctica educativa y a los recursos con que cuenta el centro para establecer una pedagogía individualizada que garantice el conocimiento lingüístico de este alumnado. En el segundo caso, aparecen más problemas ya que, en muchas ocasiones, los propios contenidos de estos ciclos educativos dificultan la incorporación del alumnado extranjero que acaba de llegar y no conoce la lengua de la escuela.<sup>559</sup>

Presentes dichos fenómenos de incorporación tardía, resulta entonces fundamental la labor que deben de efectuar las Administraciones Públicas y es en este sentido, que el deber público se manifiesta a través del desarrollo de programas específicos para que los alumnos que presenten graves carencias lingüísticas o problemas relacionados con sus conocimientos básicos puedan pues, superar estos problemas y por tanto poder acceder a su curso correspondiente. No debe de olvidarse que el desarrollo de estos programas será en todo caso simultáneo a la escolarización de los alumnos en los grupos ordinarios, esto conforme al nivel y evolución de su aprendizaje<sup>560</sup>.

### **III.18.3) El racismo**

Otro de los principales problemas que presenta la educación de los extranjeros inmigrantes en España lo constituye el problema del racismo<sup>561</sup>. Como es evidente en este punto nos encontramos con un fenómeno negativo hacia los inmigrantes, ello debido a que determinadas personas creen erróneamente que por no ser los inmigrantes personas iguales en su raza, no deben por lo tanto tener acceso a los principales servicios públicos, tal como lo constituye el derecho a la

---

<sup>559</sup> VILA, Ignasi, "La inmigración extranjera" en *España- Los retos educativos*; Colección Estudios Sociales Nº 1, Fundación La Caixa, 1ra Edición, Barcelona 2000, p. 162.

<sup>560</sup> BRIONES MARTÍNEZ, Irene, Aspectos controvertidos de la nueva ley de educación, *Revista General de Derecho Canónico y derecho eclesiástico del Estado*, Nº 10 (febrero), 2006, p.14.

<sup>561</sup> El racismo sostiene la existencia de algunas poblaciones que son superiores a otras en razón de las características hereditarias que una comprende, lo cual le facilitará el desempeño de determinados roles en la sociedad.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

educación, la cual según los racistas estaría supeditado por mecanismos hereditarios. España es un país con antecedentes históricos racistas, uno de los principales grupos discriminados racialmente lo han constituido los gitanos. A diferencia de estos últimos los extranjeros han venido experimentando a través de la historia singulares tratos diferenciales. Al comienzo del proceso migratorio hacia España los inmigrantes no tenían un régimen de leyes que regulara su permanencia en el país y las actitudes hacia ellos no eran tomadas muy en cuenta por la población. Una vez que pasaron los años y con el ingreso de España a la Comunidad Europea, se hizo preciso efectuar una regulación de este colectivo extranjero. Es aquí donde mucha gente se vio alarmada por el gran crecimiento inmigrante que se había efectuado en España; dicha alarma se vio influenciada negativamente por los medios de comunicación, los cuales contribuyeron en muchos casos a empeorar la situación de los inmigrantes. Como es de esperarse este grito de alarma fue suscitando peligrosamente en determinadas personas ciertas tendencias racistas y xenófobas, las cuales fueron enfocadas hacia la emergente población inmigrante proveniente de diversos países. Claro está, que como consecuencia del ya mencionado proceso de reagrupación familiar muchas de estas personas se vieron afectadas no sólo en lo personal sino también en lo familiar. Tal es así que muchos niños inmigrantes se han visto perjudicados de alguna manera por las diversas manifestaciones racistas que se dan en la sociedad.

El racismo se expresa a través de diversas formas y una de sus manifestaciones elementales está representada por el prejuicio, el cual se manifiesta en la realidad a través de las diferentes conversaciones negativas que se dan en la sociedad. En el caso de los niños inmigrantes puede suceder que se den este tipo de actitudes, ya sea por el solo hecho de ser hijo de un extranjero inmigrante que viene de afuera para trabajar o que viene supuestamente a quitar un puesto de trabajo o por el solo hecho de la desconfianza que generan por ser gente ajena al país.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Otra de las expresiones del racismo lo constituye la discriminación, que en el caso educativo de los extranjeros consistiría en dar un trato diferenciado e inferior en términos de derechos o beneficios tal como lo constituye el derecho al acceso a las escuelas, medios de transporte, lugares públicos, seguridad social.<sup>562</sup> La discriminación ya no equivale a una mera diferenciación o distinción, sino que tiene connotación negativa, peyorativa, basada en un doble orden de razones como lo es el carácter odioso, inaceptable del criterio de diferenciación elegido, que es de una especial naturaleza al basarse en características personales o situaciones sociales del individuo discriminado al margen de su responsabilidad personal; el que esa diferenciación de trato supone para ese individuo un perjuicio y una desventaja no deseable por él<sup>563</sup>.

La segregación, constituye otra de las expresiones del racismo y consiste en mantener a distancia y en forma controlada a un determinado colectivo, postulando el principio de que cada cultura se ha de desarrollar separada y paralelamente según sus propias características.<sup>564</sup> Un ejemplo significativo de él lo constituye actualmente el gueto.

La xenofobia también se constituye en expresión directa del racismo, pues a través de ella se desarrolla una tendencia excluyente de lo extranjero, de lo que no corresponde con la comunidad ante la que se siente identificado el sujeto, pero no por razón de su origen étnico, sino por el hecho diferencial en sí mismo.<sup>565</sup> La xenofobia es otra encarnación de la intolerancia como el racismo y este calificativo se utiliza generalmente para descubrir la hostilidad frente a personas que no proceden únicamente de otros lugares o países, sino que también está referido a su cultura, valores y tradiciones.<sup>566</sup> La xenofobia constituye un fenómeno que felizmente hoy por hoy no se encuentra muy extendido dentro del

---

<sup>562</sup> CALVO BUEZAS, Tomás, “Los rasgos humanos no existen”; *La escuela ante la inmigración y el Racismo*, Editorial popular, Madrid, 2003, p.147.

<sup>563</sup> RODRÍGUEZ PIÑEIRO, Miguel y Otro., *op.cit.*, p.109.

<sup>564</sup> GALVÍN, Isabel y Otro, *Propuesta metodológica para el trabajo social con inmigrantes*, 1ra edición, Siglo Veintiuno, Madrid, 1996, p 120.

<sup>565</sup> LOPEZ GARRIDO, Diego y Otros., “Instrumentos jurídicos contra el racismo”, *Xenofobia en Europa*, Popular, Madrid 1994, p. 65.

<sup>566</sup> CALVO BUEZAS, Tomás, “los rasgos...”, *op. cit*, p147.

ámbito educativo inmigrante, desgraciadamente muchas de las actitudes xenófobas ejercidas por los menores autóctonos en España se puede decir que son aprendidas de los mayores que los rodean y en muchos casos por la influencia prioritaria de sus padres.

Finalmente la marginación se presenta también como otra de las manifestaciones del racismo y ella consiste en la situación psicosocial en la que se ve envuelta una persona en virtud de la insuficiencia de recursos, la precariedad o total ausencia de status social y la exclusión parcial o total de las formas de vida (material y espiritual) mínimamente próxima a la del modelo prevalente en la comunidad<sup>567</sup>. La existencia de marginación no niega la participación de forma absoluta, supone ciertas formas de pertenencia, aunque esta sea desigual.<sup>568</sup> Muchos niños inmigrantes a pesar de poder ingresar a un centro escolar, sufren toda clase de marginaciones o rechazos. Por tal motivo muchos de ellos suelen apartarse conscientemente del grupo de niños autóctonos españoles, para proceder a juntarse con otros niños con los cuales ellos se sienten más identificados por su procedencia similar extranjera. Esta situación como es evidente muchas veces se torna grave, pues dificulta el proceso efectivo de una verdadera integración escolar y a su vez social.

---

<sup>567</sup> HERRERO HERRERO, César., "Perspectivas criminológicas del menor marginado", *Los menores marginados en Castilla y León*, Consejería de Cultura y Bienestar Social, Dirección general de servicio social y consumo, Valladolid, 1988, p. 148.

<sup>568</sup> FRAU LINARES, María José., "De la marginación general a la marginación infantil", *Intervención social con menores (Fundamentación y programas de la comunidad valenciana)*, Coordinador Agustín Bueno Bueno, Universidad de Alicante, Fundación Cultural CAM, Secretariado de Publicaciones, Alicante, 1996, p. 13.



**III.19) Diferenciación, igualdad de oportunidades y discriminación  
positiva educativa para los extranjeros inmigrantes**

A la luz de lo expuesto anteriormente se ha observado que la desigualdad se ha constituido hoy en día en la principal causa que origina la discriminación y otros males existentes en la sociedad. Es precisamente en contra de esta desigualdad, que la igualdad sustancial se erige, constituyéndose así, los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales nacen con el fin preciso de intentar corregir esas desigualdades, interviniendo por ello en favor de aquellas personas que se encuentran en clara situación de desventaja sea esta social, cultural, económica o escolar. De esta manera, se pretende conseguir que las situaciones de desigualdad dadas en la realidad dejen de serlo, invocando para ello la debida ejecución del principio de igualdad sustancial. Indudablemente éste es el caso en el que se encuentra inmerso el extranjero inmigrante, pues como miembro constitutivo de un colectivo que se encuentra por diversos factores en cierta desventaja social, esto llega de todos modos a repercutir dentro de su desarrollo social y por ende educativo. Efectivamente aquí, es donde cabe la pregunta si realmente es posible aplicar la discriminación positiva a favor del inmigrante como miembro de un grupo que actualmente se encuentra en cierta situación de desventaja social, cultural y económica.

Teniendo en cuenta lo anterior y retomando el tema de la diferencia de trato, se ha podido extraer del espíritu de la Constitución<sup>569</sup> que la mejor manera de combatir la desigualdad es estableciendo un trato diferenciado a favor del grupo que se encuentre en clara situación de desventaja. No obstante, hay que dejar en claro que esta diferencia de trato debe de ser como ya hemos dicho, debidamente justificada y razonable. Ahora bien, se hace preciso resaltar que las diferencias de trato, encuentran su más precisa forma de expresión a través de las medidas de acción positiva<sup>570</sup>. Así se observa que estas acciones llevan en

---

<sup>569</sup> Efectivamente el artículo 9.2 de la Constitución es la expresión más concreta de todas las acciones que se deben de tomar en procura de la igualdad sustancial.

<sup>570</sup> Es preciso tener en cuenta en este punto, que existen además de la acciones positivas, las medidas de igualación social o prestaciones diferenciadas, las cuales a través de legislaciones y políticas

sí una interpretación amplia, por lo cual dentro de ellas se incluyen medidas destinadas a combatir la discriminación de determinados grupos y a favorecer la igualdad real. Conteniendo algunas de ellas un carácter meramente promocional que no llevaría consigo un trato diferencial, esto se puede observar en el campo educativo a través de medidas como la eliminación de estereotipos sexistas en la educación o la inclusión de la igualdad como tema transversal a través del programa de las diversas asignaturas<sup>571</sup>.

Ahora bien, en cambio, existen otras acciones positivas que si incluyen dentro de su campo de acción medidas de carácter diferencial. De esta forma, se observa que se otorga un trato diferencial a aquellas personas que se encuentran en situación de desventaja, todo ello con el fin preciso de lograr la igualdad real que proclama el Estado Social. Y son precisamente este tipo de acciones los que se encuentran en íntima relación con el concepto de discriminación positiva. Efectivamente se observa que en dichas medidas se efectúa un trato diferencial cuyo principal objetivo debe estar dirigido a obtener la igualdad real, esto siempre y cuando se justifique debidamente el trato diferencial. Estas medidas se encuentran constitucionalmente expresadas a través del artículo 9.2, en donde se le otorga a los poderes públicos la misión de promover la igualdad del individuo y del grupo así como de remover todo obstáculo que impidiese su plenitud<sup>572</sup>. De esta manera, la acción de los poderes públicos está encaminada a procurar la igualdad de todos los individuos, prestando una atención especial a aquellas personas que se encuentran en evidente situación de desventaja social, que en el

---

públicas, están destinados a mejorar las condiciones materiales de los individuos menos favorecidos de la sociedad, empleando para dicho fin las redistribuciones de recursos, trabajo y rentas., véase GÍMENEZ GLUCK, D. *Una manifestación polémica del principio de igualdad*. Titant lo Blanch., Valencia, 1999, pp. 58-61 y LOPEZ GUERRA., "Igualdad, no discriminación y acción positiva en la constitución de 1978", *Mujer y constitución*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2000, p35.

<sup>571</sup> FERNÁNDEZ, Encarnación., *op. cit.*, p 95.

<sup>572</sup> Cabe en este sentido tener en cuenta lo declarado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 16/1994, de 20 de enero cuando manifiesta que "las medidas normativas de acción directa o ventajosas para colectivos tradicionalmente discriminados pueden resultar exigidas por el artículo 9.2 CE e incluso encontrar justificación en el artículo 14 (SSTC128/1987 y 19/1989), pero no puede derivarse de este último precepto ningún derecho subjetivo genérico al trato normativo desigual. Efectivamente para el TC el artículo 14 impone la igualdad de quienes son iguales, pero no prohíbe la igualdad en la diversidad, es decir que si constitucionalmente está prohibido tratar desigualmente a los desiguales, no resulta preceptivo el trato desigual para los desiguales. Vid SANTAMARÍA IBEAS, Javier, *Los valores superiores en la jurisprudencia del TC*, Universidad de Burgos, Burgos, 1997, p.323.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

caso de nuestro estudio comprendería a los extranjeros inmigrantes. No obstante, debe de tenerse en cuenta que el trato diferencial efectuado por los poderes públicos, no implica la discriminación prescrita por el artículo 14 de la Constitución Española, dado que todo trato diferencial debe ser, como ya hemos dicho antes, justificado, razonable y sobre todo legítimo<sup>573</sup>, y así mismo debe de tender a paliar la discriminación sufrida por una persona o conjunto social, todo ello con el fin de lograr una igualdad efectiva. En este sentido cabe destacar la STC 216/1991, de 14 de noviembre la cual refiere que las acciones positivas son aquellas “*de favorecimiento que los poderes públicos emprenden en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que mediante un trato especial más favorable vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial*”. También, la sentencia 76/1990 manifiesta que se quiebra el artículo 14 cuando se produce una desigualdad “que introduzca una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable”<sup>574</sup>. Y por otro lado la STC 264/1994, suscribe que la posibilidad de incluir legislativamente acciones positivas como acciones promocionales tendentes a corregir situaciones de especial marginación no supone un atentado contra el principio de igualdad.

Abordando el ámbito internacional, cabe anotar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que se viola lo prescrito por el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos<sup>575</sup>, cuando la desigualdad efectuada carece de una justificación objetiva y razonable. En definitiva, se puede observar que la discriminación positiva es un elemento importante a tomar en cuenta, tanto en el ámbito nacional, como en el ámbito internacional europeo, ello siempre y cuando se cumpla las condiciones prescritas y se dé la finalidad de igualdad en la desigualdad.

---

<sup>573</sup> Al decir que todo trato diferenciado debe de ser legítimo nos estamos refiriendo a que ella debe perseguir una expresa finalidad constitucional legítima, la cual debe de estar acorde con el sistema de valores que la Constitución contiene., Véase Lecciones de derechos sociales., VVAA., op cit., p 161.

<sup>574</sup> STC 76/1990, de 2 de julio.

<sup>575</sup> El artículo 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos prescribe que “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

No obstante, hay que poner en claro que con el fin de lograr una igualdad efectiva, los poderes públicos si tienen permitido de efectuar alguna discriminación, sin embargo ella debe de ser utilizada únicamente en el caso exclusivo de desigualdades sociales reales, pues cabe la posibilidad de que la utilización de dicha discriminación pueda desembocar en una auténtica discriminación directa. Este tipo de discriminación efectuado por los poderes públicos, a favor de un determinado grupo y en detrimento de otro es la que la doctrina califica como discriminación positiva. Al mismo tiempo ha de tenerse en cuenta que dentro de las denominadas acciones positivas también pueden los poderes públicos ejecutar acciones que no implique necesariamente una discriminación, estas acciones están dirigidas a actuar a favor de un determinado grupo, pero sin perjudicar a nadie, un ejemplo claro de ellas son las ayudas, subvenciones o desgravaciones fiscales<sup>576</sup>.

Ahora bien, mucho se ha llegado a discutir en la doctrina acerca de la verdadera naturaleza constitucional de la discriminación positiva. De hecho se afirmaba que dicha discriminación atentaba contra la igualdad proclamada por la Constitución, pues al generar cierto grado de discriminación se estaba produciendo una desigualdad y que por lo tanto se estaba violando el principio general de igualdad. Sin embargo, hoy en día se considera que esta afirmación no se corresponde con la realidad, pues cuando se efectúa el acto discriminatorio positivo ésta debe de ser por su propia finalidad igualitaria compatible con la Constitución. De esta manera también se puede decir que toda medida efectuada de diferenciación de trato que tenga por finalidad la igualdad, responde directamente al objetivo de tutela discriminatoria<sup>577</sup>.

Por último podemos decir que dada la diversidad del alumnado presente en los distintos centro educativos de España, derivada en buena medida por los movimientos migratorios presentes en el país, se hace indispensable ejecutar una serie de medidas educativas que tiendan a promover la igualdad entre todos los

---

<sup>576</sup> Las becas se encontrarían incluidas dentro de las actividades positivas de los poderes públicos y en ellas también se puede encontrar una medida de diferenciación, todo con el fin preciso de lograr una igualdad.

<sup>577</sup> MARTÍNEZ TAPIA, Ramón, Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, Almería, 2000, p.51.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

alumnos, ejecutando para ello si es preciso, tal como lo prescribe el artículo 9.2, todas las medidas tendentes a promover la igualdad del individuo, teniendo en cuenta también que el artículo 14 de la Constitución Española proyecta su campo de acción sobre los extranjeros inmigrantes. De esta manera, la discriminación positiva no se constituye en un elemento negativo, sino por el contrario en un elemento positivo en defensa de los derechos de los extranjeros, pues al introducir diferencias de trato justificadas, razonables y pertinentes se estará contribuyendo de alguna forma a que el derecho educativo de los inmigrantes se desarrolle en igualdad de condiciones al resto de la población nacional española<sup>578</sup>.

Uno de los conceptos que se encuentra en íntima conexión con el principio de igualdad y más propiamente con el de la igualdad sustancial, es el concepto de igualdad de oportunidades. Efectivamente, si dirigimos una mirada retrospectiva, se observa que dicho concepto se puso de manifiesto a partir del siglo XX, llegando a adquirir en el siglo XXI su desarrollo legislativo, ello en conjunción con el creciente desarrollo industrial, la burocratización de las sociedades y con la aparición de las formas de gobierno electo representativas por la que atravesaban los diversos países. En pocas palabras podemos decir que dicho concepto alcanza su debido desarrollo con la aparición del estado Social de Derecho<sup>579</sup>.

Así pues la igualdad de oportunidades es entendida como aquella igualdad efectiva y no meramente formal de toda persona, independiente de su nacimiento, ocupación o posición social para desarrollar plenamente su capacidad en el plano físico e intelectual<sup>580</sup>. Teniendo en cuenta el desarrollo alcanzado por dicho concepto, éste llega a tomar especial relevancia cuando se trata de reconocer los derechos sociales de las personas que se encuentran en un especial nivel de desventaja, lo que en nuestro estudio implicaría hablar sobre los derechos educativos de los extranjeros inmigrantes.

---

<sup>578</sup> FRACÉ MUDANÓ, Adela, Lo que sabía no valía, *Escuela, diversidad e inmigración*, Consejo económico y social de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2003, p.383.

<sup>579</sup> El principio de igualdad de oportunidades no alcanzó gran desarrollo durante la etapa de gobierno del Estado Liberal pues en esta época era concebido como una mera eliminación de los privilegios sociales, adquiriendo por ello un sentido completamente formal y negativo. Véase FERNÁNDEZ ENCARANACIÓN., *Igualdad y derechos humano...s., op. cit.*, p. 126.

<sup>580</sup> *Ibidem., op. cit.*, p.126.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

España se ha constituido hoy por hoy en un país que contiene una gran diversidad cultural, esta diversidad cultural se ha visto incrementada a través de los años con la llegada de los hijos de los extranjeros inmigrantes. Y es precisamente en este incremento de población donde surgen nuevos problemas respecto al reconocimiento de los derechos educativos de los extranjeros. Estos nuevos problemas tiene su origen y causa en las complejas situaciones sociales y económicas por las que atraviesa el extranjero una vez que llega a España, y es precisamente en este caso en donde no se puede observar el cumplimiento preciso de lo que hoy se entiende por principio de igualdad, más bien se observa que existen múltiples desigualdades que es necesario resolver a corto plazo.

Manifiestas las diversas desigualdades sociales y por ende educativas, se hace preciso que los poderes públicos<sup>581</sup> ejecuten medidas que tiendan no solo a reconocer los derechos educativos de los extranjeros inmigrantes y nacionales, sino que también se debe establecer medidas que compensen las dificultades en las que éstos se pueden encontrar inmersos, ello en virtud de lo expuesto por el artículo 9.2 de la Constitución Española el cual aspira a llegar a una igualdad real y efectiva y teniendo en cuenta a su vez que el artículo 14 de la Constitución Española también proyecta su campo de acción sobre los extranjeros inmigrantes. Es en este contexto donde se resalta la importancia de la discriminación positiva educativa, puesto que esta no se constituye en un elemento negativo, sino por el contrario en un elemento positivo en defensa de los derechos de los extranjeros, pues al introducir diferencias de trato justificadas, razonables y pertinentes se estará contribuyendo de alguna forma a que el derecho educativo de los inmigrantes se desarrolle en igualdad de condiciones que el resto de la población nacional española.

La legislación educativa tratando de resolver los principales problemas por los que atraviesa el extranjero inmigrante en la escuela ha establecido medidas específicas para compensar las desigualdades existentes dentro del centro

---

<sup>581</sup> El derecho a la educación, siendo un derecho social, necesita de la acción positiva del Estado, para poder conseguir una determinada prestación que lo haga realmente posible en condiciones de igualdad de oportunidades.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

educativo. Estas medidas positivas son prescritas en forma general tanto para españoles como para los extranjeros en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de Octubre, de Ordenación General del sistema Educativo denominada LOGSE y en la Ley Orgánica 9/1995, de la participación, la evaluación y el gobierno de los centros docentes conocida como LOPEG. Dichas medidas se han convertido en la actualidad en importantes instrumentos a tomar en cuenta en la lucha contra la desigualdad escolar, pues ellas tratan de compensar determinadas desigualdades derivadas de situaciones económicas y sociales desfavorecidas, a través de los que se denomina alumnos y alumnas con necesidades educativas especiales, así pues en esta medida se presta una atención especial a todo aquello que dificulte proseguir con normalidad los estudios del escolar, requiriendo por tal motivo de unos recursos adicionales que puedan permitir al alumno la continuación de sus estudios<sup>582</sup>.

Evidentemente, está demás decir, que dichas medidas solo serán aplicables a los extranjeros inmigrantes cuando las verdaderas circunstancias del caso lo ameriten, es decir según la verdadera situación del escolar extranjero. Así pues se observa que los casos más comunes se encuentran relacionados con los problemas de la lengua o de la situación socio-económica en que se encuentre el alumno<sup>583</sup>.

De este modo, es posible observar en la LOGSE específicas medidas tendentes a compensar las necesidades socio económicas de las personas que se encuentren en situación desfavorable, ello se desprende del tenor del artículo 63, el cual prescribe que en su apartado primero que “ *Con el fin de hacer efectivo el principio de igualdad en el ejercicio del derecho a la educación; los Poderes Públicos desarrollarán las acciones de carácter compensatorio en relación con las personas, grupos y ámbitos territoriales que se encuentren en situaciones desfavorables y proveerán los recursos económicos para ello.*” Así mismo su apartado 2 agrega “*Las políticas de educación compensatoria reforzarán la acción del sistema educativo de forma que se eviten las desigualdades derivadas de factores sociales, económicos, culturales, geográficos, étnicos o de otra índole*”.

---

<sup>582</sup> FRACÉ MUDANÓ, Adela, Lo que sabía no valía.....op. cit, p.376.

<sup>583</sup> AJA FERNÁNDEZ, Eliseo y Otro., *El derecho a la educación ...*, .op.cit., p.25.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

*En este mismo sentido, la LOPEG establece en sus disposición adicional número 2 que, “..., las Administraciones educativas garantizarán la escolarización de alumnos con necesidades educativas especiales en los centros docentes sostenidos con fondos públicos (...) . A estos efectos, se entiende por alumnos con necesidades educativas especiales aquellos que requieran, en un período de su escolarización o a lo largo de toda ella, determinados apoyos y atenciones educativas específicas por (...) estar en situaciones sociales o culturales desfavorecidas”.*

Teniendo en cuenta la diversidad cultural que existe en España, podemos decir que la escuela se ha constituido hoy por hoy en el principal instrumento de integración con que cuentan los extranjeros inmigrantes. Esto ha sido posible en la práctica gracias a la apertura que ha tenido dicha institución hacia todas aquellas personas de origen extranjero que poseen una necesidad educativa. Así se ha visto, que en la práctica la escuela ha sido una de las instituciones más accesibles para la población extranjera no llegando a constituir la irregularidad un factor de su impedimento, puesto que la educación ha estado y está garantizada aun incluso a pesar de la precariedad jurídica que presentan determinados colectivos de inmigrantes. Dada la apertura que ofrece dicho derecho, no resulta difícil reconocer la importancia que ha adquirido la igualdad educativa como base de las demás igualdades a las que se aspira llegar dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Y es precisamente en este contexto de diversidad cultural o pluralidad de culturas cuando el principio de igualdad llega a adquirir su máxima expresión, pues a través de él, se llega a reconocer ya no solo el derecho educativo que tienen todas las personas, sean nacionales o extranjeras, sino que también se reconoce la efectiva realización de este derecho. Se busca así, una equiparación de derechos educativos, tratando de eliminar toda desigualdad que implique una



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

discriminación negativa<sup>584</sup>, pero cabe recalcar que este reconocimiento debe de ser efectuado con un absoluto respeto hacia las diferencias<sup>585</sup> que poseen otras culturas. De ahí que sea posible aplicar las medidas de acción positiva a favor de determinados grupos que se encuentren en situación de desventaja, todo ello con el fin de lograr una verdadera igualdad sustancial. De este modo, la igualdad sustancial impone el respeto a las diferencias<sup>586</sup> y la lucha contra las desigualdades, para conseguir la democratización escolar, es decir, se llega a buscar que tanto los alumnos nacionales como los extranjeros tengan las mismas oportunidades educativas. Ahora bien, dichas oportunidades educativas no solo deben significar un igual acceso y permanencia al centro educativo, sino que también debe de ser posible observar un mejor nivel respecto al contenido de la enseñanza, es decir un currículum que sea flexible y abierto a las necesidades del diverso alumnado. En lo tocante al igual acceso a los centros educativos, sean tanto públicos como concertados, ya se ha visto con anterioridad que la presencia de alumnos inmigrantes en los referidos centros es manifiestamente desigual, pues al no permitirse el ingreso de alumnos inmigrantes a determinados centros concertados esto ha originado una cierta concentración artificial dirigida hacia los centros públicos. Cabe destacar, como ejemplo del mismo, el caso muy conocido de una alumna que usaba el chador musulmán y que por tal motivo tuvo problemas para acceder a un centro concertado católico. Y es precisamente de este ejemplo de donde surge el interrogante, a nuestro parecer, respecto de la conveniencia o no conveniencia de la solución impuesta por las autoridades competentes, la cual consistió en ordenar la escolarización de dicha niña en un centro público.

Ahora bien, ateniéndonos a lo establecido por la LOPEG, podemos llegar a afirmar que en el caso concreto de la niña del chador no se ha llegado a efectuar una adecuada aplicación de la normativa nacional, pues en efecto la LOPEG ha

---

<sup>584</sup> En este caso se trata de eliminar todas las discriminaciones que prescribe el artículo 14 de la Constitución Española, así como todas aquellas que no ha prescrito, pero que por su fórmula abierta y generalizadora llega a incluir en este grupo de discriminaciones negativas.

<sup>585</sup> Reconocer la igualdad educativa de las personas no significa ignorar las diferencias culturales, ni el valor que cada cultura contiene.

<sup>586</sup> Las diferencias culturales no pueden significar un pretexto para imponer desigualdades o injusticias en cuanto a la aplicación de los derechos educativos.

establecido en el apartado 2 de su disposición adicional número 2, la obligación que tienen los centros docentes sostenidos con fondos públicos, de escolarizar a los alumnos con necesidades educativas especiales “ *de acuerdo a los límites máximos que la Administración educativa competente determine. En todo caso deberá respetar una igual proporción de dichos alumnos por unidad en los centros docentes de la zona de que se trate (...)*”. En este contexto, debemos precisar que el problema de acceso a los centros concertados es una de las cuestiones que aun no han sido resueltas definitivamente por el sistema educativo español, sin embargo, se ha llegado a obtener un aporte significativo a través de la normativa emanada de las comunidades autónomas. De este modo, el decreto sobre el régimen de admisión de alumnos aprobado en Cataluña el año 2001, lleva a cabo una reserva de dos puestos escolares para los alumnos y alumnas con necesidades educativas especiales, número que opera también como tope máximo de estos alumnos por grupo<sup>587</sup>.

### **III.20) La educación intercultural como principal medio de integración de los extranjeros inmigrantes**

Antiguamente la institución escolar fue considerada como un instrumento de asimilación cultural, se pretendía de esta forma tratar de educar de acuerdo a unos ideales específicos que estuvieran acordes con los ideales que propugnaba el sistema de gobierno imperante de turno. No obstante lo cual y debido a la nueva realidad social muy diversa a la que en la actualidad posee el Estado Español, se hace necesario tomar en cuenta otras soluciones para poder hacer frente a los diversos problemas que en ella se han generado. La inmigración existente en España que constituye parte de la diversidad cultural que hoy compone la sociedad española, se constituye a su vez en el principal fenómeno que hace estallar la evidencia de la diversidad dentro de la escuela. Esta diversidad frecuentemente encuentra dificultades cuando se pretende el reconocimiento de

---

<sup>587</sup> AJA FERNÁNDEZ, Eliseo y Otro., “El derecho a la Educación de los inmigrantes” ..., *op. cit.* p 26.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

ciertos derechos que en función de la dignidad de la persona deben de pertenecer a todas las personas.

Efectivamente, a día de hoy se discute acerca de la posibilidad de que podamos reconocer las diferencias culturales que provienen de grupos de extranjeros cuyas creencias culturales resultan ser contradictorias al reconocimiento de derechos fundamentales y básicos que proclama la Constitución Española. Es en este contexto donde no cabe pues hablar de la igualdad y la diferencia como dos términos complementarios,<sup>588</sup> situación que si sería posible sostener si en cambio no se produjera un choque de derechos fundamentales, puesto que, debe tenerse en cuenta que la universalidad de los derechos fundamentales y su corolario de la igualdad no sólo son compatibles con el respeto de las diferencias culturales que se encuentra reivindicado por el multiculturalismo, sino que más bien representa su principal garantía<sup>589</sup>. Reconocida la importancia que representa el respeto a la diversidad cultural existente dentro de un país en vistas al enriquecimiento de la sociedad en general, y para la efectiva integración de los extranjeros inmigrantes, no obstante, algunas posturas que se manifiestan contrarias hacia la integración efectiva de la totalidad de extranjeros que se encuentran dentro del territorio receptor de inmigrantes.

En tal sentido, SARTORI postula una teoría contraria a la integración total de inmigrantes. Este autor manifiesta que no se puede conceder la ciudadanía europea a un grupo determinados de extranjeros, en base a que aquellos no se encuentran en una verdadera disposición de integrarse, sino que más bien sobreponen muchas veces sus creencias religiosas por encima de los derechos fundamentales reconocidos en el país de acogida. De esta forma, sostiene SARTORI que existen extranjeros que son integrables y otros que no lo son; y que por tanto, no es posible referimos en términos de integración a una única forma de gestión cuando nos referimos a la diferente situación integradora en que se

---

<sup>588</sup> PAJARES, Miguel, *La inmigración en España*, Icaria, Barcelona, 1998, p.20.

<sup>589</sup> FERNÁNDEZ ENGUITA, Mariano, "Iguales, libres y responsables", *Cuadernos de pedagogía* N°311, marzo de 2002, p.59.

hallan los inmigrantes. De este modo se manifiesta favorable hacia la integración de los extranjeros que se encuentran en posesión de la residencia legal, y por el contrario manifiesta una actitud negativa en relación a los extranjeros que se encuentran en condiciones de ilegalidad por cuanto será este grupo de extranjeros, los que según el autor, traen la mayor cantidad de problemas y tensiones sociales que resultan negativas para la sociedad de acogida y es por tal motivo que el autor se manifiesta finalmente a favor de una política restrictiva en cuanto al reconocimiento de los derechos que el grupo de extranjeros ilegales deben tener dentro del país de acogida<sup>590</sup>.

Esta última teoría es objetada por ASENSI SABATER, quien afirma que el discurso planteado por SARTORI se manifiesta como prejuicioso puesto que no se toma en cuenta en realidad el perfil social del inmigrante irregular, de los verdaderos factores que influyen en su entrada irregular y de su capacidad de integración, tratándolo de esta forma como un criminal que no es susceptible de integración alguna<sup>591</sup>. Coincidimos en este sentido con ASENSI SABATER, puesto que la situación social de la inmigración no puede ser vista únicamente desde un ámbito restrictivo, ya que el fenómeno migratorio constituye un fenómeno complejo en el que se interrelacionan diversos factores, y en el que no caben únicamente planteamientos cerrados que contribuyan a generar exclusiones dentro de una sociedad española que de por sí se caracteriza por ser diversa y plural. Por tanto, la política de integración de los inmigrantes no debe estar basada pues en sistemas restrictivos en el que sólo se tome en cuenta la expulsión de los extranjeros irregulares, puesto que, observar las cosas desde ese punto de vista significaría ignorar las consecuencias negativas anexas que ello podría ocasionar, ya que hay que tener en cuenta que muchas veces la migración del extranjero no está compuesta únicamente por personas adultas, sino que también se observa que existe un gran número de migraciones que están compuestas por menores, así como también por madres gestantes; y es precisamente de tales circunstancias

---

<sup>590</sup> SARTORI GIOVANNI, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, Madrid, 2001, p.2-139.

<sup>591</sup> ASENSI SABATER, José, “Encuesta en torno a la Constitución Española”, *Revista Teoría y realidad constitucional*, Nº 7, primer semestre, 2001, p.60.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

que resulta imposible tratar el tema de la inmigración únicamente desde el punto de la exclusión y del rechazo. De esta forma, resulta fundamental que se realice una integración de los inmigrantes, pero con una debida incorporación de aquellos en el sistema de derechos que posee la sociedad receptora en general, por tanto, resulta necesario que la integración sea llevada a cabo bajo unas condiciones de igualdad en el que se reconozcan derechos fundamentales básicos a los extranjeros en su condición de personas, y como una condición esencial para que su integración sea llevada de forma plena.

La situación pluricultural que caracteriza la sociedad española desde tiempos ya pasados, ha tenido su mayor desarrollo en los tiempos actuales a partir de la llegada de la inmigración extranjera. Esta situación ha llevado indefectiblemente a replantearnos sobre si la forma de convivencia que hoy en día poseemos es la más correcta. No se puede negar como ya dijimos anteriormente, que existe una riqueza cultural que se manifiesta como el mayor aporte que puede obtener la sociedad receptora, así como también por el lado de la sociedad de acogida. No obstante, ha de tenerse cuidado por otro lado, cuando puedan surgir problemas como consecuencia del choque de culturas diferentes y es precisamente en la escuela donde se manifiestan una de las mayores problemáticas en torno a la integración que debe de efectuarse respecto de los menores extranjeros. Es precisamente, en este objetivo de integración escolar donde debe tenerse muy en cuenta todas aquellas medidas de planificación de la enseñanza que sean apropiadas, y que permitan pues llevar a buen término la integración de los estudiantes extranjeros. Y es en este punto donde resalta la importancia del fenómeno de la interculturalidad, como un modelo que debe de seguirse y a su vez tomarse muy en cuenta cuando se pretende la integración efectiva del alumnado extranjero.

En este sentido, surge pues, la necesidad pues de diferenciar entre aquello que constituye un modelo intercultural, y entre aquello que propugna el modelo del multiculturalismo, puesto que existe obviamente una diferencia que es preciso deslindar, a términos de poder establecer el modelo educativo que resulta más

favorable para la integración de los menores inmigrantes en España, puesto que la educación constituye la base de la sociedad actual y futura, y es precisamente de ahí de donde deviene la importancia de acertar plenamente en el modelo que se promueva<sup>592</sup>.

El multiculturalismo supone la existencia de varias culturas diferenciadas, desarrolladas cada una de forma separada y en el que se reafirman a su vez las particularidades culturales de cada una<sup>593</sup>. El multiculturalismo implica así pues, la existencia de diferentes culturas en un igual espacio y tiempo, pero que se mantienen lo suficientemente lejos como para evitar las relaciones entre ellas. Se ha comprobado según sostiene SORIANO AYALA, que en la actualidad, esta forma de vivir, se manifiesta de una forma negativa, por cuanto aquella contribuye a acentuar las diferencias y aumentar por otro lado la distancia entre los grupos, determinándose de esta forma, un replanteamiento en lo que respecta al modelo de convivencia adecuado que resulte necesario para el mejor desarrollo de la sociedad y de cada uno de sus individuos<sup>594</sup>.

La interculturalidad, a diferencia del modelo anterior expuesto se manifiesta por otro lado, como un modelo que promueve la convivencia entre las distintas culturas y que respeta a su vez las diferencias existentes en cada una. Se manifiesta así como un modelo en el que se pretende que las personas culturalmente diversas se conozcan y se relacionen entre sí, buscando lo común que tiene cada cultura y enriqueciéndose con lo diverso<sup>595</sup>.

En el ámbito educativo el modelo intercultural se manifiesta favorable a los efectos de integración, por cuanto aquella propugna una educación intercultural que esté dirigida a todos los colectivos e individuos, desde una

---

<sup>592</sup> CASANOVA, María Antonia, *La interculturalidad como factor de calidad educativa*, Editorial Muralla, Madrid, 2005, p.20.

<sup>593</sup> PAJARES, Miguel, *La inmigración en España*, op. cit, p.72.

<sup>594</sup> CASANOVA, María Antonia, op .cit, p.25.

<sup>595</sup> Ibidem, p.25

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

perspectiva del mundo basada en la complejidad y que retoma el principio de igualdad y los valores democráticos, favoreciendo la expresión de las diferencias individuales y colectivas<sup>596</sup>.

De esta forma una educación intercultural favorable no pretende pues que se dé una asimilación de las culturas minoritarias, sino más bien que se lleve a cabo una convivencia y respeto mutuo, y en que todos tanto inmigrantes como autóctonos mantengamos nuestras propias señas de identidad dentro de la diversidad<sup>597</sup>. Debe de resaltarse así mismo, que si bien es cierto que la educación intercultural está basada en el principio de la igualdad, no debe de olvidarse por otro lado, que la mera igualdad en el acceso a las prestaciones no resulta ser una condición suficiente para que se pueda conseguir una igualdad real final que nos permita llegar en consecuencia a la efectiva integración de los extranjeros inmigrantes. De esta forma, se hace necesario que no siempre se efectúe un mismo ejercicio en cuanto a las formas de prestación del servicio se refiere y esto se deduce de las diferentes situaciones en las que se encuentran inmersos los extranjeros, lo cual reclama que por ello también sus prestaciones deban ser distintas y no simplemente adaptaciones de aquellas.

Finalmente, lo que se quiere llegar a establecer, es que el acceso al derecho a la educación de los extranjeros inmigrantes no se degrade a la mera formalización del acceso a la plaza educativa, sino que también se vea garantizado el auténtico contenido del derecho fundamental, el cual necesita de mecanismos de acción que estén dirigidos especialmente a cubrir las características particulares que presenta este tipo de alumnado<sup>598</sup>.

---

<sup>596</sup> YTARTE, Rosa María, “Pluralidad y educación como modelo educativo”, *Multiculturalidad y educación. teorías, ámbitos, prácticas*. Coordinadora Tomás Fernández García, Alianza, Editorial Madrid, 2005, p.79.

<sup>597</sup> BEDMAR MORENO, Matias, “Atención socioeducativa a inmigrantes en centros adultos”, *Multiculturalidad y educación. Teorías, ámbitos, prácticas*. op .cit, p.297.

<sup>598</sup> ROIG MOLÉS, Eduardo, “Autonomía e Inmigración: competencias y participación de las comunidades autónomas y los entes locales en materia de inmigración”, *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España: (II Jornadas Italo-Españolas de Justicia Constitucional)*, El Puerto de Santa María, 3-4 de octubre de 2003, VV.AA, REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (Coord), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 367-368.

En España la generalización de la educación intercultural ha tenido sus inicios a partir de la década de los años noventa, y en su formación se ha tenido en cuenta aquellos otros modelos que se han llevado a cabo en otros países de la Unión Europea. En tal sentido, se han considerado las posturas asimilacionistas que tienen como objetivo que todos los alumnos, tanto los pertenecientes al grupo dominante como los pertenecientes a las minorías culturales, tengan una verdadera igualdad de oportunidades dentro de la sociedad en la que viven, y es en base a esa igualdad de oportunidades cuando será posible después, que el alumnado pueda tener mayores posibilidades de competir en condiciones de igualdad; esto siempre y cuando pierda sus particularidades por completo y se compenetre por tanto con las pautas socioculturales de la mayoría<sup>599</sup>.

Sin embargo, este modelo ha sido criticado en España por cuanto según manifiesta BESALÚ, genera que la diversidad cultural sea considerada como un problema, afectando tanto a los alumnos minoritarios que deberán superar sus deficiencias, como los autóctonos, que pueden ver amenazado su nivel académico y el grado de atención educativa que reciben. Por lo tanto, esta situación ha ocasionado, que muchas veces se genere índices elevados de fracaso escolar entre los alumnos minoritarios y grados importantes de desarraigo cultural<sup>600</sup>.

Por otro lado en lo que se refiere al modelo multiculturalista, cabe notar que en aquellas se proponía un modelo de enseñanza que estuviera acorde con la medida de cada grupo, y en la que se utilizase la lengua materna de cada grupo y se desarrollase ampliamente sus valores culturales<sup>601</sup>. Este modelo también fue criticado por BESALÚ, en el sentido de que llevado al extremo puede llegar a conducir a la fragmentación del sistema educativo.<sup>602</sup>

---

<sup>599</sup> PAJARES, Miguel, *op. cit.*, p182.

<sup>600</sup> BESALÚ, Javier, *Diversidad cultural y educación*, Proyecto Editorial, Madrid, 2002, p.64.

<sup>601</sup> PAJARES, Miguel, *op. cit.*, p182.

<sup>602</sup> BESALÚ, Javier, *op. cit.*, p.65.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Tomando en cuenta los modelos anteriormente mencionados, actualmente se propugna el desarrollo de un modelo de educación intercultural que sea capaz de reconocer el pluralismo cultural, que respete la identidad propia de cada cultura y que construya una sociedad plural basada en la cohesión y en la democracia, y a través del diálogo entre las culturas en condiciones de igualdad y reciprocidad, tomándose en cuenta por otro lado dos aspectos que no siempre se atienden conjuntamente: la diferencia cultural y la desigualdad, de esta forma el alumno inmigrante comprobará que tiene cabida en el grupo escolar y que se le respeta tanto su lengua como su cultura<sup>603</sup>. De esta forma, la educación intercultural se constituye en el medio más apropiado para poder lograr la tan ansiada integración social que requieren los extranjeros inmigrantes, esto más aún si tenemos en cuenta como ya dijimos anteriormente que la escuela se constituye en la base primaria del proceso integrador, por cuanto es en esta institución donde se desarrollan los futuros ciudadanos del mañana.

El modelo de educación intercultural favorable para la integración de los extranjeros inmigrantes, ha sido regulado por la legislación educativa española, así pues se observa que en la Ley Orgánica del Derecho a la Educación (LODE), se realizó un reconocimiento de la educación intercultural en base a la necesidad social que existía, y que por tanto, era necesario que se garantizara un sistema educativo basado en el pluralismo y en la equidad<sup>604</sup>. De esta forma, se expresa dicho reconocimiento a través del artículo 1 cuando reconoce el derecho de los extranjeros a recibir una educación gratuita en los niveles de la enseñanza básica y la posibilidad de acceder a los niveles superiores de educación en función de sus aptitudes y vocación, sin que exista ningún motivo de discriminación por razones ideológicas, religiosas, morales sociales, de raza o nacimiento para que los alumnos puedan ser admitidos en los centros públicos, también garantizaba en el artículo 20 la inserción de todos los alumnos, sin distinción alguna en el sistema

---

<sup>603</sup> MINISTERIO DE INVESTIGACIÓN Y CIENCIA, *La atención al alumnado inmigrante en el sistema educativo en España*, Colección : Investigación , Nº168, Edita Secretaria General Técnica, 2005, p.195

<sup>604</sup> DE HARO RODRÍGUEZ, R y Otro, La educación intercultural como respuesta a la diversidad del alumno, *Educación y Diversidad. XV Jornadas nacionales de universidad y educación especial*, Volumen II, Universidad d Oviedo, 1998, p.645.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

educativo por motivos ideológicos, religiosos, morales, sociales de raza o nacimiento.

También en la LOGSE se manifiesta el reconocimiento que se efectúa del derecho educativo basado en un modelo intercultural, en este sentido se manifiesta lo regulado en el artículo primero cuando se propone una educación basada en el respeto más profundo de los derechos fundamentales, la tolerancia, la solidaridad y el rechazo a cualquier tipo de discriminación. La LOGSE apostó por una educación en valores, los cuales son precisamente los pilares para la existencia del interculturalismo y se constituyen por otro lado en los principales propiciadores de actitudes favorables para la convivencia intercultural<sup>605</sup>.

Cabe destacar la regulación efectuada en el Real Decreto de Ordenación de las Acciones para la Compensación de Desigualdades del año de 1996, el cual desarrolla en la LOGSE en su capítulo V, por cuanto propugnaba la educación expresamente basada en el interculturalismo, señalando que existe la necesidad de una educación especial en España que pueda prestar atención a los fenómenos relacionados con la diversidad del alumnado, con el fin de prevenir y resolver los problemas de exclusión social, discriminación, racismo, xenofobia, inadaptación, fracaso y absentismo escolar. Por otro lado también propugnaba en su artículo 10 que la pluralidad sociocultural constituía un factor de enriquecimiento de la escuela y que por lo tanto debería de contemplarse en el Proyecto Educativo de cada centro todas aquellas medidas que fuesen necesarias y adecuadas para que se llevase a cabo el desarrollo y el respeto hacia la identidad cultural del alumnado, todo ello con el fin de fomentar la convivencia y prevenir y evitar las actitudes de rechazo e intolerancia y discriminación que se pudiesen realizar.

---

<sup>605</sup> Ibidem, p.645.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

La LOGSE ha supuesto una opción hacia un modelo de educación comprensiva, y es en este sentido que debe de tenerse en cuenta que la educación en la diversidad no puede quedar reducida a estrategias dirigidas específicamente a un determinado grupo de alumnos determinados, sino que más bien debe de ser algo que conlleve al desarrollo del currículo y que debe de ser ofertado por tanto a todos los alumnos de un mismo centro<sup>606</sup>.

Por otro lado, también encontramos en La LOCE un seguimiento en cuanto al modelo de educación intercultural que se está llevando a cabo en España. De este modo el artículo 40 se manifiesta en el sentido de otorgar una igualdad de oportunidades para todos alumnos, prestándole a aquellos alumnos que se encuentren en desventaja social todas aquellas medidas compensatorias que puedan contribuir al cumplimiento de la educación, y es dentro de este grupo en el que se podría incluir a los menores extranjeros inmigrantes como parte del grupo general que posee necesidades sociales y que requiere por tanto de la ayuda de las medidas compensatorias respectivas<sup>607</sup>.

La LOE también sigue el modelo intercultural, y de esta forma prescribe dentro de su preámbulo, el principio del esfuerzo compartido, con el cual se reconoce la presencia de los alumnos extranjeros en el ámbito educativo, manifestando que debe de llevarse a cabo una escolarización educativa de una forma equitativa, garantizando de este modo la educación a toda la diversidad de alumnos en general. El artículo 2 también resalta que el sistema educativo español se debe de orientar a la formación en el respeto y reconocimiento de la pluralidad lingüística y cultural de España y de la interculturalidad como un elemento enriquecedor de la sociedad. Subraya por otro lado en el artículo 22 que la educación secundaria obligatoria de acuerdo con los principios de educación común y de atención a la diversidad y que corresponde a las Administraciones

---

<sup>606</sup> ALMAZÁN MORENO, Lorenzo, *El desafío de la integración escolar en la formación de actitudes y valores*, Universidad de Jaén, Jaén, 2003, p.157.

<sup>607</sup> SERRANO OLMEDO Rocío, "Guía de conocimiento sobre educación intercultural" en *Revista electrónica Global hoy* en <http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=5336&opcion=documento>

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

educativas regular las medidas de atención a la diversidad, organizativa y curricular.

Conectando con esta regulación, también el artículo 23 establece que la educación obligatoria contribuirá a desarrollar entre los alumnos y alumnas las capacidades que les permitan asumir responsablemente sus deberes, conocer y ejercer sus derechos en el respeto a los demás, practicar la tolerancia, la cooperación y la solidaridad entre las personas y grupos, ejercitarse en el diálogo afianzando los derechos humanos como valores comunes de una sociedad plural y prepararse para el ejercicio de la ciudadanía democrática<sup>608</sup>.

El proceso educativo intercultural se constituye pues, en un proyecto que intenta superar los problemas que puedan ser causados ya sea por el racismo, la asimilación o por el multiculturalismo, y de esta forma la política educativa basada en la interculturalidad, se proyecta más hacia el enriquecimiento que pueda lograrse a través de los aportes que puedan dar de sí las culturas existentes dentro de un centro educativo. Con el fin de lograr este propósito, la interculturalidad, se opone así frontalmente a los movimientos nacionalistas que pretenden salvaguardar la autenticidad de sus culturas, frente a otras expresiones culturales consideradas como ajenas u contrarias y también a la cuestión de la identidad colectiva étnica o nacional. Esto por cuanto el proceso intercultural supone la igual valoración de los elementos culturales propios, como de los elementos culturales procedentes del exterior, una verdadera educación intercultural tiene que obviar la cuestión de la pertenencia a un conjunto étnico, regional, autonómico o nacional e incidir más bien hacia la pertenencia de un marco de adscripción mucho más amplio, un marco que esté atravesado por expresiones culturales múltiples, igualmente respetables, y por lo tanto intercambiables, en

---

<sup>608</sup> BOE N°106, de 4 de mayo 2006, p.17160-17169.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

donde la diversidad sea vista como un factor de enriquecimiento y no más bien como un pretexto para la exclusión<sup>609</sup>.

La educación, en este sentido se vuelve fundamental, pues es través de aquella que será posible lograr la erradicación de la exclusión a la que son sujetos ciertos grupos de inmigrantes, todo esto se constituirá posteriormente en un paso decisivo hacia el logro de la plena integración que se desea conseguir. Debe de quedar claro por otro lado que la educación intercultural no debe de confundirse de ninguna manera con el proceso de asimilación, sino que más bien debe de entenderse que la educación intercultural resulta ser un mecanismo que se utiliza para poder lograr una inclusión social igualitaria que no lleva a la pérdida de la propia identidad, sino que más bien contribuye al mayor conocimiento de la propia cultura al poder relacionarla y contrastarla con el de las otras culturas<sup>610</sup>. De esta forma, hoy en día no es posible negar la existencia de una diversidad cultural que debe de ser protegida ya sea tanto fuera, como dentro de los centro educativos. No obstante, debe de tenerse en cuenta un cierto carácter limitativo que presenta el reconocimiento de la diversidad cultural, así, se observa que el artículo 2 de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de la UNESCO, de 20 de octubre 2005 señala que *“solo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales como la libertad de expresión, información, comunicación, así como la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales. Nadie podrá invocar las disposiciones de la presente Convención para atentar contra los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y garantizados por el derecho internacional, o para limitar su ámbito de aplicación”*.

---

<sup>609</sup> PROVANSAL, Danielle, *Inmigrantes entre nosotros. Trabajo, cultura y educación intercultural*, Icaria, Barcelona, 1999, p.29.

<sup>610</sup> ORTEGA ESTEBAN, José, “Educación social y escuela. La escuela, plataforma de inclusión y participación de los inmigrantes”, *Derecho a la Educación en un mundo globalizado (X congreso de Educación comparada*, Tomo II, San Sebastián, septiembre de 2006, p.123.

De forma similar, en un sentido limitativo el artículo 3.2 de la LO 4/2000 expresa que *“las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarias a las mismas”*. También en la Constitución Española de 1978 encontramos un límite cuando su artículo 16.3 proclama que *“ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”*. Evidentemente, de dicho reconocimiento se observa que existe dentro de la Constitución un límite necesariamente cambiante por cuanto en el artículo se hace referencia al orden público que debe de ser protegido por la ley, es decir que se manifiesta el papel necesariamente activo que presenta el legislador a la hora de concretar en cada momento histórico que se entiende por esa moralidad pública<sup>611</sup>.

De todo lo antes expresado, no dudamos en afirmar que la diversidad cultural no puede sobrepasar la barrera marcada por los derechos humanos, en este sentido se debe tener en cuenta que, dentro de los centros educativos si bien es cierto que resulta enriquecedora la existencia de una diversidad cultural, por otro lado también, debe de observarse que uno de los principales obstáculos para que se dé un efectivo desarrollo intercultural y que debe por lo tanto ser eliminado, es el fundamentalismo. Ya hemos hecho referencia al caso del velo islámico como una forma de manifestación cultural que tienen unas determinadas culturas dentro de los centros educativos. No obstante no se trata del único caso en el que se observan dificultades en cuanto al derecho a la protección de la cultura que determinadas poblaciones tienen, y que sin embargo no se encuentran justificadas debido al mantenimiento de prácticas como son los matrimonios

---

<sup>611</sup> SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, “Diversidad cultural y derechos fundamentales”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, N°16, noviembre, 2007, p.63-65.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

concertados y forzados, y la discriminación de las niñas en materia educativa, impidiendo que muchas veces estas vayan a las escuelas. Es en este contexto donde se debe tener en cuenta el Informe sobre Desarrollo Humano 2004, en el que se expresa que la cultura no es un sinónimo de libertad cultural, y por lo tanto no existen razones aceptables para negar a los individuos la igualdad de oportunidades. No se deben violar así los derechos humanos y por tanto no se debe negar el derecho a la educación que tienen todas las mujeres. Con el fin de lograr los propósitos que plantea la educación intercultural, el Informe manifiesta así la necesidad de que las propias comunidades de inmigrantes deben cuestionarse aquellos valores tradicionales que se contradicen con los valores nacionales fundamentales o con los derechos humanos<sup>612</sup>.

Teniendo en cuenta los límites que plantea la diversidad cultural dentro de los centros educativos, no debemos olvidar reconocer la importancia que plantea el derecho educativo como un derecho que poseen todas las personas, y que se vuelve así mismo fundamental para poder vivir con dignidad y así poder participar más eficazmente en la sociedad, una sociedad pluricultural que requiere protegerse de los abusos y de las discriminaciones injustificadas y que gracias a su sistema educativo puede formar personas que más tarde puedan tomar decisiones con criterio. No debemos tampoco olvidar en este sentido que la educación constituye el primer vínculo que existe entre la cultura del país receptor y el país de procedencia del extranjero y es precisamente de aquel vínculo existente de donde se resalta la importancia del derecho educativo para la efectiva integración de los inmigrantes<sup>613</sup>.

De esta forma la educación se constituye innegablemente en la llave principal para poder alcanzar el desarrollo integral de todas las capacidades individuales, en el motor del enriquecimiento personal y de la integración social

---

<sup>612</sup> PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO PNUD; Informe sobre Desarrollo Humano 2004. *La libertad cultural en el mundo diverso de hoy*, p.19-104, en [http://www.cucid.ulpgc.es/documentos/1-documentos/3/inf\\_desar\\_humano04.pdf](http://www.cucid.ulpgc.es/documentos/1-documentos/3/inf_desar_humano04.pdf)

<sup>613</sup> FERNÁNDEZ ENGUITA, Mariano, “la Segunda generación ya está aquí”, *Papeles de Economía Española*, N°98, 2003, Universidad de Salamanca, p.238-261.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

de una sociedad tan diversa<sup>614</sup>, y en definitiva en la base fundamental para el desarrollo de un Estado<sup>615</sup>.

---

<sup>614</sup> CARBONELL SEBARROJA, Jaime, *Una educación para mañana*, Octaedro, Barcelona, 2008, p29.

<sup>615</sup> ACEBEDO DUQUE, Estefanny, “Educación intercultural en el colegio Las Esclavas. La dificultad de la integración en el aula de alumnos de otras culturas”, *La Gaceta*, del jueves 22 de mayo de 2003 en <http://www.lagacetadesalamanca.com>.



**CAPITULO IV. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS  
EXTRANJEROS INMIGRANTES**

Para abordar, el ámbito jurídico constitucional del derecho a la protección de la salud de los extranjeros inmigrantes, se hace necesario un estudio preliminar del principal articulado efectuado con relación al derecho a la protección de la salud, así como también del articulado referente a los derechos que tienen los extranjeros en España. Efectivamente solo a través de esta necesaria relación del artículo 43 con el artículo 13 que proclama los derechos de los extranjeros, podremos llegar a establecer el correcto alcance que tiene este derecho a la protección de la salud con respecto a los extranjeros inmigrantes.

**IV.1) Historia de la protección de la salud**

El reconocimiento del derecho a la protección de la salud ha experimentado un desarrollo paulatino a través de la historia; de esta forma la importancia que se le ha dado a la salud no ha sido la misma en las diferentes etapas históricas, como tampoco ha sido la misma la forma en que las personas, las colectividades y las distintas formas de Estado han asumido la protección de la salud contra la enfermedad.

La protección de la salud no siempre fue así, considerado como un derecho humano y de esta forma muy pocas personas podían realmente acceder a ella, no existía pues antiguamente un concepto de salud pública que pudiera albergar al conjunto total de la población de un Estado<sup>616</sup> y mucho menos existía un organismo internacional que pudiera regular la protección de dicho derecho a un nivel mucho más avanzado.

---

<sup>616</sup> RIVERO LAMAS, Juan; *Protección de la Salud y estado social de derecho*, Real Academia de medicina de Zaragoza, TIPOLINEA, Zaragoza, 2000, p.19.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

La concepción que se tenía por lo tanto de la protección de la salud era más bien individual y dirigida, como una expresión de la caridad y de la Beneficencia que se le brindaba a la clase pobre como una ayuda o socorro ante la enfermedad. Antiguamente no existía el reconocimiento de una protección de la salud pública, aunque en la Grecia clásica si se observaron algunas manifestaciones de la acción pública sanitaria, de esta forma se prestó especial atención a la higiene corporal y comunal. También en Roma encontramos vestigios en torno a la salud pública; prueba de ello lo constituyen los baños públicos, los alcantarillados, el abastecimiento de agua que se efectuaba y la prohibición que se hizo respecto de ciertas molestias públicas.

Pero es en la Edad Media donde se produce el desarrollo de la policía sanitaria, o como consecuencia de la protección que se hacía necesaria e inminente ante las diversas plagas que hicieron su aparición por esas épocas. Se prestaba de esta forma la atención a quienes carecían de recursos, a los pobres, desamparados, todo ello con la finalidad de que las epidemias no se expandieran dentro del círculo de la sociedad; sin embargo se consideraba que la salud era un aspecto que debía de ser protegido de una forma estrictamente personal y es por ello que la única excepción a esta falta de interés por la salud pública lo constituían los pobres y marginados de la sociedad, asistencia que únicamente les fue otorgada a través de las órdenes religiosas que efectuaban servicios de caridad y de beneficencia.

También en la Francia de 1789 se observó una despreocupación generalizada en torno a la protección de la salud y de esta forma se manifestó una actitud indiferente respecto al gran número de enfermos que conformaban la mayor parte de la población. No se produjo ni siquiera con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano un desarrollo respecto al alcance que conlleva dicho derecho, puesto que dicha declaración no recogió derecho alguno respecto a la asistencia en caso de enfermedad. De esta forma la dejadez en el

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

caso del derecho a la asistencia por enfermedad fue la característica más resaltante durante la primera etapa del proceso revolucionario<sup>617</sup>.

La idea imperante en ese momento estuvo dirigida como ya hemos dicho anteriormente a tratar de mantener la autonomía del individuo y es en base a dicha autonomía que el Estado no se consideraba responsable directamente de la salud de los integrantes de su Nación. Ello manifestaba una prueba más del carácter individualista que con anterioridad al desarrollo de la salud pública caracterizó las épocas pasadas.

Sin embargo la actividad pasiva del Estado comenzó a cambiar por ejemplo en Francia con determinadas decisiones que la Asamblea Constituyente que creó en el año de 1790 el denominado Comité de Mendicidad, dicho comité significó un avance al resaltar con su existencia la necesaria labor que debería desarrollar el Estado en un nivel asistencial. Cabe destacar así también, el reconocimiento constitucional que efectuó la Constitución Francesa de 1793 en cuanto a la necesidad de establecer un mecanismo de socorro público que pudiera ayudar a todas aquellas personas que no alcanzaban por sí mismas el nivel económico del resto de sus conciudadanos. De esta forma el artículo 21 proclamó que “los socorros públicos son una deuda sagrada. La sociedad debe la subsistencia de los ciudadanos menesterosos, sea procurándoles trabajo, sea asegurándoles medios de subsistir a los que están incapacitados para trabajar”<sup>618</sup>.

Es en esta época revolucionaria en donde como consecuencia de las nuevas ideas de igualdad se pasa a un Estado de laicismo y se deja atrás la actividad asistencial que hasta ese entonces habían ejercido los cultos religiosos. Dichos avances resultaron de tal modo significativos para el posterior avance en el reconocimiento general del derecho a la protección de la salud.

---

<sup>617</sup> MARTÍNEZ y HERNÁNDEZ, Eduardo, *Tratado de Derecho a la Protección de la Salud I*, Servicio de Publicaciones de la facultad de derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2004, p.90.

<sup>618</sup> MARTÍNEZ Y HERNÁNDEZ, Eduardo y Otros, *Ibidem*, p.92.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Contradictoriamente a la libertad individual que el Estado liberal otorgaba a los ciudadanos en cuanto al sostenimiento por ellos mismos de sus gastos sanitarios, nace la necesidad posteriormente de que dicha actitud neutral del Estado se modifique y de esta forma es donde el Estado Social viene a cambiar los cimientos de dicho reconocimiento sanitario. De esta forma, el grupo de personas las cuales se les brindaba la protección social sanitaria se ve ampliado en un principio por el grupo de trabajadores, por el grupo de personas pertenecientes a la clase media para luego posteriormente ser completado por todos los ciudadanos.

Y es con el surgimiento del nuevo Estado Social cuando el Estado asume la competencia de la protección de la salud y asume y acude para satisfacer las necesidades de los ciudadanos, adoptando por tal motivo una actitud positiva y prestacional para la realización y cumplimiento del efectivo derecho a la protección de la salud. En el ámbito español el desarrollo del derecho a la protección de la salud ha seguido un proceso muy diferente al efectuado en Francia. En este sentido se ha dejado notar la influencia que el sistema liberal ha ejercido dentro del marco normativo del sistema español de protección de la salud. La protección de la salud en España dentro del Estado decimonónico estuvo dirigida también hacia un grupo limitado de personas, hacia los pobres e indigentes, resaltando en este sentido la labor efectuada por la Beneficiencia pública la cual se constituyó en el marco inicial de la acción asistencial que se efectuó en materia sanitaria.

El siglo XIX es el siglo del desarrollo en España de la actividad en materia de Salud Pública. Efectivamente el objetivo fundamental de la actividad pública en materia sanitaria estuvo dirigido a proteger a la colectividad todo ello frente a la posible existencia de enfermedades y epidemias que como consecuencia de las guerras de Europa se fueron extendiendo también en el ámbito español. También en España la cuestión de la protección de la salud fue considerada por un largo período de tiempo como una cuestión privada de responsabilidad del individuo y en donde el estado solo actuaba en calidad de agente asistencial. Pero este interés

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

individual de la salud varió en la medida que la salud fue considerada como un importante factor que contribuía al normal desenvolvimiento de la vida pública. Y es así como en la actualidad el concepto de salud pública toma importancia y viene a formar parte por lo tanto de la nueva problemática que el Estado Social debe de resolver en interés y beneficio de la comunidad. De esta forma se observa que la concepción moderna de salud pública surge en el siglo XIX y se consolida ya en el siglo XX con el establecimiento del servicio público sanitario, afianzándose así la idea del beneficio comunitario y desplazando de ese modo la idea de la salud como un asunto estrictamente personal.

La regulación legal de la sanidad en España se inició con la ley de sanidad del 28 de noviembre de 1855; dicha ley crea la Dirección General de Sanidad en el Ministerio de la Gobernación, pero es en la Ley de 25 de noviembre de 1944, la Ley de Bases de la Sanidad Nacional en donde se alcanza un importante desarrollo, pues con dicha ley la Administración Pública se convierte en el principal responsable respecto de la atención que los problemas sanitarios pudieran originar. Y fue esta misma Administración Pública la que vino a organizar el variado conjunto de servicios sanitarios que con anterioridad a la promulgación de la Ley General de Sanidad había existido. Es así que se produce una atención dirigida a resolver los problemas sanitarios de la colectividad y es en este sentido cuando se incentivaron medidas preventivas que hicieron frente a posibles males futuros. De esta forma, se supera la visión asistencial y los problemas de salud a un nivel individual<sup>619</sup>.

Paralelamente al desarrollo alcanzado por la salud pública y también respecto a la atención benéfica que se le otorgaba a la gente con bajos recursos económicos surge otro sistema de protección de la salud, el sistema del seguro obligatorio de enfermedad. Y es así que en año de 1942, con la ley de 14 de diciembre se crea el Seguro Obligatorio de Enfermedad ampliándose, el ámbito de protección respecto al número de personas que requieren asistencia sanitaria.

---

<sup>619</sup> MOLINA DEL POZO, Carlos F; Hacia una concepción expansiva de la salud pública en España, *Revista de derecho público*, N°2, año XIV, Vol. II, N°111, 1998, p.532.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Dicho seguro obligatorio fue creado en beneficio de un determinado grupo de personas, personas que ejercían actividades industriales y que eran a su vez mayores de 14 años. También se hacían acreedores de este seguro obligatorio todos los familiares que estaban bajo el cargo del beneficiario directo de seguro. No obstante cabe hacer hincapié en que esta clase de seguro obligatorio se caracterizó por brindar un servicio exclusivamente reparador en el que el objetivo del seguro estaba dirigido a la protección de la salud de los trabajadores asegurados frente a las situaciones de enfermedad, habiéndose excluido dentro de este ámbito de protección todas las enfermedades psiquiátricas que pudieran haber afectado al asegurado. Este seguro, si bien es cierto que tenía ciertas limitaciones, significó sin embargo un avance apreciable en cuanto a la ampliación protectora que se ejercía a favor del trabajador y sus familiares puesto que no sólo cubría la asistencia médica para la recuperación de la salud sino también el beneficio de la aportación para el trabajador de una prestación económica para los casos de pérdida de los ingresos en los que pudiera haberse visto afectado el trabajador como consecuencia de la enfermedad. Indudablemente este seguro obligatorio significó un gran avance respecto a la protección de la salud de determinados colectivos pero dicho avance no significó el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria de otros grupos de población que fueran excluidos de sus ámbitos de protección, así dicha protección no incluía a toda la población del Estado sino solo a los beneficiarios trabajadores que podían verse acogidos a dicha protección sanitaria. Y es precisamente de este ámbito de cobertura, de donde se resalta su función transformadora con respecto a la protección social que ofrecían los anteriores sistemas existentes<sup>620</sup>.

Este seguro obligatorio se llega a integrar posteriormente en el sistema de la Seguridad Social. La Ley General de Sanidad dictada en el año 1986 viene a integrar y refundir las diversas legislaciones anteriores con respecto a la salud;

---

<sup>620</sup> ALONSO LIGERO, María; "El derecho a la protección de la salud", *Revista de Seguridad Social*, Nº 8, 1980, p.59.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

dicha ley pretendió a través de esta integración lograr un sistema sanitario de salud que pudiera adaptarse a las nuevas necesidades sociales<sup>621</sup>.

De esta forma con la creación de la Ley General de Seguridad Social creó posteriormente el Sistema Nacional de Salud, el cual estuvo concebido como el conjunto de los servicios de salud que efectúan las Comunidades Autónomas de una forma efectivamente coordinada. Es precisamente en la forma y en el órgano que se encarga de la organización de los servicios sanitarios en donde se observa un vacío respecto a su regulación en la Carta Magna Constitucional del año de 1978. Tampoco la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha pronunciado a este respecto tal como se desprende de lo expuesto en diversas sentencias, tales como la STC 37/1994 y la STC 206/1997.

El Sistema Nacional de Salud fue planteado como un sistema universal aunque su concreción en la actualidad no ha alcanzado la meta propuesta. Dicho sistema no vino a sustituir el sistema de protección de la salud efectuado por la Seguridad Social sino que se superpuso a aquella, prueba de esto lo constituye la actual vigencia de las normas sobre prestaciones sanitarias que la Ley general de Seguridad Social contiene y más concretamente en el capítulo IV del Título II del Texto refundido de la Ley de Seguridad Social, el cual fue aprobado mediante el decreto del 30 de mayo 2.065/1974<sup>622</sup>.

De esta forma el Sistema nacional de salud se constituyó como un sistema descentralizado de acuerdo a la estructura del estado autonómico. Un sistema que trata de superar la fragmentación de competencias que se encontraba contemplado dentro de la propia Constitución<sup>623</sup> y que comprende a su vez una regulación aplicable solo en defecto de lo dispuesto por la propia normativa de las

---

<sup>621</sup> MOLINA DEL POZO, Carlos F; *Hacia una concepción expansiva de la salud pública en España*, *op. cit.*, p.59.

<sup>622</sup> SEVILLA, Francisco, "La reforma de la seguridad social y la atención sanitaria", *Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*, N° 5, 2006, p.135.

<sup>623</sup> RIVERO LAMAS, Juan; *Protección de la salud y estado social de derecho...*, *op.cit.*, p.22.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

comunidades autónomas. Así pues el Sistema Nacional de Salud se constituyó para integrar los servicios de salud del Estado, así como el de las Comunidades Autónomas para acabar con la dispersión de competencias y establecer un sistema único que organizara la sanidad. Este sistema sanitario además de concentrar las prestaciones sanitarias en un solo sistema supuso a su vez un cambio respecto al modo de cotización que se había efectuado en torno al sistema sanitario, puesto que dicho sistema supuso la financiación de la asistencia sanitaria a través de los impuestos singularizándose de este modo el SNS con respecto a la modalidad efectuada a través del pago de cuotas que resultaba ser un aspecto característico del Sistema nacional de la Seguridad Social. Pero es con la Ley 16/2003 de 28 de mayo, la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud donde se reguló la estructura y ordenación de las diversas prestaciones sanitarias públicas constituyéndose los conceptos de cohesión y calidad en los principales referentes centrales en torno a la finalidad perseguida por el legislador<sup>624</sup>.

En el ámbito constitucional fue en la Constitución Española de 1812 donde encontramos uno de los primeros antecedentes en cuanto a la regulación de la protección de la salud. De esta forma fueron los Ayuntamientos los principales órganos encargados del cuidado de los hospitales, hospicios y de los establecimientos de beneficencia y por otro lado fueron las Diputaciones las instituciones que estuvieron encargadas de cuidar de todos aquellos establecimientos piadosos y de Beneficencia que pudieran existir. Ya con la Constitución de 1931 la defensa sanitaria pasa a ser un asunto de competencia exclusiva de Estado en cuanto afectaba a los intereses extra regionales; por otro lado la Constitución de 1931 se encargó de distribuir la competencia sanitaria entre el Estado y las regiones autónomas, correspondiéndole al Estado la capacidad de legislar y a las regiones autónomas la de ejecutar todo ello sobre las bases mínimas de la legislación sanitaria, tal como lo prescribía el artículo 15.7 de la citada Constitución. También encontramos en el artículo 43 párrafo sexto la regulación de la actividad prestacional de Estado en lo que concierne a la

---

<sup>624</sup> DE LA VILLA GIL, Luis; “El derecho constitucional a la salud”; *Las transformaciones del Derecho de Trabajo en el marco de la constitución española*, Coordinadores María Emilia Casas Baamonde, La Ley, Madrid, 2006, p.990.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

asistencia que se le debía brindar a los enfermos, ancianos, a las madres y a los infantes y ya con el artículo 46 se hacia una clara referencia al aseguramiento que debían tener todos los trabajadores como una condición necesaria para su existencia digna, de esta forma se manifestaba expresamente respecto de la existencia de una legislación social que debía regular los casos de seguro de enfermedad. Durante la etapa franquista el Fuero del Trabajo sustituyó el seguro social de enfermedad por el de tuberculosis y el Fuero de los Españoles se encargó de atribuir a los trabajadores el derecho de asistencia para todos los casos de enfermedad. Ya con la Actual Carta Magna de 1978 se vino a establecer la dualidad en la que se encuentra comprendido el derecho a la protección de la salud, primero como un derecho personal que poseen todas personas a que se le reconozca el derecho a la protección de la salud y por otro lado de que dicha protección debe de ser considerada como una obligación a la que se encuentra sujeto el Estado a través de su poder público, otorgándoles así a la comunidad la debida protección que requiere ante probables situaciones de enfermedad.

### **IV.2) El Concepto de Salud**

La salud es definida por la de la Organización Mundial de la Salud como “el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Según la citada constitución “el goce del grado máximo de salud es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión ideología política o condición económica o social”. Refiere asimismo en cuanto a la participación estatal que “los resultados alcanzados por cada Estado en el fomento y protección de la salud son valiosos para todos”.

Indudablemente la declaración efectuada de la Salud por la OMS ha significado para la concepción actual de la salud un gran avance con respecto al aspecto público y no sólo individual que comprende el verdadero significado de la salud. Y es en este sentido que la OMS refiere que la salud se encuentra

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

relacionada no sólo con el aspecto físico y mental que posee la persona sino que también se encuentra relacionado con el aspecto social; este aspecto social resulta ser un elemento fundamental a considerar para el efectivo desarrollo de las políticas públicas que en torno a la salud se efectúan dentro de un Estado. De esta forma la salud pasa de ser un asunto de interés privado a ser un asunto de interés social. Y es en este nuevo Estado social donde tanto la comunidad política como el propio poder público se convierten en motores activos para la prevención y rehabilitación de la persona enferma, puesto que la enfermedad no discrimina a las personas sino que más bien se presenta como una contingencia que afecta a la persona y que por ende también puede afectar el bienestar de una población. Realizada la importancia no solo de la salud individual sino también el de la salud pública debe tenerse en cuenta por tanto todos aquellos problemas que puedan afectar a la salud de una población, los servicios de higiene general, los de higiene del medio, así como también los de la administración de los servicios de asistencia<sup>625</sup>. No debemos olvidar que el derecho a la protección de la salud, tiene un carácter inclusivo y que por tanto su protección no radica exclusivamente en el adecuado cuidado de la salud, sino que también se extiende como ya dijimos anteriormente a otras áreas del cuidado de la salud, áreas que pueden comprender el acceso a las condiciones sanitarias mínimas, el cuidado del agua potable, el de la nutrición básica y el cuidado de una buena salud reproductiva entre otros<sup>626</sup>.

Sin embargo, PEMÁN GAVÍN<sup>627</sup> difiere en su concepción de la salud al afirmar que el concepto dado por la Organización Mundial de la Salud no es un concepto que pueda ser aceptado indiscriminadamente en el ámbito jurídico y, en particular en relación con la protección del derecho a la salud. De esta forma distingue la salud primero como el estado de plenitud psicológica o como óptimo vital de las personas que señala el objetivo al que deben encaminarse las acciones públicas en la materia. Por otro lado refiere también que la salud es un estado de

---

<sup>625</sup> MOLINA DEL POZO, Carlos; *Hacia una Concepción expansiva de la salud pública en España*, op. cit, p.352.

<sup>626</sup> GARCÍA VÁZQUEZ Sonia; *El estatuto jurídico constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, valencia, 2007, p.159.

<sup>627</sup> PEMÁN GAVÍN, Juan., *Derecho a la salud y Administración Sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p, 30 y ss.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

normalidad orgánica funcional, tanto en lo físico como en lo mental, que permite una integración social a través de una actividad de trabajo y de relación y que reclama una protección defensiva por el derecho. Finalmente concluye que se estaría en todo caso ante un concepto jurídico indeterminado cuya aplicación corresponderá al intérprete y cuya presencia no puede sorprender al jurista ni basta por sí misma para impugnar la afirmación del derecho a la protección de la salud.

### **IV.3) El contenido del derecho a la protección de la Salud**

La Constitución de 1978, para poder hacer realidad esta aspiración universal, ha otorgado a través de su artículo 43 un tratamiento jurídico protector a este derecho, pues como se puede apreciar del articulado, se ha introducido un derecho a la protección de la salud, más no un derecho a la salud en sentido estricto, ello se debe a que como refiere DEL REY SALVADOR<sup>628</sup>, se está hablando de un derecho a la salud cuya alteración “ queda fuera del ámbito de configuración del ordenamiento jurídico y respecto a la cual por más que se establezcan medios preventivos y reparadores, no es posible su exclusión, pues sería un derecho irrealizable, en tanto que los factores que alteran la salud escapan en gran medida al control humano”. Ahora bien, según PEMÁN GAVÍN<sup>629</sup> lo que se garantiza jurídicamente es no tanto un resultado, pues muchas veces el restablecimiento de la salud o la evitación de su deterioro está fuera de las posibilidades humanas, sino más bien unos medios, esto es, que se utilicen los medios de que se dispone aquí y ahora para proteger la salud de las personas. De esta forma, al ser la salud un concepto amplio, genérico e indeterminado, resulta muy difícil entonces establecer el contenido de dicho concepto. Por tanto, resulta fundamental hablar entonces no del derecho a la salud sino más bien del derecho a la protección de la salud, pues como dijimos antes, la importancia de “los medios” adquiere realce cuando hablamos de los medios preventivos y rehabilitadores que

---

<sup>628</sup> SALVADOR DEL REY, Guanter, El Derecho a la Protección de la Salud: Notas sobre su entramado Constitucional, *Revista de Derecho y Libertades en Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*; (Universidad Pompeu Fabra) Imprenta del Boletín Oficial del estado, Año III, febrero de 1998, Nº 6, p.163.

<sup>629</sup> PEMÁN GAVÍN, Juan., *Derecho a la salud y Administración Sanitaria*, op. cit, p.28.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

requiere la salud de una persona cuando se ve afectada por una enfermedad o cuando su salud se encuentre en peligro. De este modo nos encontramos con que el contenido del derecho a la protección de la salud se manifiesta en un sentido personal y por otro lado público. En lo que se refiere al contenido personal, también se manifiesta desde luego en ella una determinada actuación de los poderes públicos, esta actuación se encuentra dirigida primero en el plano de la prevención, en el que resulta fundamental la labor educativa para la ejecución y difusión de hábitos saludables de conducta en la vida cotidiana, y segundo, en el desarrollo de una actividad de reparación y de asistencia de la salud lo cual, conlleva a que se exijan todas las prestaciones médicas y sanitarias que sean necesarias para restablecer la salud<sup>630</sup>.

Indudablemente el contenido del derecho a la protección de la salud viene determinado también por la salud pública, aspecto que ha venido a comprometer la actividad de los poderes públicos en defensa y tutela de la salud de la población en general. La redacción del Anexo I del real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre da buena cuenta de la existencia de este contenido público del derecho a la protección de la salud, de esta forma se refiere a las prestaciones de salud pública como un conjunto de iniciativas organizadas por las Administraciones Públicas para preservar, proteger y promover la salud de la población; y esto lo realiza a través de una combinación de ciencias, habilidades y actividades dirigidas al mantenimiento y mejora de la salud de todas las personas, a través de acciones colectivas o sociales, que comprende medidas de información y vigilancia epidemiológica, diseño e implantación e programas intersectoriales y transversales de promoción y educación para la salud orientados a mejorar los estilos de vida y las medidas para la protección y promoción de la sanidad ambiental, de la seguridad alimentaria y de la salud laboral<sup>631</sup>

---

<sup>630</sup> CANTERO MARTÍNEZ, Josefa; "La configuración del derecho constitucional a la protección de la salud", *Revista vasca de administración pública*, Nº 80, 2008, p.32.

<sup>631</sup> *Ibidem*, p32.

De esta forma el contenido del derecho a la protección de la salud y no del derecho a la salud viene a presentar un contenido doble, contenido que se extiende desde el interés individual, con un destinatario primero y último hacia el interés público en el que se requiere la protección del medio ambiente, es decir de la protección de la vida en general, en la que ha de desenvolverse dicho individuo, y es precisamente también, de la existencia de este doble contenido, de donde surge la conexión entre las garantías de la salud y el derecho a la vida<sup>632</sup>.

#### **IV.4) La salud como un derecho de carácter social dentro del Estado Social de la Constitución Española de 1978**

Si pretendemos realizar un análisis del derecho a la protección de la salud que tienen los extranjeros inmigrantes en España; desde un punto de vista estrictamente jurídico no debemos olvidar la consideración realizada por el Constituyente. La Carta Magna de 1978 ha concebido un modelo de protección social de las personas, compuesto por una esfera pública y otra privada. Según de lo expuesto por DE LA VILLA GIL, el espacio público de protección social puede considerarse estructurado, por los sistemas nacionales de seguridad social, el de salud y el de asistencia social<sup>633</sup>.

Ahora bien de lo expuesto anteriormente cabe resaltar que el derecho a la protección de la salud de los extranjeros inmigrantes comprende tanto las prestaciones contributivas que tiene a su cargo el Sistema de Seguridad Social como aquellas asistencias sanitarias que efectúa el Sistema Nacional de Salud, ello claro, está tomando en cuenta su vez, la protección social que poseen estos grupos sociales extranjeros con respecto a las prestaciones no contributivas, esto último en referencia a los beneficios que hoy en día poseen los extranjeros inmigrantes sin residencia legal dentro del país.

---

<sup>632</sup> BORRAJO DACRUZ, Efrén; El derecho a la asistencia de la seguridad social, *Revista de Seguridad Social*, N°8, 1980, p18.

<sup>633</sup> DE LA VILLA GIL, Luis Enrique; La protección de los extranjeros, especialmente en el sistema de Seguridad Social, *Revista General de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 10, febrero, 2006, ver en [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

El derecho a la protección de la salud ha sido y es considerada por la Constitución de 1978 como un derecho de carácter eminentemente social. Así podemos observar que el derecho a la protección de la salud se encuentra anclado en la raíz misma del Estado Social, tal es así que la Constitución Española de 1978 en el apartado primero de su artículo 43 ubicado dentro del capítulo dedicado a los principios rectores de la política social y económica establece que “se reconoce el derecho a la protección de la salud” y asimismo refiere en su apartado dos que “compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”. Este Estado Social se demuestra como refiere GARCIA PELAYO<sup>634</sup>, en el cambio de una política social sectorial a una política social generalizada y concretamente en la preocupación por parte del Estado por la salud del individuo, afirmándose a su vez un derecho a la protección de la salud al margen y con independencia de la protección asegurada a los trabajadores (seguro de enfermedad, seguridad e higiene en el trabajo), así como a determinadas categorías de personas (tercera edad, minusválidos, extranjeros)<sup>635</sup>. Esta preocupación del Estado por la protección de la salud, viene a estar justificada en base al modelo de Estado Social que en la actualidad sigue la Constitución Española de 1978, modelo que tiene una repercusión importante para el reconocimiento de este derecho social sanitario; no debemos de olvidar como acertadamente ha manifestado CASCAJO CASTRO, que el principio del Estado Social, viene a caracterizar la estructura del ordenamiento y de la Constitución y viene también a comprometer a los órganos del Estado, y a los mismos sujetos particulares en una acción de transformación de la sociedad, que tiene como últimos fines la igualdad y la extensión del bienestar<sup>636</sup>. Y es precisamente en cumplimiento de dichos fines de igualdad y de bienestar, que hoy en día resulta fundamental el reconocimiento del derecho a la protección de la salud de los extranjeros inmigrantes, puesto que se trata de un derecho de carácter social que no debe ser limitado en función de la nacionalidad que tengan las personas. Debe

---

<sup>634</sup> GARCÍA PELAYO, M; *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, 3ra ed., Madrid, 1982; p.18 y 19.

<sup>635</sup> PEMÁN GAVÍN, Juan, *Derecho a la salud y Administración Sanitaria*, op. cit, p.61.

<sup>636</sup> CASCAJO CASTRO, José; “La configuración del Estado Social en la Constitución Española”, *Estudios sobre el Estado Social y la Comunidad Autónoma de Andalucía*, VV.AA, CÁMARA VILLAR Y CANO BUESO (Coordinador), Tecnos, Madrid, 1993, p.41.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

tenerse en cuenta una vez más, en este punto que el deterioro de la salud de las personas no mide nacionalidades ni razas, y por lo tanto se requiere la actuación de los poderes públicos que tienda asegurar la salud individual y sobre todo pública que pueda afectar a un determinado territorio nacional.

No cabe duda en efecto de que la Carta Magna Constitucional, le ha atribuido un valor constitucional al derecho a la protección a la salud, sin embargo como se desprende de su ubicación sistemática también es posible observar, que este derecho no ha sido clasificado dentro de la sección primera del Capítulo II, el cual comprende los derechos fundamentales y las libertades públicas. Dicha ubicación trae como consecuencia una diferencia sustancial en cuanto a la protección que la Constitución otorga a unos derechos respecto a otros, tal es así, que el derecho a la protección de la salud no se encuentra actualmente protegido por el inciso dos del artículo 53, el cual recoge la máxima protección del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, sino más bien ha sido protegido por las garantías que establece el inciso tercero del artículo 53 de la CE<sup>637</sup>, garantías que han sido previstas por el constituyente de acuerdo a su condición de derecho social, pero las cuales no constituyen fundamento suficiente para acudir a los Tribunales Ordinarios, pues ello sólo es posible de acuerdo a lo que disponen las leyes que los desarrollen, tal como lo prescribe el inciso tercero del artículo 53. La única excepción efectuada en la Constitución de dicha clasificación de derechos sociales la constituye el derecho a la educación, el cual siendo un derecho social, se ha constituido a su vez en un derecho fundamental que se encuentra plenamente protegido por las garantías que establece el inciso dos del artículo 53 de la CE.

Cabe hacer mención, en relación con estas garantías establecidas por el constituyente, una serie de discrepancias que se han mantenido dentro de la doctrina, con respecto a su condición de derecho subjetivo y de norma jurídica

---

<sup>637</sup> El artículo 53.3 de la CE establece que “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen”.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

eficaz. De esta forma GARRIDO FALLA<sup>638</sup>, sostiene que para que “una declaración constitucional tenga naturaleza de norma jurídica no basta con su simple inclusión en tal texto constitucional sino que resulta necesario además, que se tenga estructura lógica de norma jurídica; es decir que consista en un mandato, una orden, prohibición, o una correlativa delimitación de esferas jurídicas entre sujetos, con establecimiento de recíprocas obligaciones y derechos”. De esta forma, la enunciación constitucional del derecho a la protección a la salud quedaría para este autor dentro del “terreno de los buenos y píos deseos, de la retórica constitucional”. Así mismo manifiesta GARRIDO FALLA que no siempre que aparece la palabra derecho en la Constitución se puede decir que esta se encuentra referida a un auténtico derecho subjetivo. Sin embargo, GARCIA DE ENTERRIA<sup>639</sup>, manifiesta una tesis contraria a la anterior pues según dicho autor el artículo 53.3 a pesar de tener una escasa fortuna formulativa, deja perfectamente claro que los principios rectores informarán también la práctica judicial y son también por lo tanto algo más que normas programáticas como se decía en el sentido tradicional, el cual les negaba toda aplicabilidad judicial, la expresión formulada en el inciso 3 no puede ser considerada como manifiesta el autor como una prohibición de alegación, y menos de aplicación por los Tribunales Ordinarios.

A todo lo anterior, cabe añadir como certeramente lo ha expresado FERNÁNDEZ PASTRANA, que a pesar de que no podemos denominar el derecho a la protección de la salud como un derecho auténticamente subjetivo y fundamental, no debemos olvidar que este derecho al constituirse como un principio informador o rector de la política social, debe ser respetado, reconocido y protegido, pues no solamente informará la legislación positiva y la práctica judicial sino también la actuación de los poderes públicos. A juicio del autor lo que el precepto constitucional quiere decir es que, ante la jurisdicción ordinaria, solo puede invocarse un derecho subjetivo lesionado cuando aquél haya sido establecido por la legislación de desarrollo como tal derecho subjetivo, lo cual no

---

<sup>638</sup> GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución (artículo 53)*, Madrid, Civitas, 1980, p.577.

<sup>639</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, 3ª edición, Madrid, 1985, p.69.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

quiere decir que los principios no cumplan una función informadora, como fuente de interpretación de la norma que el juez o Tribunal ha de aplicar en cada caso<sup>640</sup>.

De esta forma se puede apreciar que cuando el artículo 43.1 de la CE proclama la existencia de un derecho no debemos entender que a partir de dicha declaración se está permitiendo a los ciudadanos tener la potestad de compeler a los poderes públicos para que estos puedan llevar a cabo una determinada conducta que conlleve a la provisión de determinados cuidados sanitarios.

Efectivamente se observa de lo prescrito por el artículo 43 que no estamos ante un verdadero derecho subjetivo sino que más bien nos encontramos con un principio subjetivado, si bien es cierto que no se ha constituido como un derecho fundamental no debemos de olvidar que a pesar de ello el derecho a la protección de la salud constituye un derecho positivado, es decir nos encontramos con un derecho que se encuentra recogido y protegido y desarrollado por la legislación sanitaria<sup>641</sup>. Y es en virtud de esta reserva de ley que efectúa la propia Carta Magna en el inciso 2 del artículo 43, donde la ley de 25 de abril de 1986 dispone como objetivo básico la universalización de la salud de todas las personas; esta función la realiza, pues, fijando por un lado las obligaciones que les compete a los poderes públicos en lo que respecta a la organización y la tutela y por otro lado regulando la conducta de los particulares<sup>642</sup>.

El nuevo marco conceptual del artículo 43 ha experimentado cambios evolutivos en algunos aspectos de su anterior regulación y ello se demuestra porque la vigente Constitución ha dejado de hablar de la “higiene y sanidad”<sup>643</sup> contemplado en el Anteproyecto Constitucional de 1978, para referirse con mayor

---

<sup>640</sup> FERNÁNDEZ PASTRANA, José María., *El servicio Público de la Sanidad: el marco constitucional*, Editorial Civitas S.A, Madrid 1984, p.60.

<sup>641</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN, José; “El derecho a la salud un derecho social esencial”, *Revista de Derechos y Libertades*, N°14, Época II, enero de 2006, p.42.

<sup>642</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago; “La organización, las prestaciones y otros problemas jurídicos actuales de los servicios sanitarios”, *Revista vasca de Administración pública*, N° 57, septiembre-diciembre, 2000, p.49-65.

<sup>643</sup> Anteproyecto Constitucional, BOC., del 5 de enero de 1978, establece en su inciso segundo del artículo 36 que “compete a los poderes públicos organizar y tutelar la sanidad y la higiene, así como garantizar las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.”

amplitud a la “salud pública”<sup>644</sup>, lo cual como refiere BORRAJO DACRUZ, Efrén ha querido demostrar que el derecho a la salud no solamente comprende el aspecto físico o psíquico de la persona sino también un nivel de plenitud vital de la persona, que comprende no solamente el físico y mental sino también el social.

#### **IV.5) Dimensiones de la protección del derecho a la salud**

La manifestación del derecho a la protección de la salud, puede ser vista desde varias dimensiones diferentes:

##### **IV.5.1) Dimensión Negativa**

La protección de la salud vista desde un aspecto negativo nos hace referencia al derecho que tiene toda persona a que su salud no se vea dañada por agentes externos ya sea que estos agentes provengan de cualquier sujeto sea esté público o privado. El derecho a la salud es visto desde este aspecto como un derecho absoluto o de exclusión, oponible *erga omnes*: un derecho de la persona sobre un aspecto o cualidad propia defendible frente a todos, tales como los derechos a la intimidad, a la propia imagen o a la integridad física<sup>645</sup>.

##### **IV.5.2) Dimensión Positiva**

Junto a la dimensión negativa, debemos de tomar en cuenta otro aspecto que conlleva a la protección de la salud, pero visto desde un aspecto positivo. Este aspecto positivo se manifiesta en las obligaciones de rehabilitación que recaen sobre el Estado, es decir sobre los poderes públicos de poder establecer un sistema sanitario, también se manifiesta en el derecho que tienen los ciudadanos que, al encontrarse en una determinada situación, tienen derecho a ciertas prestaciones concretas y determinadas, prestaciones que serían las típicas de un servicio

---

<sup>644</sup> La nueva expresión de “salud pública” que vino a sustituir las anteriores palabras de “higiene y sanidad” fue incluida en la actual carta constitucional por la Comisión del Senado y fue asimismo posteriormente asumida por el pleno del Senado y por la Comisión Mixta Congreso-Senado, tal como se desprende del BOC del 6 de octubre de 1978, BOC del 13 de octubre de 1978 y del BOC del 28 de octubre de 1978.

<sup>645</sup> PEMÁN GAVÍN Juan., *El Derecho a la Salud y Administración Sanitaria*; *op. cit.*, p.80.

público. Es aquí donde el derecho a estas prestaciones posibilitaría el ejercicio de las acciones consiguientes ante los tribunales de Justicia<sup>646</sup>.

#### **IV.5.3) Dimensión Preventiva**

Esta dimensión encuentra su expresión en el artículo 43, en el cual se puede descubrir la conexión del párrafo primero referente al derecho a la protección de la salud, con respecto al párrafo segundo en el cual se expresa la competencia de “los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”,<sup>647</sup>.

Esta dimensión se perfila como una parte de la dimensión positiva, de este modo en esta dimensión la persona se hace acreedor al derecho de un conjunto de medidas que tienen por objeto la prevención de las enfermedades o la mejora de los ambientes sanitarios por parte del Estado<sup>648</sup>.

#### **IV.6) La protección de la salud en la Constitución de 1978**

Teniendo en cuenta las dimensiones en que se desenvuelve el derecho a la protección de la salud, la Constitución de 1978 alberga dentro de su conjunto normativo diferentes artículos relacionados con el derecho a la protección a la salud, constituyendo el artículo 43, el principal artículo protector del derecho a la salud.

El punto de partida dentro del entramado constitucional relacionado con el artículo 43, lo encontramos en el Preámbulo de la Constitución, en el cual se proclama la voluntad de la Nación española de “asegurar a todos una digna calidad de vida”.

Seguidamente encontramos un precepto de singular importancia en el tratamiento del derecho a la protección de la salud; este precepto se encuentra regulado en el artículo 10.1, el cual nos hace referencia a la dignidad de la persona

---

<sup>646</sup> BORRAJO DACRUZ, Efrén., Artículo 43- Protección de la salud, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, VV.AA, ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Director), Ed. de Derecho Reunidas, Tomo IV, Madrid 1996, p.196.

<sup>647</sup> PEMAN GAVIN Juan; *El Derecho a la Salud y Administración Sanitaria*, op. cit, p.80 y 81.

<sup>648</sup> BORRAJO DACRUZ, Efrén, “Artículo 43”, op. cit, p.196.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social<sup>649</sup>, pues solamente con una debida protección de la salud es posible llegar a un nivel de vida digno. Así mismo, también sobresale el artículo 15 cuando establece que “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, expresión que exige para ser efectivo una necesaria concreción a través del denominado derecho a la protección de la salud, dada su importancia como un derecho de la personalidad. Y es aquí donde se expresa la dimensión negativa y positiva del derecho a la protección de la salud ya que al ser el artículo 15 un derecho de la personalidad impone pues un mandato a los poderes públicos exigiéndoles una abstención a los poderes públicos de cualquier ejercicio que pudiere lesionar el bien jurídico del individuo.

El derecho a la vida prescrito por el artículo 15 de la CE efectivamente se encuentra estrechamente conectado con el derecho a la protección de la salud del artículo 43, esta protección se dirige a proteger a la persona de cualquier lesión que se efectúe en contra de la vida de la persona. Esta lesión puede ser producida ya sea privando al paciente de la vida de una forma dolorosa o culposa o bien cuando se atenta contra la integridad física o moral de la persona a través de tratos inhumanos o degradantes<sup>650</sup>.

Este artículo 15 se encuentra a su vez relacionado con el artículo 10.1, puesto que se entiende que si la persona tiene derecho a la vida y a la integridad física y moral, este derecho solo es realizable si la persona se encuentra en óptimas condiciones de salud, de este modo el derecho a la vida se torna digno y pleno para la persona. En este sentido el TC manifiesta la importancia del derecho a la vida y a la integridad física puesto que dichos derechos constituyen verdaderamente el origen para la existencia de cualquier derecho, así se manifestó la STC 53/1985<sup>651</sup> la cual declara que el derecho a la vida “constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”. También la sentencia 2/1982,

---

<sup>649</sup> El artículo 10.1 establece que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

<sup>650</sup> RIVERO LAMAS, Juan; Protección de la salud y estado social de derecho..., *op.cit.*, p.47.

<sup>651</sup> STC 53/1985, del 11 de abril de 1985.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

manifiesta que la vida es un bien constitucionalmente protegido y habrá de ser respetado no solo por los poderes públicos, sino también por los ciudadanos, de acuerdo con los artículos 9 y 10 de la Norma Fundamental<sup>652</sup>.

El artículo 10.1 ha venido pues a convertirse una vez más en el punto más importante a tomar en cuenta cuando se pretende la protección de derechos básicos y fundamentales que posee la persona. Este valor supremo se vería seriamente lesionado si no se efectuase una efectiva protección de la salud, y este es precisamente el objetivo que debe de cumplirse dentro de un Estado social que pretende establecer un sistema sanitario en condiciones de igualdad.<sup>653</sup> Y es con la actividad prestada por los poderes públicos a través de lo dispuesto por el artículo 9.2, cuando dicha protección de la salud y por ende de la vida de la persona toma su concreción, puesto que le corresponde a los poderes públicos “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud” así como también el de “promover las condiciones para la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”. Esta misma actividad prestacional del estado se encuentra proclamada por el inciso 1 del artículo 43 cuando la Carta Magna dispone que los poderes públicos tendrán la capacidad para “organizar y tutelar la salud” a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. No debemos olvidar que por otro lado también encontramos en el artículo 41 de la CE un mandato expreso dirigido hacia los poderes públicos para que estos mantengan “un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. No obstante debe de hacerse hincapié que la Constitución española de 1978 no ha impuesto de forma definitiva que la protección de la salud deba de llevarse a cabo al margen del Sistema de la Seguridad Social, por tanto aún en la actualidad resulta constitucional el mantenimiento de la atención sanitaria como un aspecto de la actividad protectora de la Seguridad Social. Evidentemente existe una expresa conexión entre el artículo 43 y el artículo 41, pero no por ello se puede identificar el derecho a la seguridad con el derecho a la protección de la salud. De esta forma

---

<sup>652</sup> STC 2/1982, de 29 de enero.

<sup>653</sup> APARICIO TOVAR, Javier, Comentario a la constitución socioeconómica de España, VVAA, MONEREO PÉREZ, José y Otro (Director), Granada, Comares, 2002, p.1557.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

se ha generado una seria polémica dentro de la doctrina y la polémica surge de saber si realmente estamos ante dos derechos relacionados o si uno comprende al otro.

Comparados estos dos artículos, no existe ninguna duda en efecto, de que se da entre ambos artículos una relación muy estrecha, pues no debemos olvidar que el Régimen Público de la Seguridad Social se constituyó en los últimos tiempos en una expresión muy puntual de las acciones públicas que en materia de salud se han efectuado, tal es así que a través la Seguridad Social se han realizado llevado las prestaciones de asistencia sanitaria de entre otras prestaciones que tiene a su cargo dicho organismo. Frente a esto MARTINEZ DE PISON<sup>654</sup>, señala que existe por un lado una comprensión del artículo 41 dentro de lo que se proclama como el derecho a la protección de la salud, pero, por otro señala también que el mantenimiento de un Régimen Público de la Seguridad Social es algo más que un derecho a la salud.

Hemos de destacar además en este punto la opinión de BORRAJO DA CRUZ<sup>655</sup>, que señala la existencia de una imprecisión constitucional con relación a estos dos artículos y refiere asimismo que existe la probabilidad de que esta indeterminación sea un resultado querido por el constituyente, para poder abrir el tema a soluciones flexibles en las que los intereses del Estado y de la sociedad se armonicen o resuelvan en términos de oportunidad o conveniencia. Subraya también BORRAJO que el sistema sanitario tendrá como núcleo el conjunto de órganos y acciones a cargo de los poderes públicos obligados a dar satisfacción a la salud pública, siendo el derecho a la protección de la salud un bien individual que podrá instrumentarse dentro de un Sistema Sanitario unitario en conexión con los citados servicios de salud pública, así como dentro del Sistema de Seguridad Social en conexión con las prestaciones económicas.

También a través del artículo 40.2 de la CE podemos encontrar una expresa alusión al derecho a la protección de la salud. El constituyente tomando

---

<sup>654</sup> MARTÍNEZ DE PISON, José, El derecho a la Salud: un derecho Social Esencial, *op. cit.*, p.144.

<sup>655</sup> BORRAJO DACRUZ, Efrén, “Artículo 43”, *op. cit.*, p.177.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

en cuenta la importancia que ha adquirido la actividad laboral ha establecido a favor del colectivo de trabajadores un derecho a la protección de la salud que se encuentra en relación con el sistema de seguridad social, de esta forma el artículo 40.2 hace mención del derecho del trabajador a su “seguridad e higiene en el trabajo”. Se protege de esta forma la salud del trabajo como un factor singular que puede llevar a cabo si se efectúa de una forma no natural al deterioro de la salud<sup>656</sup>. Evidentemente la alteración de la salud tiene su origen por diversos factores, pero es en el trabajo donde encontramos una de las principales fuentes de contribución al deterioro de la salud esto ya sea por enfermedad como consecuencia del trabajo o por accidentes dentro de la actividad laboral. Y es precisamente con la finalidad de proteger la salud del colectivo trabajador cuando dicho artículo 40.2 encuentra su conexión con el artículo 43.1 pues si se pretende proteger la salud de los trabajadores resulta fundamental que se efectúe la actuación de los poderes públicos en defensa de la salud, una salud que se protege dentro de la seguridad social sea el trabajador nacional o sea este extranjero.

De análogo modo podemos observar que el artículo 45 de la CE se encuentra relacionado con el derecho a la protección de la salud; ello se desprende de lo que establece el inciso primero al disponer que “ todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”, así como también del inciso segundo que establece que “los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

Del análisis del articulado no podemos dejar de observar la innegable conexión que presenta el contenido de este artículo con el derecho a la protección de la salud, pues como bien dice PEMÁN GAVÍN, esto es evidente puesto que determinadas parcelas de la protección de la salud como lo es la sanidad ambiental, vienen a identificarse con un aspecto de la protección del ambiente. Asimismo el inciso dos del artículo 45 cuando proclama “el derecho a una

---

<sup>656</sup> SALVADOR DEL REY GUANTER; El derecho a la protección de la salud:..., *op. cit* , p.166.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

calidad de vida”, nos lleva en un principio a relacionarlo con lo ya expuesto por Preámbulo de la Constitución al que ya hicimos referencia, para después relacionarlo también con el derecho a la protección de la salud, pues solamente con la efectiva protección de la salud, se puede hablar en presente y en futuro de una calidad de vida adecuada para el desarrollo de la persona.

Siguiendo con el análisis constitucional nos encontramos con otro artículo relacionado con el derecho a la protección de la salud; efectivamente observamos que en el artículo 49 se dispone que los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos. Asimismo el artículo 50 expone que “los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.

Debido a la importancia que ha adquirido para la salud pública en la actualidad la CE también otorga un ámbito de protección al medio ambiente; aquí indudablemente se presta atención al ámbito exterior donde la persona individual se desenvuelve siendo susceptible por lo tanto a todos aquellos factores físicos, químicos biológicos y sociales<sup>657</sup> que pueden influir de una manera negativa sobre el bienestar de la salud de la persona y de la sociedad en general puesto que la persona como parte integrante del ecosistema al igual que otros seres vivos puede verse afectado por múltiples y diversos factores. Un ejemplo muy común en la actualidad lo constituye el fenómeno de la contaminación ambiental. Es por tales motivos que hoy en día se presta especial atención, aunque diríamos también no suficiente a la protección e higiene del medio ambiente esto a través de medidas sanitarias que tienen como función controlar todos los posibles daños que se

---

<sup>657</sup> MOLINA DEL POZO, Carlos; *Hacia una concepción expansiva de la salud pública en España*, op. cit p.354.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

pueden producir a la salud. Y es a través de estas medidas sanitarias como se pretende proteger la superficie terrestre, la atmósfera y el recurso hidrológico y fundamental que constituye el agua; todos estos recursos pueden verse perjudicados y aun más deteriorados sin unas adecuadas medidas sanitarias. Esta situación traería como consecuencia el deterioro del medio ambiente y de esta forma se estaría lesionando de forma grave la vida del ser humano quien se vería desprotegido de todos los elementos esenciales para su efectiva existencia y desarrollo.

Por otra parte también nos encontramos en el artículo 51 de la Carta Magna Constitucional una clara expresión de la protección del derecho a la salud, ello se desprende de su contenido que establece que “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismo”. Este artículo se encuentra estrechamente conectado con el ámbito de protección del artículo 43. Efectivamente se protege la salud de los consumidores como un objetivo del Estado en miras de proteger la Salud Pública a fin de poder prevenir todos aquellos peligros que pongan en riesgo la salud de este colectivo y es así como se presta especial a todos aquellos productos que puedan resultar ser peligrosos para la salud y seguridad de las personas. A través de esta protección se pretende que se dé una legislación apropiada para impedir en los casos que fuese necesario el empleo de productos nocivos para la salud, de esta forma se le informa al usuario sobre el supuesto peligro que conlleva el uso de un producto determinado, de este modo se pretende así o bien prevenir o reducir el uso de productos peligrosos o nocivos para la salud.

### **IV.7) Marco legal del derecho a la protección de la salud**

El marco legal del derecho a la protección de la Salud se encuentra representado principalmente por la Ley 14/1986, de 25 de abril, Ley General de Sanidad. Efectivamente ya desde su primer artículo establece que tiene 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”. Pero es en el artículo 18 donde fundamentalmente despliega

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

dicha protección, tal es así, que dicho artículo recoge tanto la educación sanitaria, como también los correspondientes niveles de atención primaria y especializada; asimismo recoge también en sus incisos cinco, siete y ocho programas dirigidos a grupos de riesgo, programas de orientación en el campo de la planificación familiar y promociones y mejoras respecto a la salud mental entre otros.

Se trata en definitiva según sostiene GANDÍA Eleuterio<sup>658</sup> de un artículo que sostiene una concepción integral de la salud, comprendiendo la integridad física y la plenitud funcional del individuo, así como también la salud psíquica y las relaciones de la persona con su entorno, elementos éstos que no pueden considerarse como aislados puesto que se encuentran íntimamente relacionados y que además deben de tenerse en cuenta al tratar de desarrollar acciones a favor de la tutela de la salud.

La Ley General de Sanidad es la norma básica de aplicación a todo el territorio del Estado español que ha reformado el sistema sanitario español, pretendiendo establecer la universalización de las prestaciones sanitarias a través de este sistema sanitario, tanto es así que en los apartados dos y tres del artículo primero se establece que “son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en territorio nacional” y además prescribe que “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”. Así, al proclamar estos incisos se está reconociendo unos derechos de la persona en base a su condición de ciudadano y no de afiliado y dado de alta en el Sistema de Seguridad Social, es decir, que se sustituye la condición de trabajador por la de ciudadano español o de extranjero residente y se sustituye a su vez el requisito de cotización por el de residencia<sup>659</sup>.

---

<sup>658</sup> GANDÍA, Eleuterio; Derechos y deberes de los Usuarios de los Servicios Sanitarios. *Apuntes de Legislación y Ética Profesional*, Nº4; Curso 2003-2004; en <http://www.aibarra.org>.

<sup>659</sup> LÓPEZ CUMBRE, Lourdes; “Prestaciones no contributivas de seguridad social”, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, VV.VV, DE LA VILLA GIL, Luis (Compilador), 1 ED, 2002, en [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

La ley pretende garantizar una mínima igualdad en el servicio público y asimismo una igualdad básica en el goce de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio español, claro está que esto se realizara teniendo en cuenta las competencias que a las distintas comunidades autónomas les han reconocido la Constitución y sus respectivos Estatutos.

Sin embargo, hemos de decir también, que la Ley General de Sanidad a pesar de haber hablado de la atención sanitaria, no ha formulado un contenido explícito acerca de las prestaciones que la asistencia garantiza a los usuarios, sino que más bien ha remitido su concreción a su correspondiente normativa específica. Asimismo es preciso tener en cuenta que las prestaciones que garantiza la asistencia sanitaria pueden ser exigidos por los ciudadanos tanto en la vía administrativa como la jurisdiccional, tal como lo prescribe el inciso cuarto del artículo primero.

### **IV.8) La actividad prestacional de los poderes públicos a favor del derecho a la protección de la salud**

Habiéndose reconocido en la Constitución Española la forma de Estado Social y democrático de Derecho se impone en este sentido la lógica intervención y programación de los poderes públicos en todas las actividades que estén dirigidas a alcanzar las condiciones materiales que aseguren una digna calidad de vida, condición que es indispensable a su vez para obtener el goce de la libertad<sup>660</sup>.

Y es en este sentido donde cobra vital importancia aquello que consagra el artículo 9.2 de la Constitución Española cuando dice que “corresponde 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. De este

---

<sup>660</sup> CHINCHILLA MARÍN, Carmen, “El Servicio Público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la Televisión?”, *Estudios sobre la Constitución española Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría - De los Derechos y Deberes Fundamentales*; tomo II; Editorial Civitas, S.A, Madrid, 1991, p. 966.

modo, en virtud de lo expuesto por el artículo 9.2, la constitución está delegando a favor de los poderes públicos la efectiva y conjunta realización de la libertad y de la igualdad, puesto que al parecer ambas concepciones se encuentran estrechamente unidas, ya que si queremos llegar a la igualdad, solo es posible llegar ella en unas condiciones efectivas de igualdad y es precisamente esta igualdad la que se pretende en cuanto a lo que corresponde la efectiva realización de los derechos de la persona.

#### **IV.8.1) La asistencia sanitaria y el sistema de seguridad social**

Teniendo en cuenta el artículo 43.3, y habiéndose ubicado los servicios públicos sanitarios como una de las actividades prestacionales que la Administración Pública debe de realizar, hemos de prestar atención a la ya controvertida discusión acerca de la superposición o conexión que existe entre el régimen Público de la Seguridad Social, que reconoce el artículo 41 de la CE, con el tema de la sanidad prescrita por el artículo 43 de la CE.

Efectivamente, mucho se ha discutido sobre la conveniencia o no de la conexión que presentan estos dos artículos y de si indefectiblemente o favorablemente se ha producido su separación con el desarrollo de las leyes que se han dado hasta la actualidad. Una respuesta positiva hacia su separación la encontramos en el propio cuerpo constitucional, ello se evidencia del manifiesto deslinde que efectúa la Constitución al separar las materias de Sanidad en el artículo 43 y las de la Seguridad Social en el artículo 40. Otro elemento que ha configurado la separación de estas ramas lo constituye la Ley General de Sanidad de 1986, esta ley viene a declarar un sistema de salud universalista y no contributivo prestado a través del Sistema Nacional de Salud el cual según lo que se desprende de la propia ley viene a configurar un sistema distinto e independiente del Sistema de la Seguridad Social, así mismo también nos encontramos con que la Ley 26/1990, de 20 de diciembre y en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, se han regulado en un sentido manifiestamente separatista con relación a las materias de sanidad y Seguridad Social.

Sin embargo, es en las leyes posteriores donde podemos observar un claro retroceso en la materia de separación de ambas materias, tal es así, que el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema nacional de Salud, no se expresa en un sentido claro sobre la verdadera correspondencia de la asistencia sanitaria, quedando en este punto impreciso la ya anterior separación de estas materias. Pero es en la Ley 24/1994, de 15 de julio, Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social donde la ya ansiada separación de las materias sufre un revés y es en esta ley donde se vuelve a incluir la asistencia sanitaria dentro del ámbito de protección de la Seguridad Social.

Finalmente la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación autonómico, en la que se llega a modificar el artículo 86.2 del texto Refundido de la Ley general de Seguridad Social de 1994, llega a establecer la asistencia sanitaria como una modalidad incluida dentro de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, así expresa que *“La acción protectora de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva y universal, se financiará mediante aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10.3, primer inciso, de esta Ley, con excepción de las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social y servicios sociales cuya gestión se halle transferida a las Comunidades Autónomas, en cuyo caso, la financiación se efectuará de conformidad con el sistema de financiación autonómica vigente en cada momento. Las prestaciones contributivas, los gastos derivados de su gestión y los de funcionamiento de los servicios correspondientes a las funciones de afiliación, recaudación y gestión económico-financiera y patrimonial serán financiadas básicamente con los recursos a que se refieren las letras b), c), d) y e) del apartado anterior, así como, en su caso, por las aportaciones del Estado que se acuerden para atenciones específicas.*

**IV.8.2) Marco constitucional prestacional del derecho a la protección de la salud**

El marco constitucional prestacional del derecho a la protección de la salud se encuentra incluido en el apartado segundo del artículo 43 de la Constitución de 1978. Este apartado expresa que “Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”. Si bien es cierto que la Constitución Española no hace una mención expresa al respecto, si podemos apreciar y deducir de ella un mandato expreso dirigido hacia la creación de los servicios públicos correspondientes.

Efectivamente esta acción positiva de los poderes públicos, es lo que se conoce como prestación y en el marco del derecho a la protección de la salud; esta actividad prestacional encuentra su manifestación a través del servicio de la asistencia sanitaria<sup>661</sup>. El artículo 43.2 configura así la sanidad como un servicio público y ello implica que la titularidad de la función le corresponde al Estado y por tanto también la responsabilidad última de su actuación, encontrándose de esta forma legitimado para reglamentar la actividad, para someterla a una especial disciplina y para ejercer los controles correspondientes sobre las entidades públicas y privadas que la realicen<sup>662</sup>.

Por otro lado, habiéndose consagrado la Constitución Española como un Estado Social de Derecho, se impone en este sentido, la lógica intervención y programación de los poderes públicos en todas las actividades que estén dirigidas a alcanzar las condiciones materiales que aseguren una digna calidad de vida. Y es en logro de esa digna calidad de vida que se desea tener, que el artículo 43 de la Constitución prescribe que los poderes públicos deben de organizar unos servicios sanitarios que ofrezcan a los ciudadanos todo tipo de prestaciones de carácter preventivo, curativo, rehabilitador y educativo<sup>663</sup>. Cabe resaltar en este sentido

---

<sup>661</sup> ALONSO ESPINOSA, Carlos, “Extranjeros y derecho a la salud ¿derecho o tolerancia?”, *Autonomías*, N°30, noviembre, 2004, Barcelona, p.71.

<sup>662</sup> CANTERO MARTÍNEZ, Josefa; *op. cit* p.24-25.

<sup>663</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza, Madrid, 1995, p.95.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

que la Constitución no determina expresamente las prestaciones concretas que hayan de ofrecerse a la población, sino que más bien será el legislador quien determinará, entre otros extremos, el contenido de estas prestaciones<sup>664</sup>.

Resaltado el marco constitucional en el que se consagra el derecho a la protección de la salud como un derecho eminentemente prestacional, conviene tener en cuenta en este punto, aquello que la Carta constitucional refiere cuando nos habla de “salud pública”, pues solamente a través de la comprensión de este término podremos llegar a entender los verdaderos alcances del ámbito de protección de los poderes públicos prestacionales. De esta forma, nos encontramos con que el término “salud pública” ha atravesado cambios en lo que concierne a su ámbito de aplicación; si bien en un principio se manejaba el concepto de salud pública en términos de acciones desarrolladas por los poderes públicos para evitar la transmisión de enfermedades infectocontagiosas, todo esto ha cambiado con la promulgación de la Constitución Española de 1978. De esta forma, la salud pública es vista hoy en día en un sentido más amplio, sentido en el que cabe incluir hoy en día, tanto las acciones de protección de la salud colectiva, como las de la salud individual de cada sujeto, así como también con las consecuentes medidas y acciones preventivas, prestacionales y de servicios necesarios que puedan ser indispensables para la sociedad en su conjunto.

Teniendo en cuenta que el reconocimiento del derecho a la protección de la salud se efectúa hoy en día sobre la base de la condición de ciudadano y no a la de asegurado como anteriormente se efectuaba, se ha hecho necesario hoy en día la existencia de un medio indispensable para hacer efectivo dicho derecho. Este medio viene a estar configurado en base a la necesidad y no exigibilidad inmediata que posee el derecho en cuestión y es en esta situación donde se hace ineludible la actuación inmediata que efectúan los poderes públicos para poder crear los servicios públicos suficientes que puedan cubrir dicha necesidad.

Si bien es cierto, que la Constitución Española no hace mención expresa al respecto, si podemos apreciar y deducir de ella un mandato expreso, dirigido hacia

---

<sup>664</sup> FRIAS OSUNA, Antonio, *Salud pública y educación*, Masson, Barcelona, 2004, p.70.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

la creación de los servicios públicos correspondientes, la cual según su ley constitutiva de desarrollo establecerá así mismo “los derechos y deberes de todos al respecto”. El artículo 43.2 configura así la sanidad como un servicio público y ello implica que la titularidad de la función corresponde al Estado y por tanto también la responsabilidad última de su actuación, encontrándose de esta forma legitimado para reglamentar la actividad, para someterla a una especial disciplina y para ejercer los controles correspondientes sobre las entidades públicas y privadas, que la realicen.

Efectivamente no nos encontramos ante una actividad que sea regulada en forma de un monopolio, sino más bien ante una actividad de servicio público que las autoridades públicas regulan sin excluir la iniciativa privada, prueba de lo cual, resulta la regulación efectuada por la Constitución Española que reconoce en su artículo 38 la libertad de empresa que existe en el marco de la economía de mercado, gracias a dicha regulación se estaría entonces reconociendo que aquella libertad también se da en el sector sanitario. Por otro lado en lo que respecta a la gestión sanitaria, cabe señalar, según de lo que regula la Ley 15/1997, de 25 de abril, Ley de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, que resulta posible el ejercicio en la actividad sanitaria de una gestión directa de la sanidad como una gestión indirecta, de esta forma se posibilita que las prestaciones y la gestión de los servicios sanitarios puedan llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios singulares de vinculación o contratos con personas o entidades públicas o privadas, preservando en todo caso su condición de servicio público aunque, eso sí, extremando al máximo las garantías de igualdad, calidad y accesibilidad que exige la prestación de todo servicio público<sup>665</sup>.

Ahora bien, de lo antes dicho cabe resaltar que el derecho a la protección de la salud tiene un ámbito concreto de realización, el cual viene a estar constituido por aquello que conforma el objeto de la asistencia sanitaria. Dicha asistencia sanitaria prestacional ha sido reconocida por la LGSS en un sentido universal; de esta forma reconoce en los apartados dos y tres del artículo primero

---

<sup>665</sup> CANTERO MARTÍNEZ, Josefa; *op. cit.*, p.25-26.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

que “son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en territorio español” así mismo refiere que “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”. Aunado a este reconocimiento universal la ley imprime a su vez un reconocimiento igualitario en el ejercicio de dicha prestación y de esta forma prescribe en el inciso dos de su artículo 3 que “la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española” de tal modo que “el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva”. Esto significa que todos los ciudadanos, independientemente del lugar en que se encuentren dentro del país, tienen derecho exactamente a las mismas prestaciones sanitarias. Y es en este mismo sentido que se ha manifestado el Tribunal Constitucional en su sentencia 32/1983 cuando declara que en lo que respecta al derecho a la protección de la salud compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública, así como garantizar la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo la salud de los mismos, esto en cuanto “estos derechos pertenecen a todos los españoles y a todos se les garantiza por el Estado la igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio de los mismos”<sup>666</sup>.

Por otro lado, la LGSS, que desarrolla el derecho a la protección de la salud previsto por el artículo 43 de la CE, pretende unificar, desde un punto de vista funcional, todas las redes sanitarias existentes en el Estado Español, y ello lo realiza a través de la integración de las redes en el denominado Sistema Nacional de Salud<sup>667</sup>. Así, los apartados uno y dos del artículo 44 disponen que:

- 1.-“todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud integrarán el Sistema nacional de Salud.
- 2.- El Sistema nacional de Salud es el conjunto de Servicios de la Salud de la Administración del Estado y de los Sistemas Sanitarios de las comunidades autónomas en los términos establecidos en la presente ley. Así mismo, el artículo 45 de la misma ley manifiesta que “El sistema Nacional de Salud integra todas las

---

<sup>666</sup> STC 32/1983, de 28 de abril.

<sup>667</sup> GONZÁLEZ-POSADA, Juan García, “La Organización del Sistema Sanitario Español”, *Lecciones de Derecho Sanitario- Colección de Cursos Congresos e Simposios*; Servicio de Publicaciones de la Universidad de la Coruña, Coruña, 1999, p.42.

funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidades de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud”. Por otro lado, el apartado primero del artículo 5 establece que “los servicios públicos de salud se organizarán de manera que sea posible articular la participación comunitaria a través de las corporaciones territoriales correspondientes en la formulación de la política sanitaria y en el control de su ejecución”.

De esta manera la Ley General de Sanidad pretende cumplir la tarea de organización y tutela de la salud pública que le ha sido encomendada como ley ordinaria por el artículo 43.2 de la CE, puesto que se otorga una habilitación para que el Estado, las Comunidades Autónomas y los demás poderes públicos administrativos establezcan servicios públicos de “organización”, así como también para que coordinen, controlen o vigilen por sí mismas o a través del poder judicial las actuaciones de otras entidades, públicas o privadas, que actúen en la misma área de “tutela”<sup>668</sup>, no debiendo olvidar que la eficacia de dicho ejercicio depende en gran medida del servicio público que se haya establecido.

En virtud del servicio público sanitario “la Comisión de expertos para el estudio del Sistema Nacional de Salud y las tendencias de su entorno en el momento actual y de cara al futuro”, más conocida como el “Informe Abril” se ha manifestado expresando que *“el carácter de servicio público no está determinado por la forma jurídica en que se organiza, sino básicamente por la naturaleza de la función, por el origen público de los recursos que la financian y, en el caso concreto del Sistema Nacional de Salud, por la igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a la asistencia (...). La Comisión entiende que el Sistema Nacional debe adoptar, por tanto, las formas jurídicas más adecuadas que promuevan dicha responsabilidad, la definen de modo concreto y la cultiven como virtud social”*<sup>669</sup>.

---

<sup>668</sup> BEATO ESPEJO, Manuel, “El Sistema Sanitario Español: Su Configuración en la Ley general de Sanidad. I. Perfil Histórico de la Institución y Marco Constitucional”, *Revista de Administración Pública* N° 119 (mayo-agosto), Madrid 1989, p 379 a 418.

<sup>669</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍN, Monica, *Formas de Gestión de la Sanidad Pública en España*; edita La Ley, Madrid, 2006, p.51-52.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Por lo que se refiere al ámbito de protección del derecho a la salud hemos de decir que se desarrolla en dos planos sustanciales, el preventivo y el reparador, y es específicamente con respecto a éste último, es decir al plano preventivo al que ha hecho alusión la Carta Magna Constitucional. Si bien es cierto que tradicionalmente la asistencia sanitaria se ha desarrollado en el ámbito reparador, no es menos cierto aun que la tendencia hacia la prevención de la salud se ha acentuado en los últimos tiempos, ejemplo significativo lo encontramos en la normativa que se ha desarrollado en la prevención de los riesgos laborales. También con relación a la actividad de la Sanidad Nacional se ha observado que uno de su principales núcleos de acción ha estado dirigido hacia la prevención de la salud, de esta forma la prevención de la salud ha motivado el despliegue de una serie de actividades de promoción, vigilancia, y, excepcionalmente, de atención en el caso de enfermedades transmisibles con un índice alto de incidencia, incidencia que pone en riesgo o que supone un atentado grave para la salud pública<sup>670</sup>. De esta forma la protección de la salud no solo se presenta albergando un ámbito de protección reparador, sino también uno manifiestamente preventivo.

En lo que se refiere a las prestaciones sanitarias, importa subrayar que sobre el alcance del derecho a la asistencia sanitaria que poseen los extranjeros inmigrantes, hemos de tomar en cuenta aquello que se encuentra establecido por el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, Sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, de tal modo que la extensión del derecho hacia este colectivo, viene determinada en cuanto a las prestaciones concretas, de forma similar a la que se ejercita para con los españoles. Dicho decreto ha clasificado en tres grupos diferentes la prestación del servicio sanitario, teniendo en cuenta para ello su sistema de financiación.

El primer grupo viene constituido por aquellas prestaciones sanitarias que son facilitadas directamente por el Sistema Nacional de Salud y financiadas con cargo a la seguridad Social o a fondos estatales adscritos a la sanidad, configuran dicho grupo de prestaciones las denominadas prestaciones de atención primaria, la atención especializada, las prestaciones farmacéuticas, las prestaciones complementarias y los servicios de información y documentación sanitaria.

---

<sup>670</sup> BEATO ESPEJO, Manuel; El Sistema Sanitario Español: Su Configuración en la Ley general de Sanidad. I. Perfil Histórico de la Institución y Marco Constitucional..., *op.cit*, p 379 a 418.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

El segundo grupo se conforma con aquellas prestaciones dirigidas en supuestos de asistencia por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, las cuales correrán a cargo de las mutuas de accidentes de trabajo y de los seguros obligatorios correspondientes.

Finalmente el tercer grupo incluye aquellas prestaciones sanitarias que no son financiadas con cargo a los fondos públicos. Dichas prestaciones se efectúan en la medida de lo posible con los recursos disponibles de los centros públicos, aunque cabe precisar que dichas prestaciones correrán a cuenta del usuario que las haya solicitado<sup>671</sup>.

Por otro lado debe de tenerse en cuenta que la principal característica que configuró el sistema sanitario español vino a estar representada por una marcada tendencia a la centralización. De esta forma, con anterioridad a la promulgación de la Constitución Española de 1978, el sistema sanitario se caracterizó por una marcada tendencia hacia la centralización en el Estado, reservándose así los organismos centrales del Estado el desarrollo de todas aquellas actividades sanitarias de cierta efectividad.

Sin embargo, es a partir de la Constitución Española de 1978, cuando se establece un reparto de competencias entre los poderes públicos estatales y autonómicos encargados de organizar y tutelar la salud. Y son precisamente los artículos 148 y 149 de la CE los que vienen a establecer la distribución de la competencias entre los poderes públicos. De este modo, de acuerdo a lo que establece la Constitución Española y los Estatutos de Autonomía, pueden distinguirse tres materias repartidas de forma competencial : a) La sanidad exterior que se encuentra atribuida en bloque al Estado; b) la sanidad interior en la que le corresponde al Estado las bases para la coordinación y la alta inspección, y a las CCAA el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del

---

<sup>671</sup> SÁNCHEZ RIVAS Y OTROS; *Guía para Orientación Legal en Inmigración*; Editorial Lex Nova; Valladolid 2005, p.166.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Estado y c) los productos farmacéuticos, cuya legislación resulta ser competencia del Estado y su ejecución de las CCAA<sup>672</sup>.

De esta forma los apartados primero y veintiuno del artículo 148 de la CE reconocen que “Las comunidades Autónomas podrán asumir competencias en la Organización de sus instituciones de autogobierno, así como también en materias de Sanidad e Higiene”. Por su parte. El apartado primero del artículo 149 de la misma Carta Magna establece como competencia exclusiva del Estado, “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”, del mismo modo el apartado 149.1.16 del mismo artículo proclama como competencia del Estado la Sanidad Exterior<sup>673</sup>, así como las Bases y Coordinación general de la Sanidad y también la legislación respectiva sobre los productos farmacéuticos. Cabe resaltar que dicha competencia estatal, se manifiesta de una forma plena y alcanza tanto a la actividad normativa como a la ejecutiva tal y como se desprende de lo establecido por el Tribunal Constitucional español<sup>674</sup>. Debe de destacarse por otro lado que la acción promovida por los poderes públicos debe de ser efectuada de acuerdo a los postulados que prescribe el principio de igualdad, de esta forma el Estado debe de regular las condiciones básicas de una forma en que se llegue a garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales (sanidad y seguridad social entre otros), esto tal como lo señalado en el artículo el artículo 149.1.1 de la CE. El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado en este sentido en la sentencia 32/1983<sup>675</sup>, señalando que el perfil que los correspondientes preceptos constitucionales dibujan de los preceptos constitucionales debe de ser completado

---

<sup>672</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción y otros; Reparto de Competencias Estado- CC.AA: sanidad, asistencia social; cultura, educación e investigación; turismo, deporte, ocio y espectáculos, *Derecho Administrativo II: Organización Administrativa*, VV.AA, MUÑOZ MACHADO, Santiago (COMPILADOR), 1 Ed., 2002, p.16, ver en iustel.com.

<sup>673</sup> Cabe señalar que el artículo 38 de la LGS define las actividades de la sanidad exterior como “todas aquellas que se realicen en materia de vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de las mercancías y del tráfico internacional de viajeros”. Por otro lado el Tribunal Constitucional ha señalado en su STC 32/1983, de 28 de abril que la sanidad interior se encuentra referida a la sanidad que se efectúa dentro del territorio español, resaltando la importancia en lo que se refiere a la defensa de los consumidores y usuarios, o el de recursos y aprovechamientos hidráulicos, todo ello cuando se trata de garantizar la salubridad de los productos de consumo humano o de alimentación animal que tenga incidencia en la salud humana.

<sup>674</sup> STC 252/1988, de 20 de diciembre.

<sup>675</sup> STC 32/1983, de 28 de abril.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

con el artículo 149.1.1 de la CE, resaltando además por otro lado que el título competencial que el artículo 149.1.1 CE atribuye al Estado para garantizar unas condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos, alcanza, no tanto a los derechos individuales de libertad, que precisan de Ley Orgánica y de una actitud de abstención por parte de los poderes públicos, como a los derechos prestacionales, que requieren de leyes ordinarias y de una actitud positiva de intervención prestacional de los poderes públicos central y autonómicos<sup>676</sup>.

El principio de igualdad en la prestación del servicio público sanitario resulta ser según CANTERO MARTÍNEZ, una aplicación específica del derecho a la igualdad consagrada en el artículo 14 de la Constitución al ámbito de la asistencia sanitaria, esto significa que todos los ciudadanos, independientemente de la parte del territorio español en donde se encuentren, tienen derecho a las mismas prestaciones sanitarias. Es este el mismo sentido formulado por la Ley General de Sanidad la cual reconoce en sus artículos 12 y 16 que las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, estableciéndose como una obligación de los poderes públicos la orientación de sus políticas de gasto sanitario en orden a corregir las desigualdades sanitarias y de garantizar la igualdad en el acceso a los servicios sanitarios en todo el territorio español<sup>677</sup>.

De esta forma la Constitución de 1978 incorpora un hecho nuevo de descentralización entre el poder central y los poderes territoriales del Estado. No muy ajena a este sentido se presenta La Ley General de Sanidad de 1986, el cual según su regulación implicó también un paso trascendental en la clarificación y concreción de la delimitación competencial en materia de Sanidad, ello se explica al tratar de deslindar el espacio propio de la normativa básica estatal, dejando abierto así un desarrollo legislativo posterior por parte de las Comunidades Autónomas<sup>678</sup>. No obstante, la descentralización en materia sanitaria, no se ha

---

<sup>676</sup> BELTRÁN AGUIRRE, Juan, "Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno a la igualdad", *Revista Derecho y Salud*, Vol. 10, Nº1, enero-junio, 2002, p.20.

<sup>677</sup> CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, "La configuración..." *op.cit.*, p.28.

<sup>678</sup> PEMÁN GAVÍN, Juan María., *Asistencia Sanitaria y Sistema Nacional de Salud- Estudios Jurídicos*; Editorial Comares, Granada, 2005, p.130.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

constituido en una decisión expresa de la Ley General de Sanidad, sino más bien en una opción contenida en la Constitución y en los Estatutos Autonómicos.

Debe advertirse, además, que las C.C.A.A. no pueden asumir competencias en materia sanitaria cuando constitucionalmente se encuentren atribuidas al Estado, ni tampoco pueden invadir el ámbito competencial del estado en la fijación de las bases y coordinación general de la sanidad, ni pueden por último, legislar sobre productos farmacéuticos. Pero en cambio si pueden asumir ciertas competencias en el ámbito de la sanidad interior, tales como la legislación de desarrollo de las bases, la ejecución de los servicios sanitarios, así como también el control de los mismos, entre otros<sup>679</sup>.

Por otro lado, ya hemos indicado antes, que el artículo 43.2 de la CE configura la sanidad como un servicio público y ello implica que la titularidad de la función corresponde al Estado y por tanto también la responsabilidad última de su actuación. Sin embargo, hemos de anotar que de lo expuesto por la Carta Magna Constitucional, no se está reconociendo específicamente un sistema sanitario con gestión monopolizadora, así como también, debe de entenderse que el Estado al tener la titularidad y responsabilidad de la actividad sanitaria, bien sea pública o privada, no se está reservando en forma exclusiva la gestión de la actividad, sino que más bien concurre a ella en la misma forma en que es admisible la iniciativa pública en cualquier otro sector de la actividad<sup>680</sup>.

Las principales normas a tener en cuenta en materia de gestión sanitaria vienen a estar constituidas por aquello que dispone la Ley general de Sanidad en sus artículos 57, 77 y 90. De igual modo, encontramos regulada la gestión de los servicios sanitarios en la Ley 15/1997, sobre Habilitación de las nuevas formas de Gestión en el Sistema Nacional de Salud, el cual en el párrafo quinto de su Exposición de Motivos expresa que “*Con la presente Ley, se procede a dar nueva redacción al artículo único del mencionado Real Decreto-ley, transformado ahora en Ley sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema*

---

<sup>679</sup> FERNÁNDEZ PASTRANA, José María; *El Servicio Público de la Sanidad: El marco Constitucional...*; *op. cit.*, p.105-106.

<sup>680</sup> *Ibidem*, p.32.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

*Nacional de Salud. En esta ley se establece que la gestión de los centros y servicios sanitarios y socio sanitarios puede llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho; entre otras formas jurídicas, la presente disposición ampara la gestión a través de entes interpuestos dotados de personalidad jurídica, tales como empresas públicas, consorcios o fundaciones – en los mismo términos a las ya creadas- u otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en nuestro ordenamiento jurídico.”*

También el párrafo octavo de la misma exposición de motivos señala que “La presente norma, en línea con el espíritu del Real decreto-ley 10/1996, que viene a sustituir, debe constituir un importante instrumento de flexibilización y autonomía en la gestión sanitaria, necesidad ineludible de la actual organización pública, con vistas a mejorar la eficacia del Sistema nacional de Salud, cuya consolidación y modernización es objetivo prioritario de nuestra sociedad”.

Un artículo sustancial y que marca el desenvolvimiento de la gestión sanitaria como un servicio público del Real Decreto-Ley, lo constituye el artículo primero que señala que “En el ámbito del Sistema nacional de Salud, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud, o de atención sanitaria o socio-sanitaria podrá llevarse a cabo, directamente o indirectamente a través de la Constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho.”

En lo que respecta a las formas de gestión del servicio sanitario, la Ley General de Sanidad, no se ha proclamado en un sentido expreso de la forma en cómo ha de llevarse a cabo el funcionamiento y prestación de los servicios públicos sanitarios. No obstante, en el apartado segundo de su artículo 56 ha establecido un sistema de gestión unitario respecto de todos los centros y establecimientos del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma, ello se llevará a cabo a través de las correspondientes Áreas de Salud, las cuales se constituyen como estructuras fundamentales del sistema sanitario “responsabilizadas de la



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

gestión unitaria de los centros y establecimientos del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma en su demarcación territorial y de las prestaciones sanitarias y programas sanitarios a desarrollar por ellos”. Sin embargo hemos de anotar que esta gestión unitaria integra, no sólo los centros y establecimientos públicos es decir de titularidad estatal, autonómica, local o de otras entidades públicas, sino también los privados, los cuales estarían vinculados a la red pública en virtud de los correspondientes convenios o conciertos que prescribe la misma Ley general de Sanidad<sup>681</sup>.

La Ley General de Sanidad no prejuzga como han de llevarse a cabo la organización de las prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos, y ello se explica porque la organización de las prestaciones sanitarias de cada Servicio de Salud depende de la Comunidad Autónoma respectiva, todo ello en virtud de su potestad de auto organización de los servicios que tiene a su cargo tal como lo prescribe el artículo 42 de la ley en mención.

Por tanto, en virtud de lo que prescribe la Ley General de Sanidad, se puede decir que ella permite la utilización de cualesquiera de las formas de gestión que son admitidas con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico, y se han admitido hoy en día en el ámbito sanitario, aquellas nuevas formas de gestión, que han generado dentro del mundo del Derecho Administrativo aquello que se conoce como “la huida el Derecho administrativo” o lo que se conoce como la utilización del Derecho Privado por entes que cumplen funciones administrativas<sup>682</sup>.

### **IV.9) Marco normativo constitucional y legal del derecho a la protección de la salud de los extranjeros inmigrantes**

El análisis del derecho a la protección de la Salud de los extranjeros inmigrantes, no es un tema que pueda deslindarse con facilidad. Implica en primer

---

<sup>681</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica; *Formas de Gestión de la Sanidad Pública en España*, Editorial la Ley, Madrid 2006, p.55.

<sup>682</sup> *Ibidem*, p.56.

lugar tener en cuenta la normativa constitucional referente al derecho a la protección de la salud, que en el caso concreto que interesa, nos referimos al ya tratado artículo 43 de la CE. En segundo lugar, se hace necesario conectar este precepto constitucional referente a los derechos que tienen los extranjeros en España establecido en el artículo 13 de la Constitución española con el correspondiente artículo que regula el derecho a la protección de la salud. Así se hace preciso tener en cuenta el apartado 1 del artículo 13, el cual nos hace referencia sobre la existencia de determinadas normas de desarrollo constitucional<sup>683</sup> que nos ayudan e influyen en el debido desarrollo de este derecho. Nos estamos refiriendo obviamente a las leyes internas de desarrollo del referido derecho. Tampoco debemos olvidar dentro de este análisis, las grandes declaraciones internacionales, tratados y acuerdos que se hayan efectuado en desarrollo del derecho a la protección de la salud, así como también la respectiva normativa europea existente sobre el tema, pues ésta resulta importante conjuntamente con las declaraciones internacionales. No obstante, ha de tomarse en cuenta en este sentido el carácter de principio rector que presenta el derecho a la protección de la salud.

#### **IV.10) Conexión constitucional del derecho a la protección de la salud y la Extranjería**

Ya hemos visto como la Constitución Española ha establecido como precepto nuclear del derecho de extranjería al artículo 13. Efectivamente el artículo 13 de la CE se convierte en el precepto fundamental a tener en cuenta cuando se pretende abordar la regulación de los derechos de los extranjeros en España, derechos que pueden ser fundamentales o más bien reconocidos como principios rectores.

También en el caso del derecho a la protección de la salud resulta necesario tomar en cuenta la reserva establecida en el segundo apartado del artículo 13, es decir que para el correcto reconocimiento del derecho a la protección de la salud, este

---

<sup>683</sup> El artículo 13.1, prescribe 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.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

debe de realizarse *“en los términos que establezcan los tratados y la ley”*. De esta forma, teniendo en cuenta la reserva que prescribe el artículo 13, debe tomarse en cuenta una vez más la sentencia N° 107/1984 del Tribunal Constitucional. Teniendo en cuenta las tres categorías de derechos que el tribunal ha establecido, es decir los derechos que corresponden por igual a los españoles y extranjeros, los derechos que no pertenecen a los extranjeros y finalmente los derechos que corresponden a los extranjeros según de lo que disponen los tratados y las leyes, se desprende que el derecho a la protección de la salud se encuentra configurado dentro de la tercera categoría, es decir dentro de los denominados derechos de configuración legal específicamente dentro de los derechos contemplados en el Capítulo III del Título I de la Constitución Española al ser considerado por dicho texto como un principio rector.

Por otra parte, parece fuera de toda duda la enorme importancia que representa el contenido del apartado 1 del artículo 10, puesto que dicho precepto consagra la idea de unos derechos inviolables, que son inherentes a la persona en razón de su dignidad, proclamando así mismo el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, los cuales como refiere el apartado serán el fundamento del orden político y de la paz social. De esta manera, al proclamar unos derechos inherentes, no cabría hacer una distinción entre nacionales y extranjeros. Y es sobre la base a esta declaración que podemos relacionar una vez más dicho artículo no sólo con lo establecido por el artículo 13, sino también con todo lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución Española.

Evidentemente, resulta trascendental la relación que podemos encontrar entre estos tres artículos, puesto que tanto el artículo 10 como el artículo 13 constituyen los principales preceptos, después del artículo 43, que debemos tomar en cuenta en el estudio del derecho a la protección de la salud de los extranjeros inmigrantes. Más aun si tenemos en cuenta que al remitirnos a la declaración universal y a los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos nos estamos acercando cada vez más a una efectiva igualdad de derechos entre nacionales españoles y los extranjeros.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

No debe olvidarse en este punto que la normativa internacional sobre derechos humanos ha superado, ya hace décadas, esta distinción y ha proclamado la existencia de un conjunto de derechos cuya titularidad se predica de todo ser humano, creando lo que se ha venido a calificar como estándar mínimo internacional del derecho<sup>684</sup>.

De esta manera, si tomamos en cuenta lo expuesto, podremos decir que el derecho a la salud, al ser un derecho predicable de todo ser humano se ha constituido así, en un derecho tanto para nacionales como para los extranjeros. Ahora bien, si tenemos en cuenta el término “libertades públicas” que contienen inserto el apartado primero del artículo 13 de la Actual carta Magna, podemos decir que en este punto nos encontramos con un precepto impreciso, que al parecer genera complicaciones al tratar de abordar el derecho a la protección de la salud como un derecho. Dicha imprecisión es generada al producirse una igual consideración entre los términos libertad pública y “derecho”; sin embargo a pesar de la aparente complicación, la doctrina ha seguido la línea de lo ya establecido en el Anteproyecto Constitucional adoptando el término de libertades públicas con un sentido amplio.

Como cabe recordar que el capítulo segundo del Anteproyecto Constitucional englobaba todos los derechos fundamentales con el título específico de “las libertades públicas”. Teniendo en cuenta la consideración ya efectuada cabe precisar que la actual interpretación que realiza la doctrina en su mayoría es el de un ámbito omnicomprensivo de la totalidad de los derechos y libertades públicas contenidas en todo lo amplio de la Constitución y no únicamente de aquellos artículos regulados por el Capítulo segundo del título I de la Constitución<sup>685</sup>.

---

<sup>684</sup> VIDAL FUEYO, María del Camino, *Constitución y extranjería*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, p. 70.

<sup>685</sup> SAGARRA I TRIAS, Eduard, *op.cit*, p. 42.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

De esta forma, en la STC 107/1984, de 23 de noviembre, se puso de manifiesto que el término “libertades públicas” no tiene obviamente un significado restrictivo y que, por tanto, el disfrute de los derechos y libertades del Título I de la Constitución: “Se efectuará en la medida que determinen los tratados internacionales y la ley interna, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependen por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o de la ley<sup>686</sup>. No obstante el Tribunal Constitucional aclara que esta previsión no podrá significar una desconstitucionalización de los derechos reconocidos a los extranjeros, sino que más bien significa que se ha efectuado su reconocimiento con arreglo a una configuración legal. De esta forma señala que “la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que le atribuyen los tratados y la ley, sino que más bien gozarán de las libertades que garantiza el Título I en los términos que establezcan los tratados y la ley. De este modo los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por lo tanto dotados de la protección constitucional”, siendo todos ellos “derechos de configuración legal”, configuración legal que conectada con el artículo 9.2 podrá prescindir de la nacionalidad o ciudadanía del titular, “produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros”.

Siguiendo el mismo sentido la STC 115/1987, de 7 de julio, suscrita por una parte de los magistrados considera que el razonamiento adoptado por la mayoría llena de vacío el contenido de dicho precepto, pues si se reduce su significado a la habilitación al legislador para poder modular o regular indistintamente los derechos fundamentales y libertades públicas de los nacionales ( en relación con los extranjeros, ello sin traspasar el contenido esencial de dichos preceptos), el precepto resultaría superfluo, ya que tal posibilidad se deduciría “a contrario del artículo 14 CE, la cual refiere solo a los españoles el principio de igualdad en el contenido de la ley<sup>687</sup>”.

---

<sup>686</sup> STC de 23 de noviembre de 1984.

<sup>687</sup> VIDAL FUEYO, María del Camino; *Constitución y ...*, op. cit; p. 80.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Por otro lado y en lo que respecta al derecho a la protección de la salud de los extranjeros se refiere el Tribunal Constitucional ha suscrito que “ (...) *tanto el mantenimiento del sistema público de la Seguridad Social (artículo 41 CE) y, consecuentemente, la obligación de los poderes públicos de organizarla y tutelarla mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios (artículo 43 CE) se contienen en el título I del texto constitucional, lo que permite establecer la relación entre ellos y la previsión ya mencionada del artículo 13.1 CE, deduciéndose el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes.*” <sup>688</sup>

Abordando nuevamente el ámbito de la dignidad humana en cuanto factor fundamental del reconocimiento de los derechos de los extranjeros inmigrantes, hemos de resaltar que constituyendo la dignidad un valor fundamental del Ordenamiento Constitucional, en cuanto raíz y núcleo fundamental de los derechos y principios rectores a ella inherentes, podemos decir entonces que ésta se constituye en un elemento esencial a tomar en cuenta en el reconocimiento del derecho a la protección de la salud de los extranjeros inmigrantes. Efectivamente, ello se deriva del análisis efectuado en la normativa correspondiente al derecho a la protección de la salud (artículo 43.1) y al del derecho de extranjería (artículo 13.1), la cual tomará como base para su desarrollo y ejecución este valor superior de la dignidad de la persona. Reconocida la dignidad común de todos los seres humanos, es decir de todas las personas, se llega entonces a establecer que el extranjero, sea o no un inmigrante, tiene por su condición de ser humano un derecho a la protección de la Salud; todo ello al margen de su nacionalidad, condición jurídica, situación social o económica. Así pues, nos encontramos con que la dignidad de la persona humana trasciende espacios territoriales e implica un amplio respeto no solo por todos los ciudadanos de un Estado determinado sino también por los extranjeros sean éstos inmigrantes o no. En este sentido la doctrina es inequívoca al establecer que todos los derechos que son imprescindibles para garantizar la dignidad humana han de corresponder por igual

---

<sup>688</sup> STC 95/2000, de 10 de abril.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

tanto a los españoles como a los extranjeros, debiendo ser por lo tanto su ordenación normativa idéntica para unos y para otros<sup>689</sup>.

Aunados a este valor fundamental de la dignidad humana también nos encontramos con el derecho a la vida y el derecho a la integridad física de la persona como derechos estrechamente relacionados con el derecho a la protección de la salud, los cuales de acuerdo a su condición de derechos fundamentales implicarán a su vez el reconocimiento del derecho a la protección de la salud. Dichos artículos han explicado la actual tendencia hacia la universalización de la prestación de la asistencia sanitaria, provocando a su vez la paulatina desaparición del viejo concepto de aseguramiento frente a la enfermedad. De esta forma, nos encontramos con unos derechos fundamentales que vienen a configurarse también como uno de los pilares fundamentales del desarrollo del principio rector del derecho a la protección de la salud, pues solamente con una debida protección de la salud estaremos garantizando los derechos esenciales y fundamentales del derecho a la vida y el derecho a la integridad física. Y siendo dichos derechos predicables de toda persona humana, tal como lo prescribe el artículo 15 de la CE, también se convierte en elementos esenciales para el reconocimiento del derecho a la protección de la salud de los extranjeros inmigrantes.

### **IV.11) Marco normativo legal nacional**

#### **IV.11.1) El derecho a la protección de la salud de los extranjeros en la Ley General de Sanidad**

En cuanto a la protección de la Salud de los extranjeros inmigrantes la Ley General de Sanidad se presenta con un claro sentido universal. Este sentido se demuestra no sólo con el inciso segundo del artículo primero que declarara la titularidad del derecho a la protección de la salud de los españoles y los

---

<sup>689</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco., "Igualdad en dignidad y titularidad de derechos", *La Dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos de Rivista di Scienze Giuridiche*, Universidad Católica del Sacro Cuore, N° 2, Anno L, maggio-agosto, Milano, 2003, p.224.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en territorio español sino que también a través del artículo tercero del mismo precepto legal. De esta forma, el inciso tercero del artículo primero expresa que “los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional tendrán garantizado tal derecho en la forma en que las leyes y convenios internacionales establezcan”.

Ahora bien, de lo expresado en estos dos artículos, se deduce que la Ley general de Sanidad ha efectuado una clasificación respecto al ámbito de protección de la salud y atención sanitaria que deben de recibir los extranjeros de acuerdo a su condición de residencia o no residencia dentro del país; de esta forma como ya hemos visto, alberga dentro del apartado segundo a todos aquellos extranjeros que están en condición de residentes en el Estado español, comprendiendo en su inciso tercero todos aquellos que no ostentan la condición de residentes. Y respecto a este último inciso que cabe hacer mención como Convenio Internacional vinculante aquello que proclama el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el apartado primero de su artículo 12, “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Pero es precisamente en la Ley Orgánica de extranjería 4/2000 donde se va a llegar a precisar la forma y la extensión en que dichos estados parte han de garantizar este derecho, siempre y cuando claro está se encuentre el extranjero en territorio español.

Junto a dicho reconocimiento debemos de tener en cuenta sin embargo, una nítida limitación efectuada hacia los extranjeros por la Ley General de Sanidad. Dicha limitación la realiza en el apartado segundo de su artículo tercero al exponer que “la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española”. De lo expuesto hasta aquí no cabe duda de que la ley en este punto también realiza una clara distinción de la titularidad de la protección de la salud con respecto al acceso a la correspondiente asistencia sanitaria pública española.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Dicha distinción ha sido interpretada por APARICIO TOVAR<sup>690</sup>, como la existencia de dos títulos jurídicos distintos para el acceso a las prestaciones sanitarias, rompiéndose así como también señala RAMOS QUINTANA<sup>691</sup> con la cobertura de la asistencia sanitaria universal.

De esta forma según sostiene MARTÍN DELGADO<sup>692</sup>, la titularidad del derecho a la protección de la salud correspondería a todos los ciudadanos españoles y extranjeros, mientras que el derecho a la asistencia sanitaria, en principio quedaría limitado a los españoles salvo claro está, que se trate de extranjeros afiliados al sistema de Seguridad Social.

### **IV.11.2) Ley General de Seguridad Social**

El contenido de desarrollo de esta Ley encuentra su fundamento en aquello que dispone el artículo 41 de la CE, la cual señala 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, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”. En virtud de dicho artículo el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en adelante Ley general de Seguridad Social ha desarrollado un régimen que pretende cubrir la asistencia sanitaria pública como una de las prestaciones sociales que pretende garantizar, pues no debemos de olvidar que dicha asistencia sanitaria viene siendo una realización de los servicios sanitarios de la Seguridad Social.

Si bien es cierto que el desarrollo del derecho a la protección de la salud se ha efectuado a través del tiempo teniendo en cuenta una población aparentemente uniforme y nacional, hoy en día sin embargo la situación ha variado y toma otro alcance y matiz con la nueva presencia de extranjeros inmigrantes, los cuales

---

<sup>690</sup> APARICIO TOVAR, *La Seguridad Social y la Protección de la salud*, Editorial Civitas, Madrid, 1989, p.217 y ss.

<sup>691</sup> RAMOS QUINTANA, “Derechos de los trabajadores extranjeros”, *Revista española de Derecho del Trabajo* N°86, 1997; p.885.

<sup>692</sup> MARTÍN DELGADO, Isaac, “La Asistencia sanitaria de los extranjeros en España”, *Revista Derecho y Salud*, Volumen 10, N°2; Julio –Diciembre, Navarra, 2002, p.204.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

vienen a adherirse a la nueva sociedad y se convierten por lo tanto en nuevos sujetos pasivos del régimen de asistencia sanitario español.

Es ante esta nueva contingencia cuando el sistema sanitario se ve desbordado y se ve obligado ante tal situación a tomar medidas necesarias para poder hacer frente a las nuevas necesidades que dichos nuevos grupos poblacionales requieren. Prueba de la regulación efectuada en este sentido lo tenemos en el artículo 7.5 de la LGSS del año de 1966, la cual disponía que “Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan y se encuentren legalmente en el territorio español se equiparan a los españoles a efectos de lo dispuesto en el presente artículo con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que se disponga en los tratados y convenios, acuerdos y instrumentos ratificados suscritos y aprobados al efecto o a cuanto les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida. Estarán comprendidos en el sistema de seguridad social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva”.

Evidentemente se ejercía con dicha disposición un innegable trato favorable respecto a los grupos de extranjeros que se encontraban en España, resultando ser en este caso los latinoamericanos el grupo más beneficiado por contraposición al resto de grupos de extranjeros. Posteriormente y ante las sucesivas reformas efectuadas dicho privilegio se vio aminorado y reducido y limitado a las prestaciones no contributivas cuya concesión se siguió condicionando para su obtención al resto de extranjeros europeos extracomunitarios y africanos a razón de que se efectuase la prueba de la reciprocidad. Toda esta situación cambió sin embargo con la expedición de la nueva

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Ley de extranjería la cual vino a modificar la situación anterior existente para llegar a establecer la igualdad de todos los extranjeros para poder disponer del acceso a las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social<sup>693</sup>.

La regulación de derechos que contiene la LGSS no se caracteriza por ser expresamente limitativa. Si bien es cierto que el criterio de la nacionalidad tiene influencia importante en cuanto al goce de beneficios que otorga la Seguridad Social, no podemos decir por ello que dicho criterio sea definitivo, esto por cuanto la nacionalidad según la ley en referencia no constituye el único e imprescindible requisito para acceder al Sistema Público de la Seguridad Social. Todo esto se deduce como ya dijimos, de la regulación prevista por la LGSS, el cual proclama en su artículo 2.2 el criterio de la universalidad del sistema, este criterio viene pues a matizar el tenor del artículo 1 de la LGSS, que hacia la referencia a los españoles como los titulares del derecho a la Seguridad Social; de esta forma el artículo 2.2 viene a introducir un criterio universal y general del reconocimiento del derecho a la seguridad social, como un derecho que corresponde a todas las personas aunque deja a entender por otro lado, que la universalidad subjetiva que proclama es más una aspiración que una realidad; pues también enuncia, en su artículo 2, una cierta limitación en el campo de aplicación del Sistema, supeditando la incardinación en el Sistema, de acuerdo al cumplimiento de unos requisitos que deben cumplirse ya sea tanto para la modalidad contributiva como para la no contributiva<sup>694</sup>.

Importa advertir por otro lado que la situación regular en la que se encuentran los estudiantes extranjeros en España, no ha sido considerada dentro de la problemática que conlleva el ser extranjero inmigrante, pues se supone que dicha condición resulta ser temporal y que por tal motivo no debe de incluirse su protección dentro del grupo de extranjeros que se encuentran ya sea con permiso de residencia o los que se encuentran en situación irregular. Dicha condición legal

---

<sup>693</sup> GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo, "Los inmigrantes iberoamericanos y su seguridad social", *Revista Foro de Seguridad social*, N° 4, junio 2001, p.1.

<sup>694</sup> RODRÍGUEZ CARDO, Antonio, *Ámbito subjetivo del Sistema Español de Seguridad Social*, I Ed, VV.AA, GARCÍA MURCIA, Joaquín (prologo), Thompson, Aranzadi, Navarra, 2006, p.185.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

pero evidente no equivalente a la condición de residente ha generado que su asistencia sanitaria no sea prevista por el Sistema Nacional de Salud, requiriéndose para tal protección la existencia de seguros privados al que puedan tener acceso dicho colectivo. Por otro lado la condición de estudiante que pueda poseer el extranjero no le imposibilita para ejercer determinadas actividades remuneradas, esto según de lo que se desprende del artículo 33 de la LOE, con lo cual en tal caso el estudiante extranjero queda incluido en el Sistema de Seguridad Social que comprende el Estado español.

Es a través de la disposición expuesta por el apartado primero del artículo siete de la Ley general de Seguridad Social donde se hace mención a la afiliación de los extranjeros, de esta forma se señala que *“estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:*

- 1) Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (...) y*
- 2) Trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas o familiares, (...), que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen reglamentariamente”.*

De la regulación efectuada por la LGSS, se observa que se ha efectuado una igualdad de trato con respecto a los extranjeros comunitarios y los extracomunitarios, se han reducido de esta forma las exigencias formales a una básica condición, no haber entrado o no permanecer ilegalmente en el territorio español<sup>695</sup>.

En virtud de dicho artículo y del reconocimiento que la Constitución ampara, la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000 ha desarrollado en su artículo 10.1

---

<sup>695</sup> DE LA VILLA GIL; *La protección de los extranjeros, especialmente en el sistema...op. cit.*, p.8.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

señalando que “los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente”. Conjuntamente a lo regulado por este artículo también encontramos en el apartado primero del artículo 14 una clara mención respecto a este derecho, así señala que “los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”.

Pero es en el apartado primero del artículo 38 de la Ley General de Seguridad Social donde se señala a la asistencia sanitaria como un sistema de protección que otorga el Sistema de Seguridad Social, de esta forma dispone, que la asistencia sanitaria se efectuará en los casos de “maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo”. Dicha proclamación es completada con el artículo 98.1 del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social, Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, el cual señala que “La asistencia sanitaria del Régimen General de la Seguridad Social, tiene por objeto la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar y restablecer la salud, de los beneficiarios de dicho régimen, así como su aptitud para el trabajo”.

A través de las disposiciones expuestas por Ley General de Seguridad Social, hemos de reconocer que en dicho cuerpo legal no se ha efectuado un efectivo reconocimiento universal de la asistencia sanitaria, pues dicha ley se ha limitado a reconocer la asistencia sanitaria efectiva a todas aquellas personas que pudieran ostentar la condición de afiliados al Sistema de Seguridad Social, sin dejar de lado el reconocimiento que dicha ley otorgaba exclusivamente a ciertos beneficiarios en la modalidad de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social. Dicha situación ha dado un giro, con la promulgación de la Ley de Extranjería 4/2000 puesto que dicha ley que vino a reformar el alcance del derecho a la asistencia sanitaria ampliándose el marco de protección sanitaria, de esta forma se ha evolucionado de un sistema en el que se requería la vinculación de los beneficiarios de la asistencia a cualquiera de los distintos regímenes de

protección de la seguridad social hasta actualmente hoy poder hablar de un sistema basado en la idea de un servicio público que actualmente abarca no solo a los nacionales y los trabajadores extranjeros sino que más bien amplia su ámbito de protección hacia toda la población<sup>696</sup> existente dentro del Estado, ello claro está tomando siempre en cuenta la regulación efectuada por la Ley de extranjería con respecto a aquellos extranjeros que se encuentran en situación de irregularidad.

De este modo se observa que se ha ampliado el ámbito subjetivo de cobertura de la asistencia sanitaria comprendiendo no solo pues a los nacionales sino también a la población extranjera inmigrante que existe en España, todo ello con independencia de la condición de trabajador que posea el extranjero.

**IV.11.3) La ley 16/2003, de 28 de mayo, Ley de Cohesión y Calidad del Sistema nacional de Salud**

La Ley de Cohesión y Calidad 16/2003, de 28 de mayo, prescribe la titularidad respecto al sistema de asistencia sanitaria que se posee dentro del territorio español, incluyendo también de esta forma a los extranjeros inmigrantes dentro de su ámbito subjetivo<sup>697</sup>. De esta forma el apartado primero del artículo 3 reconoce como titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria a todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, mientras que por otro el apartado tercero resalta la labor de las Administraciones públicas en materia de salud para que se incorporen las medidas activas correspondientes para que se impida la discriminación por razones culturales, lingüísticas, religiosas o sociales que puedan dificultar el acceso efectivo a las prestaciones de salud.

---

<sup>696</sup> PEMAN GAVÍN, Juan María; *Asistencia sanitaria y sistema nacional de salud, op. cit.*, p.3.

<sup>697</sup> CABEZA PEREIRO, Jaime, "Protección social de las personas extranjeras en España", *Tratamiento jurídico de la Inmigración*, VV.AA, MENDOZA NAVAS, Natividad (coord.), Bomarzo, Albacete, 2008, p.278.

**IV.11.4) La Ley Orgánica de Extranjería**

Expuestos ya anteriormente los rasgos más significativos del desarrollo de la ley de extranjería, hemos de señalar que en lo que se refiere a la configuración legal del derecho a la protección de la salud de los extranjeros inmigrantes, se ha producido una evolución de este derecho a partir del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 7/1985<sup>698</sup>, el Real Decreto 155/1996<sup>699</sup>, de 2 de febrero, dicho reglamento fue posteriormente ampliado por la nueva Ley de Extranjería 4/2000, reformada por la ley 8/2000, cuyo régimen jurídico ha sido establecido por la Ley General de Sanidad y por la Ley General de Seguridad Social aprobada por el Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

El marco protector del derecho a la protección de la salud de los extranjeros inmigrantes que no se encuentran vinculados directamente con el Régimen de la Seguridad Social está regulado por el artículo 12 de la nueva 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; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal, el cual señala:

1) *Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.*

---

<sup>698</sup> La Ley Orgánica de Extranjería 7/1985 establecía en su artículo en el apartado primero de su artículo cuatro que “Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidas en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos”. De esta forma reconoció a lo largo de su articulado derechos como el de la educación, asociación, sindicación, reunión, libre circulación, entre otros, pero sin embargo omitió efectuar una regulación específica respecto al derecho a la protección de la salud.

<sup>699</sup> El Reglamento de la Ley de extranjería, el Real Decreto Legislativo 1/1994 significó un avance que en cuanto a los derechos de asistencia sanitaria se obtuvo. Así podemos observar que el artículo 8 dispuso que “los extranjeros tendrán acceso a la asistencia y prestaciones sociales ante las situaciones de necesidad, especialmente en el caso de desempleo, conforme a lo que se establezca en la normativa reguladora, fundamentalmente la relativa al Sistema de la Seguridad Social”. Asimismo el artículo 9 expresa que “Los extranjeros podrán acceder a las prestaciones y servicios organizados por los poderes públicos para la protección de la salud, de acuerdo con lo dispuesto por la legislación específica sobre la materia”.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

2) *Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea la causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica*

3) *Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.*

4) *Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y posparto.*

Importa advertir en este punto que la asistencia sanitaria constituye, al igual que sucede con los llamados servicios sociales, una de las prestaciones que el Estado debe garantizar a los extranjeros a través de la Seguridad Social, prestaciones que también la Ley de Extranjería desarrolla en sus artículos 10.1 y 14.1, y es exactamente en éste último artículo donde es posible observar una vez más la notoria regulación diferenciada que ha previsto la Ley con respecto a lo que la Asistencia Sanitaria y Seguridad Social se refiere, pues es precisamente el artículo 14 y no el artículo 12, el que regula en sus apartados dos y tres los servicios sociales.

Expuesto lo anterior, cabe resaltar como señala RUEDA VALDIVIA<sup>700</sup>, que los artículos 12, 14.2 y 3 presentan un carácter residual, quedando reservada su aplicación para las personas que no reúnan los requisitos exigidos para poder percibir la asistencia sanitaria o los servicios sociales como beneficiarios de la Seguridad Social, ya sea en su modalidad contributiva como trabajadores, familiares de estos y asimilados o como no contributivos es decir residentes con insuficiencia de recursos económicos. De esta forma, el artículo 12 regula las situaciones sanitarias de las personas extranjeras que se encuentran fuera del sistema de la Seguridad Social, cualquiera que sea su situación regular o irregular. Sin embargo el artículo no contempla un tratamiento homogéneo en cuanto al reconocimiento de la asistencia sanitaria pues establece cuatro diferentes niveles de cobertura en atención a criterios subjetivos relativos a la situación

---

<sup>700</sup> RUEDA VALDIVIA, Ricardo; “Artículo 12.Derecho a la Asistencia sanitaria”, *Comentarios a la ley de Extranjería*; editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

personal del extranjero, ya sea por su situación jurídico administrativa como el empadronamiento del extranjero en el municipio en el que reside habitualmente, o su no empadronamiento por parte de los inmigrantes no inscritos en relación con la asistencia sanitaria pública de urgencias o también por su condición personal es decir si se trata de un menor de edad o de una mujer embarazada. En estos cuatro niveles se dará un reconocimiento a la asistencia sanitaria conforme lo prescribe el artículo 3.1 de la Ley orgánica de extranjería cuando proclama que “los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general se entenderá, que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”.

En este punto cabe resaltar, aunque no lo menciona el artículo 12 en cuestión, la existencia de un conjunto de extranjeros que se han hecho acreedores también del servicio de la asistencia sanitaria. Por un lado nos encontramos con los extranjeros que se encuentran afiliados al Sistema de la Seguridad Social, y que por lo tanto poseen el disfrute de la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que los españoles y por otro lado están los extranjeros que, a pesar de estar inscritos no pueden acreditar una insuficiencia de recursos y que por lo tanto quedarían excluidos de la titularidad del derecho, pudiendo acceder a los servicios sanitarios en calidad de usuarios privados<sup>701</sup>.

Ciertamente no cabe duda de que la legislación respecto de los derechos a la protección de la salud y los derechos de la Seguridad Social, se encuentran ya disociados, esta situación ha generado como ya hemos visto, que se puedan reconocer en la actualidad derechos sanitarios a los extranjeros independientemente de su condición administrativa o de la consideración de trabajador que éste pueda tener; dicho avance no constituye sin embargo la exclusión definitiva de este grupo de extranjeros inmigrantes dentro de los límites de alcance de legislación de la Seguridad Social, comprendiendo el citado sistema

---

<sup>701</sup> MARTÍN DELGADO, Isaac, La Asistencia sanitaria de los Extranjeros en España...”, *op.cit*, p.205.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

aun hoy en día, la regulación de determinadas prestaciones a los cuales tiene derecho los extranjeros en virtud de su condición de residentes o trabajadores dentro del territorio español.

Tal es así, que en virtud de las prestaciones de la Seguridad Social a los cuales el extranjero inmigrante tiene derecho, cabe resaltar el reconocimiento que efectúa el artículo 14 de la ley Orgánica de extranjería, el cual establece que :

- 1) *Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios que de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles.*
- 2) *Los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles.*
- 3) *Los extranjeros cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.*

Evidentemente del reconocimiento efectuado por el artículo 14 se desprende que se ha realizado un reconocimiento expreso respecto de los primeros dos apartados a favor de los extranjeros residentes en España, mientras que por otro lado en lo que se refiere al apartado tercero se observa el reconocimiento que se efectúa a favor de los extranjeros sin tener en cuenta su situación administrativa,<sup>702</sup> es decir, que no se tiene en cuenta la situación de residencia que pueda poseer el extranjero inmigrante en España.

Ahora bien, y en virtud del reconocimiento efectuado por la LGSS a través de su artículo 7, al que ya hicimos referencia anteriormente y con el fin de poder establecer las prestaciones a las cuales tienen derecho los extranjeros inmigrantes, resulta necesario distinguir entre las dos modalidades que comprende la Seguridad Social; nos estamos refiriendo a la modalidad contributiva y a la no contributiva.

---

<sup>702</sup> ABARCA JUNCO, Ana; *Inmigración y Extranjería*, Colex, Madrid, 2008, p.30.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Según lo que prescribe el artículo 7.1 de la LGSS, se observa que los beneficiarios de la modalidad contributiva de la Seguridad Social resultan ser todos aquellos extranjeros que residan o que se encuentren legalmente dentro del territorio español, reconocimiento que se cumple claro está cuando aquellos extranjeros ejerzan su actividad dentro del territorio nacional español.

En lo que se refiere a la modalidad no contributiva, según lo que establece el artículo 7.3 de la LGSS, se reconoce que “estarán comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad no contributiva, todos los españoles residentes en el territorio nacional” por otro lado y como ya vimos anteriormente el artículo 7.5 reconocía en su apartado 3 el derecho a las prestaciones no contributivas solo a los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en el territorio español a los cuales los equiparaba con los españoles, reconociendo que el resto de personas se estaría a lo dispuesto en los tratados, convenios, acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o cuanto les fuera aplicable en virtud de la reciprocidad tácita o expresamente reconocida.

Resulta interesante constatar que del anterior reconocimiento efectuado por la LGSS se hacía imprescindible para el reconocimiento de los derechos a los extranjeros la existencia previa de un cierto criterio de reciprocidad, limitándose de esta forma el reconocimiento de los derechos a la totalidad de los extranjeros.

Contrario al reconocimiento prescrito por la LGSS, la LOE ha venido a superar el criterio de reciprocidad, ya que la reciprocidad se ha convertido con el paso del tiempo, en un límite para el adecuado funcionamiento de los sistemas de seguridad<sup>703</sup>. La existencia de diferencias entre los diversos sistemas de seguridad social justifica la eliminación del criterio de reciprocidad, por cuanto aquella resulta ser estructuralmente deficiente y ya no encuentra su razón de ser en los límites funcionales del principio de solidaridad<sup>704</sup>.

---

<sup>703</sup> RODRÍGUEZ CARDO, Antonio, *op.cit*, p.178.

<sup>704</sup> VALVERDE, Martín, “El concepto de trabajador por cuenta ajena en el derecho individual del trabajo y en el derecho de la Seguridad Social”, *Revista de Política Social*, Nº 71, Valencia, 1966, p.83.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

La situación del extranjero se veía pues perjudicada aunque no por ello recibía menos protección, al producir el criterio de reciprocidad situaciones de trato igualitario o desigual que por efecto reflejo no resultaban muy favorables para el extranjero. En este sentido se tomaba en cuenta pues las deficiencias de los instrumentos públicos de protección social de su país de origen los cuales le acompañaban al extranjero, limitando correlativamente la intensidad de la cobertura que le habría de dispensar el sistema español. De esta forma el criterio de reciprocidad se convertía en un criterio delimitador de la intensidad de la acción protectora, y no de configuración del ámbito subjetivo del sistema, de este modo el extranjero se encontraba formalmente incluido en el campo de aplicación, pero solo podía causar las prestaciones que su ordenamiento reconocía a los españoles, con lo cual propiciaba incorporaciones potencialmente vacías de contenido. Toda esta situación vino a ser reformada por la Ley Orgánica de Extranjería 14/2003, de reforma de la LO 4/2000, produciéndose la desaparición del criterio de reciprocidad, todo ello por evidentes razones de justicia social<sup>705</sup>.

Por otro lado, cabe destacar la modificación efectuada del artículo 7 de la LGSS, la cual fue llevada a cabo a través del artículo 91 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y el orden Social y también por la Ley de Acompañamiento, Ley 66/1997. Las remitidas leyes vinieron a propiciar el reforzamiento de la universalidad del sistema<sup>706</sup> y por otro lado, vinieron a eliminar las ventajas con las que habían contado algunos colectivos de extranjeros en relación a su especial vínculo con España<sup>707</sup>.

Pero es en virtud de la nueva regulación que establece la LOE, Ley 14/2003, cuando se produce la ampliación de los derechos que poseen los extranjeros con relación a la Seguridad Social, y la reducción por otro lado de la ciudadanía, la cual “carece en principio de relevancia”<sup>708</sup>. De esta forma la Ley Orgánica de

---

<sup>705</sup> RODRIGUEZ PIÑERO Miguel y Otros, El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios en AAVV, *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003, p.75.

<sup>706</sup> TORTUERO PLAZA, “Artículo 7”, VV.AA, MORENEO y MORENO VIDA (Dirs), *Comentario a la Ley general de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, p.147.

<sup>707</sup> RODRÍGUEZ CARDO, *op. cit.*, p.185.

<sup>708</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel y Otro; *Principios de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante, Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, N° 8, 2001, p.3.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Extranjería viene a desplazar el criterio de reciprocidad contemplado por el artículo 7.5 de la LGSS y amplía el ámbito de titularidad de los derechos que tienen los extranjeros inmigrantes en España, eso claro está, en lo que respecta a los derechos a las prestaciones que en la modalidad no contributiva poseen los extranjeros inmigrantes.

Por lo que se refiere a la modalidad contributiva, los trabajadores extranjeros también tienen reconocido el acceso al Sistema de Seguridad Social dependiendo a su vez dicho reconocimiento de que éstos desarrollen una de las actividades contempladas en el artículo 7.1 de la LGSS, ello en función del reconocimiento efectuado también por el artículo 10 de la LOE. En lo que se refiere al grupo de extranjeros que son residentes pero que no tienen trabajo ni cotizan a la Seguridad Social y que su nivel de renta anual se sitúe por debajo del Salario Mínimo Interprofesional también tendrán derecho a la asistencia sanitaria gratuita y a las prestaciones que el Régimen General de Seguridad Social contemple, esto se desprende de lo regulado por el artículo 2 del real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes: “la asistencia sanitaria de la Seguridad Social reconocida por este Real Decreto tendrá idéntica extensión, contenido y régimen que la prevista en el régimen general de la misma”. De no seguirse la regulación establecida se prevé que según lo que dispone el artículo 16.3 de la LGSS la Seguridad Social deberá pagar por los servicios sanitarios recibidos<sup>709</sup>.

Conviene señalar no obstante, que según de lo que prescribe el artículo 36.3 de la Ley Orgánica de Extranjería, Ley 14/2003, que la carencia de la autorización para trabajar por parte de un extranjero no significa “obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle” y que por tanto en tales circunstancias el empresario se hace responsable de afrontar las responsabilidades en lo que se refiere a la Seguridad Social que el trabajador tiene derecho. Conviene señalar como manifiesta RODRÍGUEZ CARDO que la expresión utilizada “prestaciones que pudieran corresponderle” no parece tener un contenido

---

<sup>709</sup> GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, *op. cit.*, p.166.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

propio, es decir que el extranjero tendrá o no derecho a las prestaciones en función de si está comprendido o no en el campo de aplicación del Sistema (presupuesto en el que el extranjero irregular no lo está) y, de ser la respuesta afirmativa, de si cumple o no los requisitos de acceso a la determinada prestación que pretende hacer uso<sup>710</sup>.

En los casos de extranjeros irregulares que no cuentan ni con el permiso de trabajo ni con la residencia, su exclusión del sistema no significa que aquel quede completamente desprotegido, pues en virtud del estado Social en el que nos encontramos presentes el trabajador extranjero irregular tiene derecho a ser protegido por los riesgos que sufra en el desempeño de su trabajo; sin embargo cabe hacer la aclaración en el sentido de que el responsable directo de dicho resarcimiento es el empresario que se encontraba a cargo del trabajador, exonerándose el Sistema de Seguridad Social de toda responsabilidad bajo este concepto. Esta situación ha sido prevista por el Tribunal Supremo quien acertadamente ha manifestado que la situación de irregularidad de un extranjero no puede constituir “una patente de impunidad frente a quienes contratan tales emigrantes conscientes de su situación ilegal”<sup>711</sup>.

Por otro lado en lo que se refiere a la asistencia sanitaria que reciben los extranjeros comunitarios dentro del territorio español, no cabe duda de que su tratamiento observa una diferencia notoria favorable respecto al tratamiento que se ejerce con el grupo de extranjeros que no pertenecen a la Unión Europea. La diferencia de trato que este grupo de extranjeros posee deviene indefectiblemente del Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el espacio económico europeo. Se ejerce en este caso una distinción en función de la ciudadanía europea que el extranjero posee, teniendo en cuenta el principio de igualdad de trato que ha previsto la Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 de junio. Si bien es cierto que la Ley Orgánica de Extranjería 8/2000 considera extranjero a toda persona que carece de la

---

<sup>710</sup> RODRÍGUEZ CARDO, *op. cit.*, p231.

<sup>711</sup> STS, de 29 de marzo de 2004.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

nacionalidad española, esto según lo que se desprende del artículo 1, debe de tenerse en cuenta además que la posición de extranjero en España difiere en razón de su origen, ya que mediante acuerdos internacionales o por propia decisión del Estado se pueden conceder determinadas ventajas a los nacionales de concretos países, esto último según de lo se desprende del artículo 1.2 donde se expresa que *“lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los tratados internacionales en los que España sea parte”*. Y es precisamente de tal regulación donde la aplicación de la LOE se manifiesta con un carácter residual respecto a los ciudadanos comunitarios, y se observa a su vez y de forma contradictoria el carácter preferencial que llega adquirir el Derecho Comunitario<sup>712</sup>, por encima de la regulación prevista dentro de la LOE.

Esta característica residual encuentra también su apoyo expreso en el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, el cual establece en su apartado segundo de su único artículo que *“Las normas del reglamento de la ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se aplicarán con carácter supletorio, o a los efectos que pudieran ser más favorables, a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y a las demás personas incluidas en el ámbito del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Asimismo, las normas del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se aplicarán con carácter supletorio a quienes sea de aplicación la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo”*.

Reconocido el carácter residual o supletorio que debe de aplicarse de la de la Ley de Extranjería o en su caso la aplicación más favorable que pudiera efectuarse de aquella, la repercusión del derecho Comunitario se presenta no obstante muy escasa sobre el ámbito subjetivo de los mecanismos de protección social de los

---

<sup>712</sup> RODRÍGUEZ CARDO, *op. cit.*, p.187.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Estados Miembros, de esta forma la UE no impone a los Estados una determinada regulación sustantiva en lo que se refiere a la Seguridad Social, sino que más bien se establece como una organización internacional de integración, coordinación y convergencia de los Sistemas nacionales de Seguridad Social<sup>713</sup>. De esta forma la Unión Europea respeta la competencia exclusiva de los Estados miembros y sólo impone determinadas reglas sustantivas.

En lo referente a las prestaciones sanitarias que el Derecho Comunitario reconoce, se ha de distinguir dos condiciones en las que se reconocen estos derechos a los ciudadanos europeos, cuando estos se encuentran en un estado diferente al de su lugar de origen. De esta forma se les reconoce derechos según la condición de residencia o de estancia en que estos se encuentren, pudiendo estos acceder a las prestaciones de la Seguridad Social de acuerdo a la condición que posean. Cabe en este sentido destacar la importancia del Reglamento 1408/1971 CEE, de 14 de junio relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (siempre que se cumpliera el requisito de la nacionalidad), del Reglamento 3095/1995 por el que se modifica el Reglamento 1408/1971 ampliándose el ámbito de la asistencia sanitaria a todas las personas que sean nacionales de un Estado miembro, así como a sus familias, siempre que aquellas estuviesen aseguradas en virtud de la legislación de un Estado miembro, y también el Reglamento 859/2003 por el que se amplían las disposiciones del reglamento 1408/1971 a los nacionales de terceros países que residen legalmente en uno de los Estados miembros y que debido a su nacionalidad no se encontrasen cubiertos dentro del ámbito de protección de los Reglamentos comunitarios anteriormente citados .

Por lo que se refiere a la situación de estancia de los ciudadanos comunitarios que hacen uso de los servicios sanitarios en un país distinto al país de su residencia, se prescribe en el artículo 22.1. a y en el 22.1.e que aquellos tendrán derecho a todas las prestaciones asistenciales sanitarias en especie por parte de las instituciones del lugar de su estancia, esto siempre y cuando su estado

---

<sup>713</sup> *Ibidem*, p.189.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

lo requiera “desde un punto de vista médico” y teniendo en cuenta “la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia”<sup>714</sup>. De esta forma la asistencia prestada se adecuará a la legislación del Estado de estancia, prestándose en las mismas condiciones que los afiliados a la institución correspondiente de dicho Estado, siendo el período de su duración el establecido por la correspondiente legislación del Estado de procedencia corriendo así mismo los gastos a cargo de la institución del Estado de procedencia<sup>715</sup>. Uno de los avances comunitarios efectuados en este contexto ha resultado ser la utilización de la Tarjeta Sanitaria Europea. A través de dicha Tarjeta Sanitaria hoy en día, se permite tener acceso a los servicios sanitarios públicos, tanto a los ciudadanos comunitarios como a los extranjeros en situación legal dentro de la Unión, dentro de los países que comprende la Unión Europea, así como también en Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza, esto siempre y cuando los motivos por los que se refiera la estancia obedezca a causas de trabajo, estudio o turismo y que la duración de la estancia sea temporal<sup>716</sup>.

### **A) Asistencia sanitaria a los extranjeros empadronados**

El inciso primero del artículo 12 prescribe que tienen derecho a la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que los españoles los extranjeros que se encuentren en España y que se empadronen en el municipio en el que residan habitualmente. Este inciso supuso una evolución en cuanto al derecho a la protección de la salud se refiere; gracias a él, se pudo superar el antiguo requisito legal con el cual se le exigía al extranjero la posesión de residencia legal en España, como así también el de poseer la condición de trabajador afiliado al Sistema de Seguridad Social.

---

<sup>714</sup> Cabe resaltar que el Reglamento 883/2004, de 29 de abril, vino a modificar la regulación establecida por el Reglamento 1408/1971, regulando que las prestaciones a que tienen derecho los comunitarios en situación de estancia son aquellas “necesarias desde un punto de vista médico”, no encontrándose supeditada la prestación a que el estado del paciente requiera “de modo inmediato las mismas” esto último tal como lo prescribía el Reglamento 1408/1971.

<sup>715</sup> BARRIOS FLORES, Luis, “Europa y sanidad pública: el fenómeno del turismo sanitario”, *Revista Derecho y Salud*, Volumen 14, marzo-2006, p.83.

<sup>716</sup> CAVAS MARTÍNEZ, Faustino y Otro, “La protección de la salud en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N° 57, 2005, p 410.

Ciertamente cabe resaltar que el ejercicio de empadronamiento no se trata de un requisito determinante de una relación jurídica que dé al extranjero inscrito una vinculación o participación concreta en el sistema de protección pública de la salud sino más bien se trata de un requisito formal de control administrativo. De este modo la Administración municipal no se encuentra capacitada para denegar la inscripción en el padrón municipal de un extranjero al margen de que este se encuentre en situación legal o ilegal dentro del país, pues si cumple con los requisitos necesarios no puede denegarle la inscripción. Por tanto, estar inscrito en el padrón municipal es residir habitualmente en el municipio en el que se está inscrito, todo esto independientemente de que si esa residencia es legal o irregular<sup>717</sup>. Los extranjeros que se encuentran inscritos en el padrón municipal pueden residir realmente en España, pero asimismo pueden no disponer de la autorización respectiva, es decir de la tarjeta de residencia expedida por el Ministerio del Interior<sup>718</sup>. En este sentido hemos de tener en cuenta, el artículo 18 de la Ley 7/1985, el cual dispone que “la inscripción en el padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España”.

De esta forma el empadronamiento del extranjero se presenta como un requisito formal estadístico, que no toma en cuenta la situación administrativa del extranjero y que asimismo se constituye en elemento suficiente para reconocerle el derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los extranjeros inmigrantes en igualdad de condiciones que los españoles nacionales.

Asimismo en relación con el empadronamiento hay que hacer notar, la existencia del Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, el cual prescribe en su artículo primero que “se reconoce el derecho a las prestaciones de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los españoles que tengan establecida su

---

<sup>717</sup> El artículo 15 de la Ley 7/1985, de 2 de abril dispuso que “Toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del Municipio en el que resida habitualmente”.

<sup>718</sup> ARCE GÓMEZ, Juan Carlos; Extranjeros y Asistencia Sanitaria. Adecuación de la Prestación a la Legalidad Vigente desde una Perspectiva de Equidad y Eficiencia, *Revista Publicada por la Asociación profesional del Cuerpo Superior de técnicos de la Administración de la Seguridad Social*. Nº17, mayo-2007, p.129, en [www.foross.org](http://www.foross.org).

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

residencia en territorio nacional y carezcan de recursos económicos suficientes”. Si bien es cierto que en un principio este artículo se encuentra dirigido expresamente a los nacionales españoles, es a partir de la promulgación de la Ley de Extranjería 4/2000 donde sus efectos se expanden hacia el colectivo extranjero inmigrante. Así de esta forma nos encontramos que son condiciones indispensables para el reconocimiento de la asistencia sanitaria: el empadronamiento y la carencia de recursos económicos suficientes que tiene que poseer el extranjero inmigrante<sup>719</sup>. Este reconocimiento efectuado por la Ley de Extranjería 4/2000, demuestra que se reconoce el disfrute del derecho a la asistencia sanitaria y que se ha efectuado la aplicación del principio de igualdad, esto por cuanto no se depende de un criterio rígido que éste basado en la nacionalidad, ni en la regularidad de la estancia, sino simplemente de la mera situación fáctica de la residencia<sup>720</sup>.

Sin embargo, USÚA PALACIO<sup>721</sup>, entiende que esta exclusión del derecho a la asistencia sanitaria del extranjero inmigrante que no se encuentra empadronado, carece de toda justificación, pudiendo darse lugar a una serie de fenómenos que van desde favorecer la ocultación y propagación de potenciales factores de riesgo para la salud de la población en general en primer lugar hasta también en segundo lugar resultar más costoso a largo plazo pues visto en términos económicos puede resultar más barata la asistencia sanitaria preventiva que la reparadora.

### **B) Asistencia sanitaria a los menores extranjeros**

El reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros menores de 18 años, ha experimentado una evolución con el transcurso de los años. Tal es así, que el inciso tercero de la Ley orgánica de Extranjería 4/2000 expresa que “Los extranjeros menores de 18 años que se encuentren en España

---

<sup>719</sup> La Declaración del impuesto sobre la renta constituye el principal medio para acreditar la carencia de recursos económicos, sin embargo dicho medio no siempre será obligatorio pues en muchos casos es suficiente una declaración verbal.

<sup>720</sup> GARCÍA VAZQUEZ, Sonia; El estatuto jurídico constitucional..., *op. cit.*, p.169.

<sup>721</sup> USÚA PALACIOS Félix, “Seguridad Social y Servicios Sociales (Art.12 y 14)”, *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*, MOYA ESCUDERO, Mercedes (Directora), Editorial Comares, Granada, 2001, p.644.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles”. Efectivamente en este punto se ha efectuado un avance significativo, ya que con anterioridad al desarrollo de dicha ley, solo se disponía en materia de extranjería con la regulación del reglamento de desarrollo de la Ley 7/1985 la cual en su artículo 12 expresaba que “Los menores extranjeros que se hallen en territorio español serán tratados conforme a lo previsto en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989<sup>722</sup>, ratificada por España en 1990, y tendrán derecho (...) a la asistencia sanitaria y a las demás prestaciones sociales, conforme a lo dispuesto en la mencionada convención y en el artículo 10.3 de la ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”.

Por su parte el artículo 3 de la ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor contemplaba que “los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social”. Sin embargo, en su artículo 10 señalaba que “Tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente aún cuando no residieran legalmente en España”. Y es precisamente respecto a éste último artículo en cuestión donde la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000 ha desarrollado el derecho a la asistencia de los menores extranjeros pues como ya hemos visto en el inciso 3 de su artículo 12, se amplía el ámbito de protección de este colectivo pues dicha ley no viene a exigir la situación de riesgo o tutela de la Administración Pública competente que contemplaba la ley Orgánica 1/1996 de Protección del Menor, gozando por lo tanto los menores extranjeros del derecho a la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que los españoles.

---

<sup>722</sup> No debemos olvidar en este punto que la Carta Magna Constitucional de 1978 expresa en el inciso cuarto de su artículo 39 que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Efectivamente se trata según de lo que señala ÁLVAREZ CORTÉS de un precepto que se encuentra muy influido por las normas internacionales que ofrecen protección a los menores<sup>723</sup>, pues de hecho nos encontramos con que el inciso uno del artículo 24 de la Convención de las Naciones Unidas Sobre los derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1990, expone que “los estados parte reconocen los derechos del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los estados parte se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”. De esta manera, en atención de lo suscrito por la Convención de las Naciones Unidas, los estados parte han de adoptar las medidas apropiadas para asegurar tanto la prestación de la asistencia médica como la asistencia sanitaria que sea necesaria, haciendo posible la ejecución de la atención primaria de la salud para poder así combatir las enfermedades y la malnutrición que en la actualidad sufren muchos niños en el mundo, también debe de prestarse atención a todas aquellas actividades tendentes a asegurar la atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada para las madres, las medidas preventivas, la orientación que debe darse a los padres y la educación en materia de planificación familiar<sup>724</sup>.

Por otro lado, la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000 no agota su ámbito de protección al establecer el inciso tercero del artículo sino que también dentro de este mismo articulado nos encontramos con que existen otras posibilidades por las que el menor extranjero puede acogerse al derecho a la asistencia sanitaria. Tal es así, que del mismo inciso primero se desprende que los menores optarán por el ejercicio del derecho en condición de hijos de los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del Municipio, pues al ser dependientes del titular del derecho se hacen acreedores a su vez del derecho que también tienen sus padres. Asimismo, frente a estas dos posibilidades ya expuestas de obtener este derecho, tenemos a su vez una tercera posibilidad que se concretiza a través del propio empadronamiento que el menor puede efectuar de su persona, todo ello aunado a la ausencia de escasos recursos suficientes que pueda poseer. En

---

<sup>723</sup> ÁLVAREZ CORTÉS Juan, *La seguridad social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001, p.69.

<sup>724</sup> GARCÍA Vázquez, Sonia; *El estatuto jurídico constitucional...*, op. cit, p.177.

virtud de esta tercera posibilidad el menor extranjero continuaría siendo titular de pleno derecho a la asistencia sanitaria con independencia del límite de la mayoría de edad que le pudiera dificultar su ejercicio.

Finalmente siguiendo el reconocimiento efectuado por la Ley de Extranjería 4/2000 en su artículo 12 y teniendo en cuenta lo prescrito en el artículo 10.1 de la Constitución Española, nos encontramos en la posición de afirmar que la igualdad de condiciones que ostentan los menores extranjeros en relación con los niños españoles se encuentra justificada en relación con la dignidad que tiene toda persona, dignidad a la que también tienen derecho los niños extranjeros y que por tanto les hace sujetos a gozar de los derechos básicos para el desarrollo de su libre personalidad.

**C) Asistencia sanitaria a las mujeres embarazadas**

El inciso cuarto del artículo 12 de la Ley Orgánica de Extranjería, desarrolla el derecho a la asistencia sanitaria de las mujeres extranjeras embarazadas expresando que “Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y *posparto*”. De lo expuesto por este artículo entendemos que se está amparando un derecho a la asistencia sanitaria a las mujeres extranjeras embarazadas que se encuentren en España, independientemente de que su situación sea regular o irregular y asimismo de su empadronamiento. Además, hemos de advertir que dicho reconocimiento no significa, sin embargo, que sólo se preste la asistencia en los casos de embarazo, parto y posparto sino que también se extenderá la protección de dicha asistencia en los casos en los que concurra cualquier deficiencia en la salud de la madre, pues dicha protección se extiende hasta que la madre se recupere del post parto. Resaltando la importancia que posee la salud de la madre, el Tribunal Constitucional se pronuncia manifestando que existe una relación de especial naturaleza entre la madre y el nasciturus, considera así que en base a esa relación debe de protegerse la vida de ambos, puesto que la vida

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

constituye el presupuesto ontológico necesario para que pueda la persona disfrutar del resto de sus derechos<sup>725</sup>.

Un antecedente inmediato de dicho reconocimiento y derivado a su vez del reconocimiento de protección que debe realizarse a favor del menor extranjero lo encontramos recogido en la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>726</sup>, el cual en su artículo 24.2.d, expresa que “*Los Estados partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) asegurar la atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres*”. Otro reconocimiento expreso que se hace a favor del derecho que tienen las mujeres extranjeras embarazadas lo encontramos en el artículo 12.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, la cual fue firmada en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, según lo que suscribe el artículo “los Estados partes, garantizaran a la mujer los servicios apropiados en relación al embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”.

Ahora bien, es preciso resaltar, que para que se efectúe el reconocimiento de este derecho, es preciso constatar la situación de embarazo de la mujer extranjera, procediéndose posteriormente a solicitar la expedición del Documento identificativo para la asistencia sanitaria de mujeres embarazadas extranjeras para que acredite así su situación que le da derecho a dicha atención, no siendo por lo tanto necesario el uso de la tarjeta sanitaria común. Es preciso resaltar asimismo que dicha asistencia sanitaria, no incluye la decisión personal de interrumpir voluntariamente el embarazo, pues como se sabe en España no existe una ley de interrupción voluntaria del embarazo<sup>727</sup>.

Pero sucede además que la mujer extranjera se encuentra protegida también por aquello que dispone el inciso primero del artículo 12, pues al estar inscrita la mujer extranjera y asimismo al carecer de los recursos económicos

---

<sup>725</sup> STC 53/1985, de 11 de abril.

<sup>726</sup> GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia; *El estatuto jurídico constitucional...*, op. cit, p.179.

<sup>727</sup> KAHALE CARRILLO, Djamil Tony; La Prestación de Asistencia Sanitaria a los extranjeros en España, *Revista de Derecho y Salud*, Volumen 15, Nº1; enero-junio del 2007, Navarra, p111.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

suficientes, también se convierte en acreedora de este derecho para poder percibir la asistencia sanitaria correspondiente. Hemos de resaltar aquí, que a diferencia de lo establecido en los incisos primero y tercero del artículo 12, no se hace en el inciso cuarto una explícita referencia, respecto a que la asistencia sanitaria se lleve a cabo en las mismas condiciones en que se efectúa respecto a los españoles. En relación con éste último aspecto se ha generado una polémica acerca de las condiciones discriminatorias que ello podría ocasionar, tal es así que se llegó a discutir sobre la injusta discriminación positiva que se efectuaba en torno a las mujeres extranjeras al otorgárseles un trato más favorable en el reconocimiento de la asistencia sanitaria todo ello independientemente de la situación económica-patrimonial que pudieran poseer dichas madres extranjeras, situación que como se sabe si es tomada en cuenta respecto al colectivo de madres españolas quienes están obligadas a rembolsar sus gastos cuando su renta anual supera los límites que dan derecho a la atención sanitaria.

Debe advertirse además que la Ley Orgánica de Extranjería 14/2003 también prescribe dentro de sus artículos 57.6 y 58.3 que las mujeres embarazadas no podrán ser devueltas ni expulsadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre, esto en atención de la condición sanitaria precaria que presentan muchas mujeres inmigrantes al llegar a España, tal es el caso de muchas mujeres extranjeras que proceden del África subsahariana como Nigeria y Sierra Leona. En consonancia con la referida protección otorgada por la Ley de Extranjería, también encontramos en el artículo 141.9 del Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, que aprueba el Reglamento de la Ley de Extranjería 14/2003 la potestad de suspender la ejecución de la expulsión en los casos de mujeres embarazadas cuando la expulsión pueda suponer un riesgo para la gestación o para la vida e integridad física de la madre, estableciendo a su vez el artículo 157.6.a que en aquellos casos en que exista la orden de devolución, aquella no podrá ser llevada a cabo y quedará de esta forma en suspenso. Dichas regulaciones son tomadas en cuenta con el fin de proteger la salud de la madre y del feto, y son prescritas mientras dure el riesgo de peligro, en consecuencia, una vez que el peligro deje de existir puede existir la posibilidad de que estas mujeres puedan ser obligadas a salir de



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

España, esto siempre y cuando continuasen estando incluidas en una causa de expulsión o de deportación<sup>728</sup>

### **D) Asistencia sanitaria de urgencia**

Finalmente en lo que respecta a las situaciones de urgencia en las que se pudieran ver implicados los extranjeros inmigrantes, la Ley de extranjería 4/2000 efectúa un reconocimiento en el inciso segundo de su artículo 12, expresando que “Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica”.

Es en este supuesto en el que se comprenden todos los extranjeros mayores de edad que se encuentren en España sin contar con el correspondiente empadronamiento, sea cual sea su situación administrativa en el territorio español, sin embargo al igual que sucede con el supuesto del inciso cuatro tampoco en este caso se reconoce la igualdad de condiciones con relación a los españoles.

Sobre el alcance de dicho precepto conviene subrayar que se han generado una serie de problemas de interpretación y aplicación con respecto a lo que conlleva la palabra urgencia en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria. De esta forma, debemos precisar que la palabra urgencia, está referida a una urgencia inmediata, en la que la situación de la persona comporte un riesgo vital y un peligro hacia su vida o cara a la posible pérdida de algún miembro indispensable para el desarrollo de la vida de esa persona en condiciones de normalidad. Así pues, hemos de entender que cuando se alude a la existencia de accidentes o enfermedades graves, se está haciendo referencia a una urgencia vital en la que es necesaria una asistencia con el objeto de impedir que se produzca una lesión o daño irreparable en la vida o en la salud del inmigrante. Así mismo, hemos de entender que cuando la Ley se refiere a los accidentes conjuntamente con las enfermedades graves, no quiere decir que se está avalando necesariamente un criterio de interpretación restrictivo, puesto que un accidente no tiene porque

---

<sup>728</sup> GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia; *El estatuto jurídico constitucional de los ...*, op. cit., p.180.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

ser necesariamente de gravedad ni poner en peligro la vida del inmigrante, por tanto ante cualquier accidente que requiera asistencia urgente podemos decir que se generaría la situación descrita por Ley para ser acreedor del derecho a la asistencia sanitaria<sup>729</sup>.

Cabe resaltar como un avance dentro de la protección que se realiza respecto del grupo de extranjeros gravemente heridos, la regulación efectuada por el artículo 56.9 del Real Decreto 155/1996, el cual ofreció la posibilidad de solicitar y obtener un permiso de residencia y trabajo de carácter extraordinario, basado en motivos humanitarios; dicha concesión fue acompañada a su vez por la correspondiente concesión de la exención de los visados, la cual se amparó igualmente por los mismo motivos humanitarios. Esta situación no resultó de difícil ejecución en la práctica, puesto que las enfermedades graves no suelen considerarse “razones humanitarias” que conduzcan a la permanencia en España<sup>730</sup>.

La actual regulación de la Ley Orgánica de extranjería 14/2003, no regula de forma expresa la posibilidad de otorgar la residencia temporal a los extranjeros gravemente enfermos. No obstante, el artículo 45 del Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de extranjería 14/2003, manifiesta en su apartado 4.b) que se podrá conceder la autorización por razones humanitarias a los extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia especializada de imposible acceso a su país de origen y que de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida de la persona.

En el ámbito del derecho europeo en general, no se ha seguido el mismo criterio respecto a la regularización de una persona inmigrante que se encuentra enfermo o que reviste inequívoca gravedad, tal es el caso de la expulsión determinada el 27 de mayo de 2008 en el Reino Unido de un extranjero de

---

<sup>729</sup> SAURA SÚCAR, Mercè, La Prestación de la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social a los Extranjeros-Migración y Cambio Social: Número dedicado al III Coloquio Internacional de Geocrítica (Actas del Coloquio), *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, N°94 (99), Scripta Nova, Universidad de Barcelona, 2001, p.35.

<sup>730</sup> GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia; El estatuto jurídico constitucional del... , op .cit, p.174.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Uganda, enfermo de SIDA que según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no violaba el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>731</sup>. En el caso decidido el recurrente nacido en Uganda había entrado ilegalmente en gran Bretaña en el año de 1998 gravemente enfermo de SIDA y por tal motivo solicita el asilo basado en la persecución política. Su solicitud es denegada, en marzo de 2001 y se señala con relación a su enfermedad que en su país pueden encontrarse medicinas a precios muy subsidiados. El extranjero de Uganda interpone una apelación y si bien se deniega su asilo, si se le llega a conceder una autorización extraordinaria de permanencia en el Reino Unido. La decisión es interpuesta en recurso por la Secretaria del Estado quien afirma que existe la medicación necesaria en Uganda gracias a los programas de las Naciones Unidas, quienes hacen posible la existencia de medicación a precios muy asequibles. Dicha argumentación es admitida por el tribunal de apelación quien finalmente se decide por la expulsión del extranjero del Reino Unido, basándose en la jurisprudencia similar del caso producido en el año de 1997. El Tribunal considera también que no se ha producido una vulneración del artículo 3 de la Convención Europea de los Derechos Humanos, puesto que los extranjeros objeto de expulsión no pueden, en principio, alegar como título para permanecer en un estado miembro el continuar disfrutando de los beneficios médicos, sociales o de otras formas de asistencia, además el hecho de que las expectativas vitales del recurrente se vean considerablemente reducidas si se produce la expulsión no constituye por sí mismo razón suficiente para apreciar la vulneración del artículo 3.

Finalmente el Tribunal expresa que a pesar de que muchos de los derechos contenidos en la Convención tienen implicaciones sociales y económicas, debe tenerse en cuenta que la Convención está dirigida esencialmente a proteger los derechos civiles y políticos y que por tanto el artículo 3 no obliga a los estados a aliviar las disparidades entre los distintos países con relación a la asistencia médica, de esta forma razona que no existe una obligación por parte del Reino Unido de continuar con el tratamiento que desde hace años mantenía a favor del extranjero procedente de Uganda<sup>732</sup>.

---

<sup>731</sup> La convención Europea de Derecho humanos prescribe en su artículo tercero que “Nadie podrá ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

<sup>732</sup> STEDH, de 27 de mayo de 2008.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Por otro lado, y adentrándonos nuevamente al ámbito interno hemos de resaltar aquí una vez más la importancia que alberga el artículo 15 de la Carta Magna Constitucional con relación al inciso dos del artículo 12 de la Ley de Extranjería. Y efectivamente podemos decir que es a través de esta disposición del artículo 12 donde podemos ver una de las realizaciones del artículo 15, pues solamente con una debida atención sanitaria de urgencia hacia este colectivo sin atender a su verdadera situación administrativa es posible dar sentido y manifestación al proclamado derecho a la vida expuesto en el artículo 15 de la CE. Efectuado este reconocimiento al derecho a la vida y de ella a su vez el derecho a la asistencia sanitaria en situaciones de urgencia, se le ha reconocido entonces a los extranjeros inmigrantes un derecho a la asistencia sanitaria en situaciones de urgencia, siempre y cuando dicha urgencia implique un riesgo serio para su vida o conduzca a situaciones irreparables en su salud.

Junto con dicho reconocimiento, no debemos olvidar remitirnos en este punto a lo ya expuesto por el artículo 28 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, el cual señala que “los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado en cuestión. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo”.

**IV.12) Reconocimiento internacional del derecho a la protección de la salud de los extranjeros inmigrantes**

Según de lo que se observa de la protección ejercida a favor del extranjero inmigrante dentro del Estado español se desprende que el extranjero inmigrante se ha hecho acreedor de los derechos sanitarios por tres vías diferentes. En primer lugar por su condición de persona, la cual ya ha sido ya reconocida por el TC en su sentencia 107/1984, de 23 de noviembre y al cual ya hemos referencia. En segundo lugar por su condición de residente, situación administrativa que le hace poseedor de una serie de derechos equiparables en igualdad de condiciones que los españoles. Y en tercer lugar por su condición de trabajador, situación laboral que al igual que la anterior lo relaciona al Estado y lo hace beneficiario de las prestaciones sanitarias que dicho Estado le otorga. Si bien es cierto que de las dos últimas clasificaciones que le otorgan derechos a los extranjeros se observa que el Estado tiene un margen de disposición sobre aquellos, no se presenta así de igual el caso respecto al reconocimiento de los derechos que tienen los extranjeros por su condición de persona. Es precisamente este rasgo el que resulta ser por su gran relevancia un objeto de indiscutible importancia en el que no se puede ejercer ningún tipo de control por parte de los Estados, puesto que cuando se trata del ámbito de los derechos humanos nos estamos adentrando a una esfera de carácter indisponible por parte de los estados. Y es en base a la importancia que han adquirido los derechos humanos dentro de las declaraciones internacionales que en la actualidad los derechos fundamentales toman importancia y relevancia por su proyección internacional. De esta forma la importancia del reconocimiento del derecho a la protección de la salud, toma aún mas realce si tomamos en cuenta lo dispuesto por la Constitución Española en los artículos 10.2 y el artículo 98 de la CE. Así se observa que el artículo 10.2 proclama que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Evidentemente se reconoce el significado y valor jurídico que posee la Declaración Universal de los Derechos Humanos como instrumento de interpretación de los derechos fundamentales. Debe de resaltarse en este punto

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

como bien lo señala LIÑAN NOGUERAS que la trascendencia política del artículo 10.2 supera la utilidad técnica que puede poseer en el derecho interno español, de esta forma se observa que el canon hermenéutico contenido en aquella ha contribuido de forma decisiva al entendimiento de los derechos fundamentales<sup>733</sup>. Sin lugar a dudas el artículo 10.2 se erige como un artículo de gran importancia en cuanto referencia al Derecho internacional que la constitución contiene; no obstante cabe resaltar que la interpretación sólo se encuentra referida al conjunto de derechos y libertades fundamentales que la Constitución prescribe en el capítulo II del título I.

Es precisamente en este punto donde encontramos en el artículo 10.2 una clara ausencia respecto a la influencia que pueda poseer la Declaración Universal sobre los principios rectores previstos en el capítulo III del mismo título I. Si bien es cierto que el artículo 10.2 solo se refiere a los derechos fundamentales, esta prescripción no significa sin embargo que dicha prescripción se encuentre totalmente limitada. De esta forma SAIZ ARNAIZ, sostiene que el canon hermenéutico que contiene el artículo 10,2 no se limita únicamente a los derechos fundamentales sino que más bien el canon hermenéutico presente en el artículo 10.2 se proyecta sobre todos los derechos que contiene el Título primero de la Constitución sean estos derechos fundamentales o sean más bien principios rectores, de esta forma con total independencia de cuál sea su ubicación en la sistemática del referido título y del sistema de garantías que la propia constitución reconoce.

De esta forma SAIZ ARNAIZ defiende un contenido amplio de los términos derechos fundamentales y libertades públicas<sup>734</sup>. SAIZ destaca la importancia de la colocación constitucional del artículo 10, el mismo que se encuentra ubicado inmediatamente después del encabezamiento del Título I y

---

<sup>733</sup> LIÑAN NOGUERAS; “La protección internacional de los derechos humanos en la constitución española, *Comentario al artículo 10.2*; International Law Association, Boletín Informativo N°9, marzo, 1982, p.2.

<sup>734</sup> SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la constitución española*, Consejo general del poder judicial, Madrid, 1999, p.73.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

fuera de la división en cinco capítulos en los que se integran los cuarenta y cinco artículos que lo forman parte, esta ubicación según el autor vendría a avalar la idea según la cual sus contenidos quedarían proyectados sobre todo el conjunto de derechos que contiene el título primero.

A pesar de la opinión de la doctrina el TC no ha efectuado un reconocimiento directo acerca de la inclusión de los principios rectores dentro de lo establecido por el artículo 10.2; no obstante, dicho no reconocimiento no significa como según refiere SAIZ ARNAIZ que exista un argumento determinado que pueda oponerse a un reconocimiento, es decir que el Tribunal no se ha manifestado en forma totalmente negativa a la inclusión de los derechos contenidos dentro del capítulo III del título I de la Constitución. Esta falta de precisión del reconocimiento de la doctrina no significa sin embargo que deba dejarse a un lado el valor jurídico que posee la Declaración Universal como un instrumento internacional básico a tener en cuenta por las Constituciones de los Estados democráticos. Ante la carencia de un reconocimiento no directo de dichos principios rectores, se hace preciso y fundamental tomar en cuenta para el reconocimiento internacional del derecho a la protección de la salud aquello que establece la Constitución en el artículo 96.1. Dicho artículo dispone que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificados o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de derecho internacional”. Es a través de dicha declaración donde toma cuerpo el reconocimiento internacional del derecho a la protección de la salud, pues es a través de dicho artículo de donde se deriva el valor normativo que poseen los tratados. Y es en virtud del reconocimiento de los tratados internacionales y respetando su contenido que la legislación nacional se desarrolla. Así pues el legislador nacional se vincula como parte del cumplimiento por parte del Estado de sus compromisos internacionales y de este modo si el legislador nacional reconoce el derecho a la protección de la salud, dicho reconocimiento deberá de efectuarse dentro de los límites del reconocimiento que a nivel internacional se ha efectuado dentro del

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

tratado firmado y suscrito por España; de esta forma se le reconoce el valor superior que poseen los tratados internacionales aun por encima del valor que posee la legislación nacional. En este sentido se ha pronunciado el TC en la sentencia 38/1981 cuando proclama que los convenios y tratados internacionales que han sido ratificados por España “constituyen instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos. Así mismo manifiesta en la sentencia 36/1991 que el artículo 10.2 ha obligado a interpretar los derechos y libertades públicas “de acuerdo con el contenido de dichos tratados y convenios, de tal modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo II del título I de nuestra constitución”.

Reconocida la importancia del artículo 96.1 de la CE como un artículo que incorpora los tratados internacionales al ordenamiento interno y como un artículo base que obliga a interpretar las leyes nacionales conforme a lo establecido por los tratados, se resalta también la importancia del artículo 10.2 de la Constitución, puesto que ambos artículos se encuentran estrechamente conectados. Este artículo 10.2 se torna a su vez importante por cuanto sirve de canon interpretativo en los casos en que un precepto constitucional sobre derechos fundamentales no sea lo suficientemente claro, puesto que si solo se tuviese en cuenta la existencia del artículo 96.1, no se podría pues derivar de dicho artículo la obligación de interpretar la Constitución conforme lo señala un tratado internacional por tener dicho tratado un rango infraconstitucional. De esta forma la inclusión del artículo 10.2 en la Constitución Española manifiesta la obligación de interpretar los derechos fundamentales conforme a lo que establecen los tratados internacionales.

Ahora , si se pretende la protección del derecho a la salud en un ámbito internacional toma también relevancia en estos ámbitos el derecho a la vida, pero es solo a través de dicho derecho que está estrechamente relacionado con el



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

derecho a la protección de la salud, que podremos lograr garantizar su efectivo cumplimiento. De este modo a través del reconocimiento y del establecimiento de la garantía del derecho a la vida en un ámbito internacional es posible también posteriormente establecer la protección del derecho a la salud. Una vez más se reconoce por lo tanto el derecho a la vida como un derecho básico y matriz para el reconocimiento de otros derechos. Y es a su vez por medio de dicho derecho a la vida donde también se puede recurrir al sistema de garantía del recurso de amparo.

Finalmente no se puede desconocer la importancia que han adquirido los tratados y convenios internacionales sobre derechos sociales, los cuales efectúan un papel interpretativo fundamental en la configuración del contenido de algunos derechos. Un ejemplo muy significativo de tal labor interpretativa lo encontramos en el derecho social educativo, así se observa de lo dispuesto en la sentencia 195/1989 en donde el Tribunal Constitucional entendió que la interpretación del artículo 27.1 CE a la luz de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España, no daba lugar a la existencia de un derecho de los padres a exigir que sus hijos reciban una educación en una lengua oficial que fuese de su preferencia en cualquier centro público de su elección<sup>735</sup>.

Expuesto lo anterior se observa que el derecho a la protección de la salud encuentra su reconocimiento en un ámbito internacional a través de los diversos instrumentos internacionales, esto ya sea en un ámbito universal como en el ámbito europeo. Dicho reconocimiento se expresa gracias a la positivación del derecho a la vida como también en el reconocimiento expreso que se efectúa a través de la asistencia sanitaria.

---

<sup>735</sup> APARICIO TOVAR, Joaquín, *op. cit.*, p.190.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

De esta forma la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce en su artículo 3 que *“todo individuo tiene derecho a la vida”*, también reconoce en su artículo 25.1 que *“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, vejez, u otros de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”* Por otro lado haciendo alusión al sistema de seguridad social, reconoce en su artículo 22 que *“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de la personalidad”*.

Habiendo efectuado la Declaración Internacional de los Derechos Humanos un reconocimiento expreso en relación al derecho a la protección de la salud, dicho reconocimiento le otorgó al citado derecho un amplio refuerzo a la hora de situarlo dentro del grupo de los derechos sociales<sup>736</sup>, demostrando de esta forma no solo la influencia que tiene dicha declaración para la interpretación del derecho nacional de los Estados sino también su importancia como derecho social que debe ser protegido y garantizado por los Estados, garantía que no cuenta para el caso de la Declaración Universal con una efectiva aplicabilidad directa puesto que sus postulados son considerados en la actualidad como simples deseos y expectativas jurídicas<sup>737</sup>.

Al igual que la Declaración Internacional, pero con diferente valor jurídico también, encontramos en los Pactos internaciones un reconocimiento evidente

---

<sup>736</sup> MARTÍNEZ Y HERNÁNDEZ, Eduardo y Otro. *Tratado de Derecho a la Protección de la salud*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2004, p.125.

<sup>737</sup> *Ibidem*, p.126.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

respecto al derecho a la protección de la salud; de esta forma el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce también de diversas formas el derecho a la protección de la salud<sup>738</sup>. El artículo 12 reconoce que:

*“ 1) Los Estados Parte 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 Parte en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figuraran las necesarias para:*

*a) La reducción de la mortalidad 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 y servicios en caso de enfermedad.”.*

Evidentemente el Pacto se manifiesta amplio en cuanto al reconocimiento del derecho a la salud, no solo desde el aspecto laboral sino también en lo referente a la seguridad social, en el mejoramiento de la higiene y en las medidas preventivas que deben de tomar en cuanto a su protección<sup>739</sup>. Se observa también que dentro del articulado, el Pacto ha regulado la configuración de dos derechos distintos, aunque complementarios, uno el de la Seguridad Social y el otro referido al de la protección de la salud, esta separación responde en realidad a la separación que ya se venía efectuando con anterioridad por la OIT, separación que se manifestó a través de las recomendaciones de Filadelfia, en 1994: la

---

<sup>738</sup> Centro de Información de las Naciones Unidas en [http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/\\_ciddh.htm#carta](http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/_ciddh.htm#carta).

<sup>739</sup> Alto Comisionado para los Derechos Humanos en [http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a\\_ceschr\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ceschr_sp.htm).

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

recomendación número 69, sobre asistencia médica y la número 67 sobre la seguridad de los medios de vida<sup>740</sup>.

Por otro lado también encontramos en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos el reconocimiento del derecho a la Protección de la salud, como una proyección de la protección que debe de efectuarse de la vida y de la integridad física de la persona, de esta forma declara en su artículo 6.1 que “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”, mientras que en el artículo 7 prescribe que “Nadie será sometido a torturas ni a penas ni tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

La Declaración Americana de Derechos Humanos y deberes del Hombre también se expresa a favor del reconocimiento de la protección de la salud. Así manifiesta en su artículo 11 que “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales”. También la Convención Americana de Derechos Humanos se ha manifestado a favor de la protección de la salud y de esta forma proclama en el artículo 4.1 que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”<sup>741</sup>.

Adentrándonos al ámbito regional europeo, la preocupación por la protección de la toma realmente importancia como consecuencia de la grave situación sanitaria en la que se encontraba Europa por causa de las guerras mundiales. Efectivamente tras el fin de las guerras se evidenció la presencia de grandes epidemias como consecuencia del descuido al que fueron sometidas las

---

<sup>740</sup> BORRAJO DACRUZ, Efrén; *El derecho a la asistencia sanitari...*, op. cit, p, 14.

<sup>741</sup> NOVAK, Fabián y NAMIHAS Sandra, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Academia de la Magistratura, Lima, 2004, p.50.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

diferentes zonas del conflicto bélico, de esta forma se hizo necesario la actuación de las medidas urgentes que ayudaran a solucionar los problemas de los países afectados. Una de las epidemias especialmente graves la constituyó la epidemia del tifus, la cual se manifestó en Polonia con mayor fuerza causando la pérdida de gran número de vidas humanas. Con el fin precisamente de que dicha epidemia no se extendiera al resto de la población y por ende también al resto de Europa, es que la Sociedad de las Naciones, conjuntamente con otras instituciones efectuaron medidas sanitarias a fin de poder solucionar los problemas acuciantes de la población afectada; no obstante, las medidas efectuadas no fue posible finalmente una acción conjunta que lograra un resultado satisfactorio en el logro del bienestar público.

Posteriormente con la formación del Consejo de Europa se viene a desarrollar una importante labor en materia de coordinación sanitaria y de esta forma la salud pública se constituyó en uno de los temas de su principal preocupación y actividad, tal es así que el Consejo aprobó una serie de Informes y Recomendaciones sobre temas de higiene y prevención de accidentes<sup>742</sup>. También importante labor efectuó a su vez dentro del Consejo el Comité Europeo de Salud Pública el cual estuvo dirigido hacia la actuación de medidas en caso de emergencias médicas, para la puesta en marcha de la primera red europea de trasplantes, la educación para la salud y las medidas tendentes a erradicar el alcoholismo, el tabaquismo y la drogadicción<sup>743</sup>.

Si bien es cierto que la Unión de los Países Europeos tuvo como principal objetivo el logro de un mercado común, debe tenerse en cuenta entonces que para que dicho objetivo se cumpliera resultó ser necesario y básico que dicho objetivo se cumpliera dentro de un marco sanitario óptimo dentro de los diversos países

---

<sup>742</sup> Efectivamente resulta llamativa la regulación jurídica efectuada a nivel comunitario en torno a la seguridad y salud laboral, muy a diferencia de otras ramas del ordenamiento social, cuya regulación jurídica más bien ha sido escasa. Vid, LOZANO LARES, Francisco, "El marco jurídico comunitario de la seguridad y salud laboral", *Una aproximación al derecho social comunitario*, VV.AA, CRUZ VILLALÓN, Jesús Y Otro (coord.), Tecnos, Madrid, 2000, p.71.

<sup>743</sup> OCAÑA, Juan Carlos, *Historia del Siglo XX*. Actualizado al 2007 en: <http://www.historiasiglo20.org/GLOS/index.htm#>.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

constituyentes de la Unión, de esta forma los elementos constitutivos del derecho a la protección de la salud fueron surgiendo como necesidades evidentes dentro de la construcción del mercado común de los países integrantes de la Unión. El medioambiente se constituyó así en una de las preocupaciones más concretas como elemento importante a tener en cuenta en la formulación de las políticas comunitarias<sup>744</sup>.

Pero es con Acta Única Europea del año de 1986 cuando se configuró realmente dentro de la Unión de países la política de protección de la salud; ello debido a que resultaba necesario para la realización del mercado interior, de esta forma se le dio a la protección de la salud una dimensión comunitaria<sup>745</sup>. Ya con el Tratado de la Unión Europea aprobado en Maastricht se incorporó la protección de la salud pública como un tema a tratar dentro de la política de la Comunidad Europea, dándose en este nivel ya la atención correspondiente respecto a la prevención de la enfermedad en defensa de la protección de la Salud de la Comunidad<sup>746</sup>.

La Carta Social Europea, firmada en Turín, el 18 de octubre de 1961, se constituyó en uno de los principales instrumentos a tomar en cuenta respecto del derecho a la protección de la salud. De esta forma el artículo 11 proclama que *“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud las partes contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines: 1. Eliminar, en lo posible las causas de una salud deficiente. 2. Establecer los servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma.*

---

<sup>744</sup> BONET, MARCO, *Introducción al Acta Única Europea*, Madrid, (ESIC), 1988, p. 15 ss y PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *El derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, (Cívitas), 1994, p. 45 y ss.

<sup>745</sup> LOPEZ GARRIDO, Diego, *El Tratado de Maastricht*, Eurojuris, Madrid, 1992, p. 24.

<sup>746</sup> La cuestión social era un gran problema, ya que hasta principios de 1986 sólo se habían dictado cinco Directivas relativas a este tema. Esta situación motivó que Mitterrand hablara de la "Europa de las dos velocidades", donde la Unión económica y monetaria había avanzado rápidamente y la armonización de los derechos sociales se había quedado estancada.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

3. *Prevenir en lo posible, las enfermedades epidérmicas, endémicas y otras*". Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Carta Social Europea Revisada, se introdujo un artículo en donde se hacía referencia expresa a la prevención que debía de efectuarse respecto a los accidentes. Pero, a pesar del reconocimiento efectuado dentro de la Carta, cabe resaltar, como manifiesta BORRAJO DA CRUZ que la regulación de los artículos correspondientes a la protección de la salud no presentan la preceptividad inmediata que si ofrecen otros derechos como puede ser el derecho a la huelga. La Carta se auto limita a establecer un cuadro de principios normativos, los cuales no vinculan, en Derecho, en ningún caso y sólo pueden como mucho complementar la eficacia de los principios jurídicos que contiene la Constitución española<sup>747</sup>; este sería pues el aspecto negativo que llega a contemplar la Carta Europea en lo que respecta al grado de importancia que se le da al derecho a la protección de la salud en comparación a otros derechos que se regulan dentro de aquella.

Otro instrumento internacional regional que reconoce el derecho a la protección de la salud es la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores; dicho instrumento reconoce el derecho a la protección de la salud dentro del derecho a la protección social que debe tener todo trabajador fuera y dentro del centro de trabajo. De esta forma prescribe dentro de su punto 10 que *"Todo trabajador de la Comunidad Europea tiene derecho a una protección social adecuada, (...) debe beneficiarse de niveles de prestaciones de seguridad social de nivel suficiente"*. Asimismo establece en su punto 19 que *"Todo trabajador debe de disfrutar en su lugar de trabajo de condiciones satisfactorias de protección de su salud y de su seguridad (...)"*<sup>748</sup>.

Otro instrumento internacional comunitario que reconoce el derecho a la protección de la salud es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea el cual contiene en su artículo 35 el derecho que tiene *"Toda persona*

---

<sup>747</sup> BORRAJO DA CRUZ, Efrén; *op. cit.*, p.34.

<sup>748</sup> Los aspectos sociales de la Construcción europea. INCIPE (Instituto de Cuestiones internacionales y política exterior en <http://www.incipe.org/ensayo3b.htm>.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

*tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana*<sup>749</sup>. En este sentido la Carta de los Derechos Fundamentales da un paso adelante con respecto a la Carta de los Derechos Sociales de los Fundamentales de los Trabajadores, puesto que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce que debe de efectuarse una protección de la salud no sólo desde el aspecto rehabilitador de la salud sino que también debe de dársele la importancia al aspecto preventivo del mismo, puesto que si se le toma la debida importancia a la prevención muchas de las enfermedades existentes en la actualidad no existirían y de existir no tendrían la misma fuerza destructiva en contra de la salud. Debe de tenerse en cuenta además que dicho reconocimiento se efectúa sin tener en cuenta la calidad de ciudadano o nacional que tenga la persona, efectuándose de esta forma un reconocimiento universal respecto a la protección de la salud<sup>750</sup>. Por otro lado la Carta reconoce a todo trabajador residente o desplazado legalmente dentro de la Unión el derecho a las prestaciones y ventajas de la Seguridad Social conforme al Derecho Comunitario y al ordenamiento y prácticas nacionales, así lo prescribe en el apartado primero y segundo de su artículo 34<sup>751</sup>.

El derecho a la protección de la salud sin embargo no ha obtenido un reconocimiento directo dentro de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>752</sup> sino que al igual que otros instrumentos ha reconocido el derecho a la protección por medio de la protección del derecho a la vida y de la integridad física de la persona y así lo expresa en el inciso primero de su artículo 2 en el que refiere que “ *el derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. (...)*” y también en el artículo 3

---

<sup>749</sup> Parlamento Europeo en [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf).

<sup>750</sup> MARTINEZ Y HERNANDEZ, Eduardo Y GARCIA PUELLAS, Luis. *Tratado de Derecho a la Protección de la salud...*, op. cit, p. 186 y ss.

<sup>751</sup> BERMEJO GARCÍA, Romualdo y Otro, “Los derechos sociales de la Carta de derechos fundamentales”, *La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*, VV.AA, HERRERO DE LA FUENTE, Alberto (Editor), Fundación Rey Alfonso Henríques, Graficas Andrés, Zamora, 2003, p.105.

<sup>752</sup> ALONSO GARCÍA, Ricardo y Otro, “Artículo 35. Protección de la Salud”, *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea...*, op.cit, p.298.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

expresando que “*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”.

En lo que respecta al fenómeno migratorio la Unión Europea ha abordado el tema de la salud dentro de su política comunitaria. Tal es así, que sobresale el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Salud y migración”, dicho Dictamen manifiesta los problemas sanitarios que presentan los migrantes resaltando la repercusión que tienen los problemas de estos grupos con respecto a la salud pública en general; de esta forma propugna el respeto de unos adecuados niveles sanitarios y de seguridad alimentaria para todos los colectivos de poblaciones con especial énfasis en los que se encuentran en una situación más vulnerables<sup>753</sup>. El dictamen expone, la necesidad de mantener a los inmigrantes informados acerca de la atención social y sanitaria, así como también de introducir programas nacionales de salud pública en la educación<sup>754</sup>. Evidentemente no puede negarse en este sentido que como consecuencia del ejercicio efectivo de los derechos sociales se hace indispensable que el inmigrante cuente con los debidos derechos de información, los cuales no deben delimitarse únicamente a dicha información sino que también pueden convertirse los inmigrantes en sujetos activos de participación y decisión, evitando de esta forma que los inmigrantes sean vistos como simples sujetos a merced de políticas públicas<sup>755</sup>. El dictamen considera por otro lado que los tratamientos médicos y los cuidados preventivos deben de proporcionarse como unos derechos humanos que deben de poseer todas las personas que residen dentro de los territorios de los Estados de la Unión. De esta forma considera el Dictamen que el tema de la salud vinculado a la inmigración tiene una gran dimensión, puesto que la salud es uno de los aspectos más visibles vinculados al flujo migratorio de la extranjería<sup>756</sup>.

---

<sup>753</sup> Diario Oficial de la Unión Europea del 27 de octubre del 2007 en: <http://www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do>.

<sup>754</sup> Dictamen Comité Económico y Social del 27 de octubre de 2007 sobre el tema “Salud y migración”, 2007/C256/22 en el Diario Oficial de la Unión Europea.

<sup>755</sup> DE LUCAS, Javier, “Reconocimiento, inclusión, ciudadanía. Los derechos sociales de los inmigrantes”, *La Universalidad de los Derechos Sociales, el reto de la inmigración*, VV.AA, AÑON, María (Coord), Universidad de Valencia, Valencia, 2004, p.27.

<sup>756</sup> MARTINEZ Y HERNANDEZ, Eduardo y Otro, *Tratado de Derecho a la Protección de la salud*, op. cit, pp. 186

En lo que se refiere al Tratado de Lisboa del 2007, dicho tratado dispone en su artículo 152, que en función de la política común de inmigración que se pretende establecer dentro de los Estados de la Unión, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar todas aquellas medidas destinadas a proteger y mejorar la salud humana y que se dirigirán las acciones para luchar contra las pandemias transfronterizas, así como también para efectuar todas aquellas medidas que tengan como objetivo la protección de la salud pública. Con la finalidad de proteger la salud de las personas el Tratado refiere que se “fomentará en particular, la cooperación entre los estados miembros destinada a mejorar la complementariedad de sus servicios de salud en las regiones fronterizas”. El Tratado también introduce una novedad que no se había incluido en la redacción del Tratado Constitucional; de esta manera se prescribe en su artículo 174 sobre la necesidad particular de luchar contra el cambio climático con medidas a escala internacional que estén destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales que pongan en peligro el medio ambiente<sup>757</sup>.

**IV.13) El derecho a la protección de la salud de los extranjeros como un derecho inherente a su dignidad personal.**

Hablar del derecho a la protección de la salud supone un reto fundamental a lograr en los tiempos actuales y no podemos negar que su importancia trasciende los ámbitos nacionales y se convierte más bien en un fenómeno a tratar en un nivel mundial. Si bien es cierto que la enfermedad no constituye un fenómeno predecible, podemos observar no obstante que los logros que en la actualidad se han logrado resultan beneficiosos; ello teniendo en cuenta que la enfermedad se presenta como un fenómeno mundial que afecta a todas las personas en general, al margen de su raza o nivel social. Es por esta razón que el fenómeno migratorio también se convierte en parte del complejo fenómeno público de protección que debe de efectuarse con respecto a la salud.

---

<sup>757</sup> Martín, José y otro, *op. cit.*, en: [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org).

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

La existencia de enfermedades comunes y de epidemias expansivas dentro de los estados han demostrado cada vez más la necesidad de políticas conjuntas dentro de los Estados, así como también de políticas internacionales; buena prueba de ello fue la preocupación demostrada por la Europa de la post guerra, preocupación que estuvo dirigida a controlar las epidemias que surgieron dentro de los diversos países. La realidad en la actualidad es muy diferente a la época de la post guerra, aunque hoy en día también encontramos dentro de los territorios de la Comunidad Europea con una situación similar respecto a las campañas de prevención que se realizan dentro de los países.

Toda esta problemática a la que se encuentran sujetos los Estados de todo el mundo toma aún más realce si tenemos en cuenta los movimientos poblacionales que desde tiempos históricos se han efectuado dentro del orbe, y ello más aún si tenemos en cuenta que dichos movimientos poblacionales no sólo traen efectos positivos económicos con respecto a los países receptores sino que también deben ser considerados los elementos negativos que con relación al aspecto sanitario traen las migraciones. Efectivamente debe de precisarse en este sentido que no siempre las personas que migran se encuentran en óptimas condiciones de salud y de esta forma cabe la posibilidad de que a través de los movimientos poblacionales se introduzcan dentro de los estados enfermedades no previstas y que requieren de la atención de los estados receptores, todo ello con el fin de evitar que dentro de los estados se trasmitan y se expandan epidemias. En función de lo anterior no debemos dejar de tener en cuenta que las enfermedades que se producen dentro de los estados receptores no siempre resultan ser consecuencia de los movimientos poblacionales, es en esta tesitura en la que también surge la posibilidad y el riesgo de que los propios inmigrantes se vean perjudicados seriamente en cuanto a su salud, puesto que evidentemente existen enfermedades diferentes en todas las partes del mundo, ello aún sin tomar en cuenta las enfermedades psicológicas que como consecuencia de la inmigración puedan afectar a las personas inmigrantes.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Viendo la enfermedad como un fenómeno de repercusiones públicas y mundiales, se torna necesario que los estados receptores adopten con respecto a aquella todas las medidas pertinentes para tratar de lograr el bienestar público general, bienestar que debe de incluir a todas y cada una de las personas que se encuentran dentro de sus territorio, ello claro al margen de la nacionalidad de las personas. Así las cosas Visto lo cual, la situación hoy en día se manifiesta muchas veces de forma no favorable a la salud del extranjero inmigrante. Efectivamente, en un principio el acceso al derecho a la protección de la salud se veía limitado en función de la condición administrativa que poseía el extranjero inmigrante, pero la situación en la actualidad no ha variado mucho. Si bien es cierto que se reconoce el acceso a la salud de los extranjeros con independencia a su condición administrativa, debe de tenerse en cuenta que este reconocimiento muchas veces no se efectiviza debido a circunstancias diversas en la que el extranjero movido por sus miedos naturales al estar en un país extraño sin la documentación respectiva, y fuera así mismo de su ámbito familiar más cercano y que poseen distintas leguas en muchos casos, se ve compelido a no utilizar los servicios sanitarios del estado receptor.

Al ser el derecho a la salud un derecho que se encuentra en estrecha relación con el derecho a la vida se convierte de esta forma en un derecho social importante y que por tal razón debe de reconocerse a todas las personas, ello con total independencia de la nacionalidad de la persona o de su condición administrativa, es decir que también los extranjeros inmigrantes tienen derecho a que su salud sea protegida y ello más aún cuando su situación administrativa sea irregular pues es precisamente en dichos casos donde se presentan mayores dificultades para el acceso a la asistencia sanitaria. No debemos de olvidar que muchas de estos extranjeros irregulares llegan a España en condiciones de salud deplorables, su objetivo es llegar a España para así conseguir un puesto laboral, y mejorar así su nivel de vida. Todo aquel esfuerzo de lograr mejores condiciones se exterioriza así desde la partida de su país de origen, y en el largo viaje que realiza hasta llegar al país de acogida, llegada que en muchos casos se convierte en una gran odisea. Prueba evidente de ello lo constituye la llegada a España de

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

diversos grupos de extranjeros no comunitarios los cuales en muchos casos llegan a España cruzando los océanos en pateras, estando expuestos a lo largo de su viaje de muchas situaciones y circunstancias que pueden llegar a alterar su salud.

En el mismo sentido anteriormente expresado el Tribunal Constitucional, también se ha manifestado respecto a la especial significación que poseería el derecho fundamental a la vida como expresión del valor superior del ordenamiento jurídico vida humana y ha destacado la peculiar posición que le correspondería ocupar en el catálogo constitucional de derechos fundamentales junto a la dignidad de la persona. De esta forma el derecho fundamental a la vida y la dignidad de la persona constituirían el “*prius lógico y ontológico*” para la existencia de los restantes derechos fundamentales<sup>758</sup> y por ende también del resto de los derechos de la persona que contempla la Constitución Española de 1978.

Llegado el inmigrante a territorio español, la situación se empeora debido a su falta de papeles, su nueva situación administrativa se convierte ahora en un obstáculo para acceder a los servicios sanitarios y de este modo el inmigrante opta por no acudir a los centros de asistencia, todo ello con el fin de no ser descubierto por las autoridades policiales. Por tanto ha de observarse que esta situación administrativa en la que se encuentra el inmigrante el cual lo convierte muchas veces en un extranjero ilegal hace que se puedan construir diferencias desde la sociedad de recepción; así pues desde la sociedad de acogida se tiende a pensar que el inmigrante es una persona totalmente diferente y que por tanto no debe de tener los mismos derechos que los nacionales. Esta situación lamentablemente no permite ver los elementos de igualdad que existen entre los inmigrantes extranjeros extracomunitarios y los nacionales, generando de esta forma una especie de marginación hacia ciertos grupos de extranjeros. Sin duda en este sentido podemos afirmar que muchas veces se efectúa una mala influencia por parte de muchas de las justificaciones políticas y económicas que se dan dentro de

---

<sup>758</sup> ARRUEGO, Gonzalo; La naturaleza Constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de “Urgencia Vital”; en Revista Española de Derecho Constitucional N°82, enero abril, 2008, p54.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

los estados de acogida, los cuales presentan un carácter marcadamente restrictivo y sientan sus bases excluyentes en el criterio de la nacionalidad, negando de esta forma, el derecho a la protección de la salud o solicitando la restricción del acceso efectivo a los servicios sanitarios por parte de los inmigrantes extracomunitarios<sup>759</sup>.

El reconocimiento del derecho a la protección de la salud con la consiguiente asistencia sanitaria para los extranjeros resulta ser una necesidad vital para el grupo de extranjeros inmigrantes que llegan a España; debe de tenerse en cuenta en este sentido la protección constitucional que efectúa el artículo 10.1 de la Constitución, puesto que la existencia digna de la persona solo puede ser posible mediante condiciones sanitarias óptimas en la que no se ponga en riesgo la salud del colectivo inmigrante ni tampoco el de la sociedad receptora, puesto que debe de tratarse y protegerse la salud de la población en general. Las autoridades estatales deben de dejar de tener en cuenta las consideraciones de tipo administrativo que tengan los inmigrantes, puesto que dicho control sólo traería como consecuencia más enfermedades poniendo en riesgo la vida de las personas y de esta forma atentando contra su propia dignidad, deben en este sentido aplicarse todas las medidas de prevención para evitar la transmisión de enfermedades de un grupo a otro.

Por tanto resulta una vez más necesario que se tome en cuenta para el debido reconocimiento de los derechos sanitarios que tienen los extranjeros inmigrantes, las condiciones sanitarias dignas en las que dichos grupos deben ser tratados, evitando así también todo tipo de discriminación que sea atentatorio contra su propia dignidad humana que tienen como personas, puesto que al no reconocerles el derecho a la protección de la salud se estaría vulnerando indirectamente contra el propio derecho a la vida y de esta forma se estaría contra un derecho fundamental que tiene toda persona independientemente de su condición jurídica. Ello se agrava aún más si tenemos en cuenta que sin la debida

---

<sup>759</sup> GARCIA VAZQUEZ, Sonia, *El estatuto jurídico constitucional... op .cit*, p.159.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

protección de la salud se estaría atentando también indirectamente contra el resto de derechos que posee la persona, los cuales dependen para su efectiva realización de que la persona posea una salud óptima que le permita ejercer sus derechos y desarrollarse así libremente como persona. De esta forma la protección de la salud se manifiesta como un elemento primordial a tomar en cuenta para el mejor desenvolvimiento de la personalidad y se pretende en consecuencia que aquella sea tutelada con los medios adecuados sin que en tal fin se llegue a vulnerar en forma contradictoria la dignidad y la libertad que tienen la personas humanas en general<sup>760</sup>.

Cabe resaltar en este sentido lo manifestado por SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, quien considera que el derecho a la protección de la salud es un derecho materialmente fundamental por lo que tiene que ver con la relevancia de su contenido y por su estrecha relación con la dignidad de la persona, de manera que alguien a quien no alcanzara una protección de su salud en grado suficiente debería considerarse como tratado indignamente y obstaculizado gravemente en sus desarrollo como persona<sup>761</sup>. Si bien es cierto que SOLOZABAL se manifiesta aparentemente contrario a la clasificación del derecho a la protección de la salud como un principio rector, condición que no es prevista por la Constitución Española, no obstante no podemos por ello desmerecer su reconocimiento del derecho a la protección de la salud como un derecho necesario y que se encuentra estrechamente vinculado a la dignidad que debe poseer toda persona, esto más si tenemos en cuenta que de aquella protección depende que se efectúe el efectivo y buen desarrollo de la persona. Es en este sentido como PREDREIRA ANDRADE defiende que el derecho a la protección de la salud constituye un derecho a la personalidad y no así una mera declaración programática. De esta consideración deduce PEDREIRA, que el derecho a la protección de la salud se encuentra en

---

<sup>760</sup> ALONSO LIGERO, María; *El derecho a la protección de la salud ...*, op. cit., p.58.

<sup>761</sup> SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan, Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el estado autonómico, *Documento de trabajo 89/2006*, Laboratorio Alternativas, p.7.

íntima interrelación e inescindible conexión con el derecho a la vida y a la integridad física<sup>762</sup>.

De todo lo dicho no cabe duda en efecto, afirmar que efectivamente el derecho a la protección de la salud se encuentra vinculado indefectiblemente a la dignidad que posee toda persona humana, dignidad que solo puede ser respetada a su vez si tenemos en cuenta las condiciones básicas para proteger la salud de la persona y de la población en general, pues solo y a través de la garantía en condiciones de igualdad que se debe de ejercer respecto al derecho a la protección de la salud, estaremos garantizando también el derecho a la vida y la integridad de la persona, así como también el efectivo desarrollo a la personalidad que el individuo sea nacional o extranjero en función de su salud tendrá en el futuro.

#### **IV.14) Problemas culturales asociados con la prestación de asistencia médica**

Sin pretender abordar el ámbito de desarrollo de otros derechos y libertades públicas, también encontramos que la protección del derecho a la salud de los extranjeros inmigrantes en España se ve en muchos casos estrechamente interconectado con el desenvolvimiento de muchos de estos derechos y libertades. Efectivamente no se puede olvidar que la diferencia de culturas en muchos casos ha imposibilitado o dificultado el ejercicio y protección del derecho a la salud. Si ya desde un principio muchas veces la diferencia de idiomas se constituye en un obstáculo para la efectiva recepción de la asistencia sanitaria, dicha dificultad se resuelve sin embargo en muchos casos a través de la intervención de profesionales debidamente capacitados para atender las necesidades de la población inmigrante, aunque podemos decir que lamentablemente dicha capacitación no resulta suficiente cuando se habla de culturas muy diferentes, impidiéndose de esta forma que se lleve a cabo una real

---

<sup>762</sup> PEDREIRA ANDRADE, Antonio; “Hacia una potenciación del derecho constitucional a la protección de la salud”, *Actualidad administrativa*, N°10, semana 9-15 marzo, 1992, p.92-111.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

protección de la salud y por consiguiente una efectiva integración de los extranjeros dentro de la sociedad receptora.

La búsqueda de soluciones posibles ante las dificultades, hace tomar medidas para lograr la completa realización del derecho a la protección de la salud. De esta forma se pretende que los bienes, instalaciones y servicios de salud sean los culturalmente apropiados para asumir las necesidades de los nuevos grupos poblacionales. Teniendo en cuenta las dificultades existentes no debe de olvidarse por otro lado el riesgo ante el cual se encuentran los extranjeros al ingresar dentro de los estados receptores, ello dado a que muchos de los inmigrantes que vienen a España no constituyen grupos de riesgo específico ya que no todos vienen y se encuentran en las mismas condiciones; por lo tanto no todos los extranjeros que vienen a España son portadores de enfermedades sino que al contrario pueden constituirse en agentes susceptibles a contraer enfermedades del país de acogida, esto ya sea por causa de las enfermedades comunes que existen dentro de los territorios o como consecuencia de la forma de vida deficiente en la que vive o trabaja el inmigrante, todo ello como consecuencia del miedo por su situación irregular o por el miedo a perder su trabajo<sup>763</sup>.

Dejando a un lado las enfermedades psicológicas a la que se encuentra sujeto el inmigrante extranjero al llegar a España, el derecho a la protección de la salud encuentra su mayor reto cuando pretende abordar la protección de la salud como una proyección del derecho a la vida, reto que se manifiesta complejo cuando entran en colisión dos derechos, derechos tales como el derecho a la vida y el derecho a la libertad religiosa. Si bien es cierto que resulta escasa la jurisprudencia referida al derecho a la protección de la salud y ello resulta comprensible debido a que dicho derecho no resulta ser objeto del recurso constitucional de amparo. No obstante encontramos dentro de la jurisprudencia un ejemplo significativo del modo como el Tribunal ha abordado dicho enfrentamiento. De esta forma el Tribunal Constitucional ha manifestado a través

---

<sup>763</sup> SEUBA, Xavier; "El derecho a la Salud", *Sur o no Sur: los derechos sociales de las personas inmigradas*, Icaria, Barcelona, 2006, p.113.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

de su sentencia 154/2002 de 18 de julio que “*cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante*”. En el caso expuesto el Tribunal Constitucional exoneró de responsabilidad a los padres de un menor de edad que como consecuencia de un accidente necesitaba de una transfusión de sangre urgente, dicha transfusión sin embargo se vio imposibilitada en un principio debido a las creencias religiosas que tenían los padres del menor y posteriormente debido a las propias creencias religiosas que poseía el menor, lo cual como era evidente imposibilitó una asistencia sanitaria urgente y vital para la supervivencia del menor, aunque si bien es cierto que los padres del menor aceptaron posteriormente la transfusión de sangre en sujeción de lo dispuesto por la autorización judicial, no fue posible finalmente salvarle la vida al menor, ello debido al largo tiempo transcurrido para que se efectuase la transfusión de sangre necesaria y vital para la supervivencia del menor. Esta situación generó, pues, que se condenara a los padres como autores del delito de homicidio. Esta condena trajo así como consecuencia que los padres solicitaran el respectivo recurso de amparo, amparo que les fue otorgado por el Tribunal y que les exoneró finalmente de toda responsabilidad en el caso de la muerte de su hijo menor, ello en atención de que los padres si habían acatado las resoluciones judiciales que les ordenaba la práctica de la transfusión, entendiéndose también que no resulta posible exigirles a los padres que estos puedan disuadirle al menor en cuanto al hecho de que acepte algo en contra de sus creencias religiosas, puesto que esta disociación si constituiría evidentemente una vulneración a su libertad religiosa. Vemos pues que el Tribunal Constitucional ha considerado de una forma significativa el derecho fundamental a la vida y resalta también su especial ubicación en el catálogo constitucional de los derechos fundamentales. De esta forma como ya dijimos anteriormente el Tribunal Constitucional estima que el derecho fundamental a la vida conjuntamente con el valor de la dignidad de la persona humana constituye un elemento primordial para la existencia de los restantes derechos fundamentales, puesto que el derecho a la vida es el “supuesto ontológico sin el que los restantes no tendrían existencia posible”<sup>764</sup>.

---

<sup>764</sup> STC 53/1985, de 11 de abril.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Si bien es cierto que el derecho a la vida y a la integridad física se encuentran protegidos mediante el recurso de amparo frente a toda actuación de los poderes públicos que pueda suponer un ataque o amenaza contra la vida, por otro lado también es verdad que se le ha encomendado precisamente a estos poderes públicos y especialmente al legislador que adopte todas aquellas medidas pertinentes que puedan ser necesarias para proteger el bien jurídico de la vida humana es decir frente a todos aquellos posibles ataques que puedan provenir de terceros<sup>765</sup>. Ahora bien debe de tenerse en cuenta en este sentido que cuando el Tribunal Constitucional habla respecto al derecho fundamental a la vida, no se ha pronunciado pues de una manera afirmativa sino más bien negativa en cuanto a la existencia de una concepción positiva respecto a este derecho fundamental, de esta forma no reconoce que dicho derecho fundamental se vea vinculado o realmente convertido en un derecho de libertad. De este modo el contenido del derecho a la vida y a la integridad física resultan ser de una naturaleza eminentemente defensiva y reaccional, y así el Tribunal considera que ambos derechos poseen una doble dimensión, una dimensión dirigida hacia la protección de su titular frente a los ataques dirigidos contra su cuerpo y otra dimensión dirigida a prohibir toda intervención efectuada que carezca del real consentimiento de la persona afectada. De esta forma “se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezcan del consentimiento de su titular”<sup>766</sup>. En idéntico sentido también se manifiesta la STC 207/1996 cuando expresa que el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la integridad no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por “toda clase de intervención en el cuerpo que carezca del consentimiento de su titular”<sup>767</sup>.

No obstante tal y como ha dicho también el alto Tribunal, el derecho fundamental a la vida y a la integridad física están eventualmente sujetos a determinados límites derivados de la preservación de otros bienes y derechos

---

<sup>765</sup> ARRUEGO, Gonzálo, *op .cit*, p58.

<sup>766</sup> STC 120/1990, de 27 de junio de 1990.

<sup>767</sup> STC 207/1996, de 22 de enero.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

constitucionales, con lo cual según el Tribunal Constitucional, existen supuestos de intervención en el cuerpo del individuo en los que la voluntad de la persona carecería de relevancia; esto en razón de la importancia que poseen el derecho a la vida y a la integridad física como derechos cuyo titular no posee una libre disposición y en función a su vez del carácter negativo del contenido de dichos derechos. También en su sentencia 35/1996 el Tribunal justifica la intervención coactiva que en algunos casos se hace necesario para proteger la integridad de la persona, de esta forma manifiesta que “el derecho a la salud, o mejor aún, a que no se dañe ni perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal, el cual resultará afectado incluso en el caso de que se imponga a una persona asistencia médica coactiva en contra de su voluntad y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga suficiente justificación constitucional”<sup>768</sup>.

En este mismo sentido se manifiesta la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, en su artículo segundo, dispone que existen dos casos en los que se exceptúa el respeto a la autodeterminación del enfermo, primero en los casos que atentan y afectan a la seguridad pública<sup>769</sup>, y segundo en aquellos casos en donde existe una urgencia o emergencia vital”. De esta forma se observa tanto de lo reiterado por el Tribunal como de lo dispuesto por la legislación estatal, que la preservación de la vida humana y de la integridad física de la persona se torna fundamental, siendo necesario por lo tanto para algunos casos la asistencia sanitaria coactiva, urgente y vital de los servicios sanitarios, ello siempre y cuando se ponga en serio riesgo la salud e integridad de la persona; de este modo el derecho fundamental a la vida y a la integridad física de la persona se constituyen en derechos invulnerables que

---

<sup>768</sup> STC 35/1996, de 11 de marzo.

<sup>769</sup> Según BORRAJO DACRUZ, Efrén la Constitución española de 1978 no ha recogido expresamente la cláusula de la salvaguardia de la salud como un límite en el ejercicio de los propios derechos fundamentales y de las libertades públicas, pero no obstante hay que entender que aquella se encuentra subsumida; el derecho a la asistencia en la cláusula del orden público que se encuentra prescrita en el artículo 21.2 de la misma carta Constitucional y que en todo caso, se integra en nuestro Ordenamiento jurídico a través de los Pactos, Tratados y Convenios Supra e Internacionales ratificados por España. El Derecho a la asistencia sanitaria de la seguridad social, *Revista de la Seguridad Social*, N°8, 1980, p10.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

deben de protegerse de forma coactiva en todos aquellos casos que resulten necesarios y vitales para la persona humana. Ello aún más en razón de la dignidad de que es titular toda persona humana, dignidad que coexiste paralelamente con el derecho a la protección de la salud que corresponde a toda persona y que no se supedita al estado de salud que posee la persona ni a la nacionalidad que posea.

### **IV.15) Garantías constitucionales del derecho a la protección de la salud de los inmigrantes**

La Constitución Española de 1978 contiene dentro de su articulado un variado conjunto de garantías dirigidas hacia el aseguramiento del derecho a la protección de la salud de los extranjeros inmigrantes.

En lo que se refiere a las garantías generales que la Constitución reconoce ha de quedar claro que por ser el derecho a la protección de la salud un derecho eminentemente social queda por lo tanto enmarcado su ámbito de protección dentro del artículo 1.1 de la CE, esto al igual que la protección que se otorga al resto de derechos sociales que contiene la Constitución Española los cuales llenan de contenido y hacen posible la existencia del Estado Social y Democrático de Derecho.

Y es precisamente en virtud de la existencia de ese Estado Social y Democrático de Derecho, en el que se promueve la igualdad real de las personas así como también la participación activa del Estado, que la titularidad del derecho a la protección de la salud rebasa en este sentido las fronteras de la nacionalidad y es entonces cuando los extranjeros inmigrantes se convierten en acreedores del derecho a la protección de la salud. No obstante cabe aclarar que el reconocimiento efectuado a favor de este colectivo no se efectúa de una manera amplia e ilimitada puesto que para que dicho reconocimiento sea factible es necesario tener en cuenta a su vez aquello que establece la Constitución en lo que

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

a la reserva legal se refiere. De esta forma no cabe duda que el Estado Social vino a cambiar el ámbito de protección que se efectuaba respecto a la salud y así los nuevos ideales sociales rompen con el viejo modelo asistencial benéfico de protección que se prestaba a cargo del Estado y es en razón de estos nuevos ideales cuando el concepto de salud pública toma un mayor alcance y es precisamente de este nuevo concepto de salud pública de donde nace la preocupación por una mayor protección de la salud de la población en general, protección que debe incluir tanto a los nacionales como a los extranjeros que viven dentro del territorio del estado.

De esta forma la actividad prestacional del estado toma fuerza con los nuevos ideales y necesidades que requiere el Estado Social y el poder público adopta así una nueva posición directa respecto a la asistencia sanitaria que la población requiere. Y en cumplimiento de lo que el artículo 9.2 prescribe, este nuevo Estado prestacional debe procurar promover que se den las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas, con lo cual resulta fundamental y necesario para el propio bienestar de la población que la protección de la salud se dé en condiciones de igualdad entre todas las personas, ello más aun si tenemos en cuenta el principio de universalidad e igualdad que contiene la ley general de sanidad.

La Constitución también reconoce, respeta y protege el derecho a la protección de la salud como un derecho contenido dentro de los principios rectores de la política social y económica y de esta forma proclama que a través de dicho derecho se informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. No obstante se reconoce que a diferencia de los derechos fundamentales los principios rectores entre ellos el derecho a la protección de la salud, solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que disponga la ley que lo desarrolle. Es precisamente en este punto de donde se entiende que la labor del legislador se torna fundamental para

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

poder concretar la obligación que poseen los poderes públicos de hacer efectivo el derecho.

De esta forma el legislador tiene la obligación de desarrollar el enunciado constitucional del derecho respetando su contenido esencial y aportando así el complemento indispensable que el enunciado requiere. La labor del legislador se convierte de este modo en una tarea complementaria que permite hacer operativo el derecho y por tanto judicialmente exigible<sup>770</sup>.

En el ámbito de las garantías jurisdiccionales, si bien es cierto que el derecho a la protección de la salud no constituye un derecho directamente justiciable por las garantías dispuestas en el apartado segundo del artículo 53, no podemos por otro lado dejar de tener en cuenta que aquellos derechos también se constituyen en derecho objeto de tutela por el poder judicial, aunque para que dicho derecho pueda ser tutelado por el Tribunal Constitucional resulta ser necesario que el derecho se encuentre estrechamente vinculado con un derecho fundamental. En el caso específico del derecho a la protección de la salud se puede decir que el derecho a la vida y a la integridad física son los derechos fundamentales que se encuentran relacionados con el derecho a la protección de la salud y es en virtud de dichos derechos que resulta factible recurrir ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo de forma indirecta y gracias a la vía atractiva de los derechos del núcleo duro de la Constitución Española.

Teniendo en cuenta la importancia que conlleva el derecho a la protección de la salud en cuanto derecho instrumental para la conservación y protección del derecho fundamental a la vida, resulta inútil establecer una delimitación en cuanto a su alcance poblacional. El derecho fundamental a la vida resulta ser,

---

<sup>770</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás, “Las garantías de los derechos sociales”, *Las estructuras del bienestar en Europa*, VVAA, MUÑOZ MACHADO Santiago y otros (Coord), Editorial , Escuela Libre, Madrid, 1999, p.42.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

pues, un derecho fundamental al que tienen derecho todas las personas, con total independencia de la nacionalidad que cada uno posea. De esta forma el derecho a la protección de la salud se convierte con mayor razón en un derecho que debe de ser garantizado para todas las personas en general, ello claro está con la regulación que cada legislación nacional establezca para el efectivo cumplimiento de este derecho social, pero teniendo en cuenta sobre todo que no se puede poner en riesgo la salud de la población en general de un país sean estos españoles, ciudadanos de la Unión o extranjeros inmigrantes.

No cabe duda que el fenómeno migratorio ha puesto en serios apuros al sistema sanitario español pero tampoco deben de olvidarse los problemas sanitarios originales que dicho sistema nacional también puede transmitir al colectivo inmigrante poniendo en riesgo de esta manera la salud de los inmigrantes. Esta problemática pone en evidencia la inexistencia de barreras fronterizas en lo que a la transmisión de enfermedades se refiere y es por tales motivos que en la actualidad resulta necesario y fundamental efectuar medidas sanitarias que tiendan a la protección de la salud pública en general, ya que el concepto de salud pública en la actualidad trasciende las fronteras de un estado y se convierte así en una preocupación general que requiere resolver el problema sanitario de una forma global.

En lo que se refiere a las garantías específicas del derecho a la protección de la salud no debe de ignorarse la realización que a favor de dicho reconocimiento deben de efectuar los poderes públicos esto tal como se desprende del inciso segundo del artículo 43, el cual manifiesta que “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”. Por otro lado también encontramos dentro del capítulo III del título I la garantía del establecimiento de un régimen público de Seguridad Social el cual según dispone la Constitución en el artículo 41 debe de garantizar la



**EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y  
DERECHO A LA SALUD**

---

asistencia y las prestaciones sociales que resulten necesarias para la protección de la persona.

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Las migraciones son fenómenos muy antiguos, y si bien es cierto que hoy en día no resulta ajeno hablar de inmigración en ningún Estado ni nación, hemos observado que no fue hasta la Revolución Francesa cuando verdaderamente se reconoció y se tomarán en cuenta los derechos que tenían los individuos para poder emigrar y elegir el medio que más les fuere favorable de acuerdo a sus circunstancias de vida. De este modo, surge pues la figura de la inmigración y se toma en cuenta los derechos de los extranjeros como personas para poder inmigrar libremente fuera de sus países de origen. Sin embargo, este reconocimiento no se ha mantenido invariable a través del tiempo debido a los cambios económicos por los que atravesaron los países desarrollados. Efectivamente, en un principio si se reconoció la entrada libre a los extranjeros, pero dicho reconocimiento se explica debido a la necesidad de mano de obra barata que era necesario cubrir para así poder incentivar el desarrollo económico que deseaban lograr los países desarrollados. Toda esta situación ha cambiado en los últimos tiempos, y la inmigración suele verse de una forma restrictiva y policial; y se resalta así la importancia de su regulación y de los límites a los que hay que atenerse. De esta forma, en la actualidad el extranjero inmigrante se encuentra sujeto a una serie de requisitos y normas que se deben de respetar y cumplir dentro de los países que lo acogen.

**SEGUNDA.-** Ha quedado demostrado, que la nacionalidad se ha constituido en la principal condición que separa y diferencia a los nacionales de los extranjeros inmigrantes. La ciudadanía por otro lado también se ha constituido en una condición fundamental de diferenciación en lo que respecta a los extranjeros inmigrantes, y es en base a este nuevo crecimiento poblacional de individuos de otros Estados cuando la ciudadanía varía su inicial función inclusiva y se proyecta con relación a los inmigrantes con un marcado carácter excluyente. Y es de este carácter excluyente donde surge la necesidad del extranjero de luchar por la conquista y extensión de los derechos que hoy comprende la ciudadanía.

De acuerdo con el carácter excluyente que presenta la ciudadanía en el que se encuentra indudablemente vinculada a la nacionalidad, y en el que se toma en cuenta el fenómeno de la etnificación, es cuando se observa que la ciudadanía se presenta como una institución limitativa respecto a la extensión de los derechos que debe de reconocérseles a los extranjeros inmigrantes. No obstante el carácter limitativo que posee la ciudadanía, y teniendo presente los postulados de una sociedad heterogénea y diversa que contiene el nuevo Estado Constitucional y Democrático de Derecho, actualmente no resulta posible hablar de una ciudadanía limitativa que esté basada en una única identidad. De esta forma, el modelo homogéneo que en los últimos tiempos han seguido los Estados modernos requiere replantear el viejo concepto de ciudadanía nacional, debiendo superarse también el esquema de igualdad formal bajo el que se inspiró.

**TERCERA.-** El Estado español está conformado por la unión de diferentes culturas, pero se ha observado que en la actualidad, dicho estado se ha visto enriquecido aún más con la presencia de diversas culturas, religiones e identidades que se corresponden con los extranjeros inmigrantes. Este nuevo suceso en el que la expansión de España se ha acentuado, ha generado que se piense en el cambio de una ciudadanía nacional excluyente a una ciudadanía más inclusiva, una ciudadanía en el que el fenómeno inmigratorio no sea considerado como un factor puramente ajeno contra el que hay que luchar irremediamente. De esta forma, de lo que se trata es de erradicar todo proceso de aculturación que por los motivos de homogeneización se está queriendo implantar en Europa, eliminando de esta forma la pluralidad cultural que existe dentro de un Estado. Lastimosamente dicho proceso se está viendo cada vez más realzado con el fenómeno de la globalización, fenómeno que cada vez más está contribuyendo a acentuar las diferencias entre los nacionales y los extranjeros inmigrantes, ignorando la dignidad humana del extranjero inmigrante. Todo esto ha generado que se den situaciones de exclusión, de discriminación y en casos extremos de racismo.

En su condición de personas humanas, los extranjeros inmigrantes deben ser tratados en igualdad de condiciones que los españoles. Si bien es cierto que debe existir una política de control hacia las grandes masas de extranjeros que vienen, dicho control no significa sin embargo que deba de efectuarse de una forma

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

sumadamente restrictiva y policial. El extranjero no debe ser considerado desde el principio como un enemigo, un delincuente, un extraño que viene a quitar los puestos de trabajo a los nacionales. Todos estos prejuicios deben ser por lo tanto eliminados, y se debe tomar en cuenta el lado positivo que trae consigo también la inmigración hacia el Estado receptor.

**CUARTA.-** La Constitución Española de 1978 ha tenido en cuenta el criterio de la nacionalidad para el reconocimiento de determinados derechos a los extranjeros inmigrantes. De esta forma, ha sustraído del ámbito de la participación política a todos los extranjeros que no forman parte de la soberanía nacional. Así pues, la Constitución reconoce la existencia de una igualdad común a que tienen derecho los ciudadanos nacionales más no los extranjeros inmigrantes, puesto que estos no son nacionales y por tanto no son titulares de los derechos políticos en las mismas condiciones que los nacionales. No obstante el criterio seguido por la Constitución, cabe resaltar que dentro de aquella se efectúa el reconocimiento de dos derechos sociales básicos como son el derecho a la educación y el derecho a la protección de la salud, los cuales son reconocidos de una forma general a todas las personas con las únicas reservas que establece el artículo 13, en lo que se refiere al reconocimiento de los derechos que tienen los extranjeros inmigrantes en España. Y es precisamente del reconocimiento de estos derechos sociales, en el que se observa la evolución que ha presentado el concepto de ciudadanía, variando de esta forma su concepto primigenio de inclusión de los derechos políticos para hoy en día reconocer también dentro de su ámbito de protección a los derechos sociales. Aquí se evidencia la influencia ejercida por el cambio de un Estado Liberal a un Estado Social de Derecho, en el que indudablemente las necesidades cambiaron con el consecuente aumento por otro lado de una sociedad más diversa y plural.

Efectivamente, la ciudadanía se ha constituido en una condición indispensable y limitativa para el reconocimiento de los derechos que tienen los extranjeros inmigrantes en España. Siendo esto así se observa que se ha relegado y se ha minusvalorado la condición que hoy en día poseen los extranjeros residentes en el país. Esta situación es la causa que genera un interés específico por parte de los

inmigrantes para que se efectúen medidas tendentes hacia la obtención de la nacionalidad o doble nacionalidad. Lo cual es gestionado con la finalidad de poder acceder a los derechos que la Constitución reconoce de una forma amplia y más bien no limitativa para los ciudadanos que poseen a su vez la nacionalidad española. De acuerdo a lo expuesto y debido también al escaso reconocimiento que se le da a la condición de residente que posee el extranjero, hemos advertido que resulta necesario insistir en la condición de extranjero residente y los derechos que ello conlleva. Nos referimos al reconocimiento de los derechos sociales básicos que éste debe poseer al igual que los ciudadanos nacionales.

**QUINTA.-** De acuerdo con el estudio de las normas de extranjería en el ordenamiento jurídico español, hemos advertido que dichas normas legales (Ley Orgánica de Extranjería 7/1985 y Ley Orgánica 8/2000) han llevado a cabo en su regulación la extensión de los derechos hacia los extranjeros de una forma más bien restrictiva y limitativa de los derechos, en lugar de ser extensiva y abierta hacia el colectivo de inmigrantes que se encuentran en España. Efectivamente, la política inmigratoria seguida por el Estado español no se ha manifestado abiertamente receptora respecto al colectivo de inmigrantes que se encuentran dentro del territorio español, prevaleciendo de este modo el criterio de la regularidad en cuanto al reconocimiento de los derechos sociales y manifestándose aún más restrictiva cuando se trata del reconocimiento de derechos de las personas que no cuentan con el respectivo permiso de residencia en el país. A esto se suma la política general también restrictiva seguida por la Comunidad Europea en la cual se encuentra también inserto el Estado español. Esto complica la situación del inmigrante y más aún del inmigrante ilegal que en muchos casos por el temor a ser descubierto verá limitado el goce del ejercicio de los principales derechos sociales. Por otra parte hemos apreciado que frente a la situación que experimentan los extranjeros inmigrantes extracomunitarios en España, esta se presenta de una forma favorable con respecto a la condición que ostentan los ciudadanos comunitarios que pertenecen a cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea. Estos ciudadanos no son pues objeto de exclusión y tienen por lo tanto reconocidos sus derechos de una forma amplia e igualitaria en razón de su pertenencia a la Unión Europea.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

Si bien es cierto que la condición de ciudadano nacional y la condición de ciudadano europeo se han constituido, inexorablemente, en los principales factores en vistas al reconocimiento de los derechos fundamentales, hemos considerado por otro lado, que no debemos dejar de tener en cuenta y de resaltar aún más la importancia que debe de tener la residencia legal que pueden poseer los extranjeros inmigrantes como uno de los principales factores que deben de contribuir al reconocimiento y extensión de los principales derechos sociales, al que todas las personas deben acceder. De aquí se desprende la importancia que aquella última condición posee, en cuanto al efectivo proceso de integración que se desea obtener integración que solo será posible obtener, si se toman en cuenta los principales derechos y necesidades que requiere satisfacer este grupo inmigrante en condiciones de igualdad que los nacionales y en razón de su inminente dignidad que posee por su condición de persona.

**SEXTA.-** La necesidad de la actividad prestacional del Estado como un motor para la realización de las principales necesidades sociales ha quedado demostrada en la actualidad. La actividad abstencionista mantenida y proclamada durante la época liberal, se tornó con el tiempo insuficiente y se degeneró aún más al establecer una sociedad igualitaria reservada solo para determinados grupos de personas. Era por tanto necesaria la actuación del Estado como el principal agente que pudiera llevar a cabo la realización de los derechos sociales, tendiendo evidentemente hacia la igualdad real de los derechos y con una ampliación extensiva del marco de los sujetos sociales que anteriormente habían sido excluidos en el beneficio de los derechos sociales. Ha quedado claro en este sentido, que la actividad prestacional no se manifiesta de una forma abiertamente contradictoria con los postulados establecidos por el sistema liberal sino que dicho sistema prestacional siguiendo los postulados del Estado Social, pretende ante todo hacer efectivos los derechos proclamados durante el sistema liberal. De esta forma, se manifiesta la relación evidente que existe entre el estado Social y el Estado Liberal, ya que el estado Social no niega las libertades proclamadas por el Sistema Liberal, si no que por el contrario, se encarga de hacerlas posibles, tal es así que, no se puede hablar de libertad verdadera sino se efectúa en un ámbito donde realmente se haga efectiva una igualdad real entre las personas de una

sociedad, y es éste el proceso que viene a completar el Estado Social como un Estado que eminentemente busca la justicia social a través de la satisfacción de los derechos sociales de todas las personas en condiciones de igualdad, incluyéndose por lo tanto dentro de su campo de protección también a los extranjeros inmigrantes, como los nuevos sujetos de la sociedad que poseen a su vez necesidades básicas y que se hacen por lo tanto acreedores a los nuevos derechos sociales que proclama el Estado Social de Derecho.

**SÉPTIMA.**- A partir del reconocimiento de la igualdad real y efectiva a la que en un Estado Social, se aspira llegar, hemos advertido que dentro de las principales medidas de acción positiva que ejerce este Estado para el logro de sus objetivos, se incluyen las medidas de discriminación positiva. Estas medidas se constituyen con el fin de reforzar los derechos de las personas que por determinadas circunstancias o condiciones han sido susceptibles de un trato discriminatorio por parte de la sociedad, y es precisamente con dichas medidas que se busca llegar a un estado de igualdad real en el que los derechos puedan así ser ejercidos por las personas sin tener en cuenta su estado o condición, es decir sin tener en cuenta la condición de extranjero inmigrante en la que pueda encontrarse la persona dentro de la sociedad. El reconocimiento de la dignidad de la persona también ha evolucionado con la instauración del Estado Social de Derecho, y es en este contexto donde hemos constatado que la dignidad ya no se relaciona necesariamente con el hombre individual, abstracto y privilegiado, al cual se aludía durante la época del sistema liberal, la dignidad cambia de este modo su proyección y toma un real sentido constituyéndose así en un valor fundamental que considera la relación que existe entre el hombre y la sociedad, y que por lo tanto no se constituye en un valor abstracto y limitativo sino más en un valor que es inherente a todas las personas. De lo expuesto ha quedado demostrado que la dignidad de las personas se ha constituido en un valor trascendental para el respeto y reconocimiento de los derechos sociales que lo son también de los extranjeros inmigrantes en cuanto personas. Y siendo su fundamento la dignidad humana que permite considerar a los extranjeros como auténticos titulares y acreedores de toda la protección y respeto a sus derechos más básicos.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

**OCTAVA.-** A partir de un breve estudio acerca de lo expuesto por las grandes declaraciones internacionales (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de los derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales) ha quedado demostrado que dichas declaraciones se han constituido en un instrumento muy importante a la hora del reconocer los derechos sociales de los extranjeros inmigrantes. Estas declaraciones, han consagrado el reconocimiento de los derechos sociales que tienen todas las personas, y por tanto también los extranjeros en su calidad de seres humanos que son al igual que los nacionales de los respectivos Estados de acogida.

En nuestro análisis hemos advertido que la igualdad se ha constituido en el principal fundamento y finalidad de los derechos sociales dentro del ordenamiento jurídico español, y es en este sentido que la Constitución Española de 1978 reconoce en su artículo 14 el principio y el derecho a la igualdad formal que tienen todos los españoles dentro del territorio español. Es cierto que originalmente no está reconocido directamente el derecho a la igualdad de los extranjeros inmigrantes. Pero se considera que se trata de un entendimiento totalmente restrictivo respecto al reconocimiento del derecho a la igualdad al que también tienen derecho los extranjeros inmigrantes. Resulta de este modo fundamental la pronunciación del Tribunal Constitucional en su sentencia 107/1984 cuando refiere que lo proclamado en el artículo 14 “no es argumento suficiente para afirmar la desigualdad de trato entre los extranjeros y españoles”, esto “porque no es únicamente el artículo 14 de la Constitución el que debe ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos sin los cuales no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España”. El Alto Tribunal ha manifestado la necesidad de conectar el artículo 14 con el artículo 13 de la Constitución, esclareciendo que si bien esta última hace alusión al término de libertades, esto no implica un significado restrictivo. De esta forma, se llega a establecer que la igualdad o desigualdad en la titularidad o el ejercicio de los derechos reconocidos en el título I de la Constitución se efectuarán, dentro de la medida que se establece en los Tratados y en la ley, no llegando a significar tal previsión la desconstitucionalización de los derechos



reconocidos a los extranjeros. De dicho reconocimiento cabe destacar entonces que el derecho educativo y el derecho a la protección de la salud son reconocidos como derechos constitucionales y que por tal motivo están dotados de toda la protección constitucional. Por otro lado, cabe manifestar que la igualdad ha sido considerada por la jurisprudencia como un derecho relacional. Siguiendo dicha consideración, no es posible efectuar un estudio abstracto del derecho a la igualdad de los extranjeros, puesto que dicho estudio solo es posible, en el contexto del ejercicio de un derecho ya existente que en nuestro caso serían el derecho educativo y el derecho a la protección de la salud.

**NOVENA.-** Se advierte además, que si bien es cierto que la Constitución Española ha reconocido la igualdad titularidad de los nacionales y los extranjeros inmigrantes respecto a los derechos inherentes a la dignidad, conviene aclarar por otro lado, que dicho reconocimiento habrá de efectuarse en el respeto a las diferencias, buscando una igualdad en la diferencia y un enriquecimiento mutuo en el que no se discrimine a las personas en función de su nacionalidad o cultura, ya que existe una común dignidad entre todas las personas, que nos conduce a la erradicación de cualquier tipo de exclusión radical. De esta forma, la dignidad se ha constituido dentro del ordenamiento jurídico español en la fuente básica en cuanto al reconocimiento de los derechos sociales de los extranjeros se refiere, y precisamente en función de aquella, los derechos son por tanto reconocidos y protegidos respecto, no solo a los nacionales, sino también a los extranjeros.

Ha quedado evidenciado que solo mediante el reconocimiento de los derechos sociales básicos y fundamentales, el extranjero podrá pasar de la exclusión en la que está inmerso a una verdadera inclusión social. Eliminada la exclusión social a la que está expuesto se podrá así lograr finalmente, lograr la tan querida integración social; integración que se ha vuelto tan necesaria en este mundo pluricultural en el que solo a través de la aceptación del otro podremos lograr la tan querida paz social en un mundo justo y democrático.

**DÉCIMA.-** En cuanto al estudio del derecho educativo, se ha constatado que el desarrollo jurídico constitucional de este derecho ha experimentado logros sustanciales solo a partir del nacimiento de los denominados derechos sociales, económicos y culturales. Efectivamente, gracias al nacimiento de éstos nuevos

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

derechos, el derecho educativo ha experimentado transformaciones radicales en cuanto a su verdadero alcance y desarrollo jurídico. Si efectuamos una mirada retrospectiva hacia nuestro pasado constitucional, más propiamente hacia los siglos XIX y XX, se hace evidente una escasa presencia normativa protectora de los derechos sociales de los extranjeros inmigrantes, y es precisamente dentro de este grupo de derechos sociales en donde encontramos al derecho educativo como un derecho que correspondía y que era regulado exclusivamente para los nacionales del país. Lógicamente esto se deduce y se justifica en la escasa presencia de extranjeros que en aquellos tiempos habían emigrado hacia España; sin embargo, habiéndose comprobado la ausencia total de regulación normativa educativa a favor de los extranjeros inmigrantes, no podemos dejar de lado los avances que ha experimentado este derecho independientemente de su conexión con el derecho de extranjería. De este modo, el siglo XVIII, conocido como el siglo de las luces, es el momento histórico donde la educación fue considerada como un instrumento capaz de transformar al hombre. Se piensa así, en una educación ligada a la idea de progreso, en el que se relacionaba a la educación directamente con la idea de felicidad de la nación. Dignos herederos de la ilustración, los liberales, persisten en mantener esa fe en el progreso y por lo tanto luchan y aspiran por lograr esa igualdad ante la ley, constituyéndose la instrucción en un elemento importante en la lucha por la libertad, valorándose al hombre no solo como un instrumento de reforma social sino más bien como un ciudadano convertido en un sujeto activo de derechos y libertades.

**DÉCIMO PRIMERA.**- Al abordar el estudio de las principales Constituciones Españolas, hemos analizado que la Constitución de Cádiz de 1812, que permitió un avance más significativo en cuanto a la constitucionalización del derecho educativo, y se constituyó a su vez en una de las expresiones más representativas del sistema liberal del siglo XVIII. Este nuevo texto constitucional nace exponiendo dos importantes principios: el principio de igualdad y el principio de la libertad de la enseñanza, los cuales, ya desde ese entonces, se constituyeron en el principal baluarte del futuro sistema educativo, llegándose a materializar normativamente en los principios educativos de universalidad, gratuidad y obligatoriedad de la educación. La Constitución Gaditana viene así, a proclamar el

principio de universalidad, pretendiendo establecer con él, un programa de Instrucción Pública que esté abierto a la totalidad de la población en condiciones de uniformidad e igualdad educativa, encontrándose, por lo tanto, también los extranjeros incluidos dentro de lo establecido por la Constitución, siempre y cuando cumplieran los requisitos exigidos por dicha norma. Las posteriores Constituciones que sucedieron a la Carta Política Gaditana, constituyeron cuerpos normativos carentes de desarrollo en lo que al derecho educativo se refiere, ello se evidencia de las claras omisiones que se efectuaron en cuanto al tema educativo. No obstante, cabe resaltar la vigencia en la Constitución de 1845 del único documento importante que sobresalió en lo referente al tema de extranjería; nos referimos aquí, al Real Decreto de Extranjería del año de 1852. Una vez puesta en vigencia la Constitución de 1869, la educación vuelve a tomar un nuevo impulso y en lo referente al tema de extranjería dicha Constitución vino a ser el texto legal que recoge por vez primera los derechos atribuidos expresamente a los extranjeros. Aunado a dichos avances, el Proyecto de Constitución Federal de la República Española de 1883, reconoce a todas las personas la titularidad de todos los derechos subjetivos que reconocía su título Preliminar. Por tal motivo, al reconocerse derechos subjetivos a todas las personas. Se inicia así, un nuevo antecedente en el reconocimiento de los derechos educativos de los extranjeros inmigrantes que al igual que los nacionales tienen la calidad de persona.

La Constitución de la II República se constituyó en la primera Constitución que proclamó la intervención del Estado en la estructura administrativa educativa. Pero es en la Constitución de 1931, cuando la intervención del estado tomó real forma, produciéndose la transformación del Estado Moderno en un Estado Social, con lo cual se produce una efectiva intervención del Estado en el aspecto educativo, reconociéndose al derecho educativo como un derecho de carácter social. Dicha constitución fue el texto que más se preocupó de los problemas relacionados con el aspecto educativo, llegando a regular por tal motivo, la gratuidad y obligatoriedad de la enseñanza primaria así, como el reconocimiento de la libertad de cátedra. Asimismo, dicha Constitución se constituyó en el principal instrumento que llegó a reconocer derechos a favor de los extranjeros, reconociéndose así la libertad de expresión como un derecho que se encuentra en íntima conexión con el derecho a la instrucción.

**DÉCIMO SEGUNDA.-** El reconocimiento del derecho educativo como un derecho eminentemente social ha significado un gran avance en cuanto al reconocimiento, desarrollo y garantía que hasta ese momento no había alcanzado este derecho. El derecho a la educación llegó a experimentar cambios fundamentales en lo que respecta al ámbito de titularidad que comprendía este derecho. Siendo los extranjeros inmigrantes parte de la realidad española, no es posible negarles el reconocimiento de los derechos sociales de los que también gozan los nacionales. De este modo, los extranjeros inmigrantes son verdaderos sujetos del Estado Social y por lo tanto verdaderos destinatarios de los derechos sociales de carácter prestacional, entre ellos el derecho educativo.

Hemos advertido, que el derecho a la educación fue objeto de diversos debates como producto de las diferentes discrepancias que existían entre las fuerzas políticas que discutieron su configuración dentro de la Constitución Española. Finalmente, superadas las tensas discusiones las fuerzas políticas que intentaban llegar a un acuerdo en las diversas materias sometidas a debate, fue posible arribar a un determinado consenso en lo que se refiere al derecho educativo. De este modo, el tema educacional que había sido discutido por las diferentes comisiones fue incluido en el artículo 27 de la CE, el cual, fiel reflejo de las tensiones que antecedieron a su aprobación se constituyó en un derecho omnicompreensivo que incluía dentro de sí, derechos y libertades de diferente naturaleza jurídica; en otras palabras nos encontramos con un derecho que contiene el principio de igualdad y el de la libertad de educación.

En lo correspondiente a la configuración constitucional del artículo 13, se ha visto que dicho artículo ha venido a llenar un vacío que hasta ese momento había existido respecto a la regulación normativa de los derechos de los extranjeros. De esta manera, dicho artículo ha reconocido a los extranjeros el pleno goce de los derechos y libertades fundamentales establecidas en el Título I del texto constitucional español, llegándose a reconocer entre ellos, como es notorio, el denominado derecho a la educación que sin embargo, deberá de estar condicionado a lo dispuesto en la ley y en los tratados respectivos. Dada la

evidente relación del artículo 10 con el artículo 13 de la CE, habrá que destacar la importancia de este precepto, puesto que en él se consagra la existencia de los derechos inviolables, que son inherentes a la persona en razón de su dignidad, proclamando asimismo el libre desarrollo de la personalidad. Y es en virtud de esta prescripción se puede concluir afirmando que no cabe hacer una distinción entre nacionales y extranjeros, respecto al goce del derecho educativo. Asimismo como establece su segundo apartado ha de considerarse además la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como todos los acuerdos y Tratados internacionales que estén ratificados por España.

También hemos advertido que la Constitución Española ha atribuido a los extranjeros inmigrantes la titularidad del derecho educativo. Así, el apartado primero del referido artículo ha asignado genéricamente a “todos” la titularidad del derecho a la educación no llegándose, por lo tanto, a limitar su titularidad únicamente respecto a los nacionales del país. Esta fórmula normativa impersonal queda confirmada con lo prescrito por el apartado 4 del artículo 27 de la CE, el cual no alude a un beneficiario particular de la referida enseñanza, dedicándose únicamente a proclamar que la referida enseñanza es obligatoria y gratuita y acreedora por lo tanto, de una debida protección jurisdiccional ya sea ante los tribunales ordinarios mediante un proceso preferente y sumario o a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art 53.2 de la CE.).

En cuanto a la legislación de desarrollo se evidencian las continuas reformas. De este modo, el derecho educativo de los extranjeros fue regulado en un principio por la L.O. 7/1985, la cual llegó a convertirse en una ley profundamente limitativa, pues reconocía el derecho educativo de los extranjeros basándose en el cumplimiento del requisito básico de la legalidad. Demostrada la ineficacia de la Ley 7/1985, surge la nueva LO 4/2000, la cual alimentada de un gran espíritu de integración social, llegó a establecer reformas significativas a favor del derecho educativo de los extranjeros inmigrantes, eliminando significativamente el requisito de legalidad que había establecido la anterior ley. Se llegó a reconocer un derecho educativo en igualdad de condiciones con los españoles, tanto para la enseñanza obligatoria como para la no obligatoria. Sin embargo, la ley 8/2000 vino a reformar los grandes avances logrados por la LO 4/2000, lo cual significó

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

un grave retroceso en el reconocimiento de los derechos humanos de los extranjeros inmigrantes, así pues, se llegaron a restringir muchos derechos prescindiendo del principio de igualdad que había regido durante la ley anterior. Asimismo, se estableció el reconocimiento de la educación no obligatoria como un derecho que dependía de la condición jurídica en que se encontraba el extranjero, no obstante, el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad del término “residentes” dentro del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 8/2000 . De esta forma, el Tribunal ha manifestado que el reconocimiento del derecho a la educación no obligatoria solo para los extranjeros inmigrantes residentes se torna inconstitucional, puesto que se estaría vulnerando el artículo 27.1 de la CE, el que conjuntamente con el artículo 39.4, el artículo 28 de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño y el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos humanos, reconocen derecho a la educación no básica a todos los menores de 18 años que no tengan residencia legal en el país de acogida. Según el Tribunal Constitucional debe de tenerse en cuenta aquello que dispone el artículo 27.1 de la CE comprende la escolarización tanto la educación básica como la no básica, puesto que el derecho al acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación y su ejercicio por lo tanto puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor.

**DÉCIMO QUINTA.-** Abordando un ámbito más universal, se ha efectuado un recorrido a través de la normativa internacional que ha contemplado el derecho educativo en cada uno de sus textos respectivos. Así, se ha efectuado un análisis de la DUDH, como un texto que se ha constituido en la fuente de otras declaraciones constitucionales y que marca la pauta de reconocimiento de los derechos humanos de ámbito internacional. Esta declaración, reconoce una serie de derechos como el derecho educativo, realizando la consideración del carácter de persona humana del extranjero inmigrante. Ya en el contexto social europeo la regulación del derecho educativo de los extranjeros inmigrantes, no ha experimentado una preocupación significativa en cuanto a su regulación y

reconocimiento, llegándose a prestar una mayor atención al colectivo perteneciente a la comunidad europea.

De acuerdo con el estudio realizado hemos advertido, que el reconocimiento y desarrollo del derecho educativo de los extranjeros inmigrantes se ha visto decisivamente influenciado por la presencia inminente de dos conceptos fundamentales que se encuentran en una íntima imbricación, nos estamos refiriendo por supuesto a los dos grandes valores que son contemplados por el diverso articulado nacional e internacional, los cuales son la dignidad y la igualdad. La dignidad se ha constituido por encima de otros valores existentes en el valor fundamental supremo que posee toda persona, en su calidad de ser racional. Esta dignidad hace del hombre un fin en sí mismo, no admitiendo por tal motivo ningún tipo de superioridad de uno sobre otro y sin permitir discriminación alguna. El derecho educativo y el derecho de extranjería han tomado el valor superior de la dignidad de la persona como fuente y base para su desarrollo y ejecución. De este modo, el derecho educativo ha reconocido este derecho fundamental a todas las personas en razón de la plena dignidad de la persona humana, no efectuando por tal motivo diferenciación alguna por razón de nacionalidad. Siendo el derecho educativo un derecho que aspira a alcanzar el pleno desarrollo de la personalidad, entonces podemos decir que estamos hablando de un derecho que se torna fundamental e imprescindible para la garantía de la persona humana. Reconocida como tal, la dignidad común de todos los seres humanos, es decir de todas las personas, se llega entonces a establecer que el extranjero, sea o no un inmigrante, tiene por el hecho de ser persona humana derecho a la educación con total independencia de su nacionalidad.

**DÉCIMO SEXTA.-** En un evidente intento de lograr la igualdad educativa el artículo 27.1 tiene que tomar en cuenta aquello que establece el artículo 9.2 de la CE, el cual ha asignado a los poderes públicos la capacidad para promover las condiciones para que la igualdad de la o las personas sea real y efectiva. Efectivamente, este precepto normativo se constituye en un elemento importante a tener en cuenta, pues siendo el derecho educativo un derecho de carácter prestacional, requiere indubitadamente de la intervención de los poderes públicos, los cuales no se verán impedidos si es que resulta necesario, de introducir las

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

discriminaciones que ellos consideren necesarias. La discriminación positiva no se constituye pues en un elemento negativo, sino por el contrario en un elemento positivo en defensa de los derechos de los extranjeros, pues, al introducir diferencias de trato justificadas y razonables, se estará contribuyendo de alguna forma a que el derecho educativo de los inmigrantes se desarrolle en igualdad de condiciones al resto de la población española.

Analizando el derecho a la educación como un medio para lograr la integración de los extranjeros inmigrantes se ha demostrado la importancia que posee la educación intercultural como uno de los principales medios que han contribuido al efectivo cumplimiento de la integración de los extranjeros inmigrantes. Se ha destacado la importancia de esta educación por cuanto aquella promueve la convivencia entre las distintas culturas y el respeto a las diferencias existentes entre aquellas, facilitando de esta forma la relación entre las personas y buscando por otro lado el enriquecimiento que pueda obtenerse de lo propio que pueda tener cada cultura dentro de un contexto social como lo es la escuela. De este modo se ha observado que el modelo intercultural se manifiesta como un medio favorable a los efectos de una efectiva integración de los inmigrantes, en el que se busca respetar los derechos de todas las personas y su reconocimiento en condiciones de igualdad.

**DÉCIMO SEPTIMA.-** Al estudiar el derecho a la protección de la salud, ha quedado demostrado que su desarrollo jurídico constitucional ha experimentado desarrollos sustanciales sólo a partir de la positivación de los denominados derechos sociales, económicos y culturales. Efectivamente, gracias al reconocimiento de estos nuevos derechos, el derecho a la protección de la salud ha experimentado transformaciones radicales en cuanto a su verdadero alcance y desarrollo jurídico, ampliándose de esta forma su reconocimiento como un derecho que poseen todas las personas, a diferencia de las épocas anteriores en el que el derecho era reconocido a un número reducido de seres humanos y en el que no existía propiamente un concepto de salud pública. De acuerdo con los cambios efectuados por el Estado Social, los extranjeros inmigrantes son también



de este modo incluidos como verdaderos destinatarios de los derechos sociales de carácter prestacional, entre ellos el derecho a la protección de la salud.

De acuerdo con lo expuesto por el artículo 13 de la CE, se ha reconocido a los extranjeros el pleno goce de los derechos y libertades fundamentales establecidos en el título I del texto constitucional español, llegándose a reconocer entre ellos, el derecho a la protección de la salud que sin embargo, deberá de estar condicionado a lo dispuesto en la ley y en los tratados respectivos. Tomando en cuenta a su vez lo expuesto por el artículo 10 de la misma Carta Magna en el que se proclama la existencia de unos derechos inviolables, que son inherentes a la persona en razón de su dignidad, se reconoce así también que los extranjeros inmigrantes son sujetos titulares en el goce al derecho a la protección de la salud. Así mismo, si tomamos en cuenta lo prescrito por el artículo 15 de la CE, que reafirma el derecho a la vida y a la integridad física de la persona como derechos eminentemente fundamentales, debemos de tomar en cuenta a su vez, aquello que prescribe el artículo 43, puesto que dicho artículo se hace indispensable para la efectiva protección de estos derechos fundamentales, pues solamente con una debida atención sanitaria es posible dar sentido y manifestación a los proclamados derecho a la vida e integridad física.

**DÉCIMO OCTAVA.**- El constituyente ha sido claro al introducir conforme se desprende del artículo 43 un específico derecho a la protección de la salud, diferenciándose en este sentido de aquello que podríamos entender desde un sentido estricto como un derecho a la salud. De esta forma, con gran acierto se aboca la Constitución Española al estudio de las formas de protección y tutela de la salud y no así de la salud en sí misma, puesto que la alteración de la misma no puede quedar configurada dentro del ordenamiento jurídico. Visto así, compete a los poderes públicos desde una política social generalizada, establecer los correspondientes servicios públicos que puedan llevar a dar cumplimiento dicha protección sanitaria.

Por otro lado, hemos advertido que la configuración legal del derecho a la protección de la salud, expresada a través de la Ley General de Sanidad, ha introducido el reconocimiento de este derecho a colectivos de extranjeros que

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

antes no se veían incluidos dentro de su ámbito de protección. Pero es en la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000, modificada por la ley Orgánica 8/2000, donde nos encontramos con un más amplio reconocimiento de este derecho, pues dicha ley viene a reforzar la protección brindada por la Ley General de Sanidad ampliando su ámbito de protección sanitaria hacia todas las personas extranjeras en condiciones de igualdad que los españoles, disociando así su condición de afiliado al Sistema de Seguridad Social, cualquiera que sea su situación, ya sea este regular o irregular.

El servicio público sanitario, producto naciente de las nuevas necesidades sociales acaecidas en el Estado Social, se ha configurado como el principal medio indispensable para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud y es precisamente la Constitución de 1978 la que ha marcado su tendencia descentralizadora, estableciendo un reparto de competencias entre los poderes públicos encargados de organizar y tutelar la salud. De esta forma se ha reconocido la competencia de las Comunidades Autónomas para la organización de sus instituciones de autogobierno, así como también la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas a regular en materia sanitaria. Por otro lado, la actividad prestacional pública del Estado se encuentra manifestada a través del mandato de organización que prescribe la Constitución el cual se lleva a cabo a través del Sistema Nacional de Salud, organización que despliega sus efectos en todo el territorio español.

**DÉCIMO NOVENA.**- Se ha reconocido la importancia de que el derecho a la protección de la salud se convierte en una necesidad básica a garantizar por los poderes públicos, y esto aún más en lo que respecta a la salud de los extranjeros inmigrantes. Es cierto que dichos extranjeros encuentran garantizados sus derechos en función del reconocimiento efectuado por la ley de Extranjería y por las Declaraciones Internacionales, pero debe tenerse en cuenta además que dicho reconocimiento no puede ir desligado de la importancia que conlleva el principio de la dignidad de la persona. Resulta fundamental en este sentido que se realicen todas las medidas pertinentes para que se lleve a cabo efectivamente el derecho a la protección de la salud, de esta forma de entre otras áreas se debe de comenzar

desde la educación que debe impartirse en las escuelas, todo ello con el fin de que se realice dentro de ellas una educación favorable a la protección de la salud en general. En este mismo sentido ha resultado fundamental el reconocimiento efectuado por el artículo 22 de la Declaración Internacional de los Derechos Humanos, en cuanto dicha Declaración reconoce el derecho que tienen las personas a la satisfacción de los derechos económicos sociales y culturales, derechos para cuyo ejercicio resultará indispensable para su dignidad y libre desarrollo que por su condición de personas poseen. Este reconocimiento efectuado por la referida Declaración, condensa en un solo artículo la importancia que posee la dignidad de la persona humana en cuanto presupuesto indispensable que debe ser respetado para que se dé efectivamente el reconocimiento de los derechos de los extranjeros de acuerdo a su condición de personas.

**VIGÉSIMA.-** En nuestra investigación sostenemos que el derecho a la protección de la salud de los extranjeros inmigrantes encuentra su expresión a través de la asistencia sanitaria que efectúan los servicios públicos sanitarios. Esta protección comprende en la actualidad a la mayoría de los extranjeros que habitan el territorio español, pero esta protección se lleva a cabo de acuerdo a unas variantes que se encuentran relacionadas con la condición administrativa de residencia o no residencia que pueda poseer el extranjero o según se trate de la afiliación que el mismo extranjero pueda llevar a cabo con respecto al Sistema de Seguridad Social que existe dentro del territorio Español.

De este estudio se desprende que la Ley Orgánica de Extranjería 8/2000 ha tenido en cuenta, para el reconocimiento del derecho a la protección de la salud, la situación especialmente vulnerable en la que se pueda encontrar el extranjero inmigrante ilegal en España, de esta forma se le ha reconocido el derecho a la protección de la salud a los menores extranjeros, a las mujeres extranjeras embarazadas y a los extranjeros que pudieran necesitarlo debido a una situación sanitaria de urgencia. La Ley también ha valorado la situación jurídica administrativa de empadronamiento que el extranjero pueda haber realizado dentro del territorio español, incluyendo por otro lado y de una forma indirecta dentro del derecho a la seguridad social, el derecho prestacional sanitario que

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

tiene el extranjero residente en su condición de trabajador beneficiario del Sistema de Seguridad Social.

**VIGÉSIMO PRIMERA.**- De acuerdo con la clasificación efectuada por la Carta Magna de 1978 respecto de los derechos sociales, sean estos considerados como derechos fundamentales o como principios rectores, se ha demostrado la inconveniencia que dicha clasificación ha traído consigo para la protección del derecho a la salud, por cuanto el en cuestión no ha sido considerado como un derecho fundamental por el Constituyente, lo cual ha llevado inevitablemente a que la protección que se efectúe de este derecho carezca de las garantías que si tienen otros derechos fundamentales; tal es el caso del derecho social fundamental a la educación. Resultando ser el derecho a la protección de la salud un derecho básico e inherente a la dignidad de la persona y estando en estrecha relación con el derecho a la vida, se convierte de esta forma en un derecho social importante que es necesario proteger y reconocer a todas las personas, con total independencia de la nacionalidad de las personas ya que la protección de la salud contra las enfermedades trasciende pues el ámbito de la nacionalidad y de la situación administrativa que pueda poseer la persona en un determinado Estado.

Mantenemos que el derecho a la educación y el derecho a la protección a la salud son derechos cuya satisfacción requiere ser atendida a lo largo de todo el desarrollo de la vida de la persona. Sin la educación no sería posible el desarrollo personal que requiere el hombre para vivir, y sin la debida protección de la salud sería imposible, bajo todos los aspectos, seguir con la vida misma y por ende, sería imposible hablar del ejercicio de los restantes derechos fundamentales y principios rectores de la vida del hombre. Este orden nos devela la interconexión del derecho a la salud con el derecho a la educación, puesto que la finalidad que persigue el derecho a la educación consiste en el desarrollo personal el cual se vería imposibilitado si no se ejerciera y llevara a cabo finalmente bajo unas condiciones excelentes de salud. Siendo los postulados de igualdad y justicia social, propios del Estado Social de Derecho Español, resulta pues fundamental, que se garantice a todas las personas con total independencia de la condición nacional o extranjera el efectivo ejercicio de estos dos derechos sociales básicos.

**BIBLIOGRAFÍA**

- ABARCA JUNCO, Ana; *Inmigración y extranjería*, Colex, Madrid, 2008.
- ACTIS, Walter, y Otros, Inmigración, escuela y mercado de trabajo –Una radiografía actualizada, *Colección estudios sociales*, Nº11, Fundación La Caixa, Barcelona, 2002.
- ACEBEDO DUQUE, Estefanny, “Educación intercultural en el colegio Las Esclavas. La dificultad de la integración en el aula de alumnos de otras culturas”, *La Gaceta*, del jueves 22 de mayo de 2003 en <http://www.lagacetadesalamanca.com>.
- AGUDO ZAMORA, Miguel; “El convenio europeo de derechos humanos”, *El tribunal constitucional y el convenio europeo de derechos humanos*, Servicio de publicaciones de la universidad de Córdoba, Córdoba, 2001.
- AGUELO NAVARRO, Pascual, Comentario a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000), VV.AA, CAMPO CABAL, Manuel (Coord), Civitas, Madrid, 2001.
- AJA FERNÁNDEZ, Eliseo y Otros, “La inmigración extranjera en España- Los retos educativos”, *Colección Estudios Sociales* Nº 1, Fundación la Caixa, Barcelona 2000.
- AJA FERNÁNDEZ, Eliseo, “El derecho a la educación de los inmigrantes”, *Cuadernos de Pedagogía*, Nº315.
- AJA FERNÁNDEZ, Eliseo, “Derechos y libertades de los extranjeros, La nueva regulación de la inmigración en España, VV.AA, AJA, Eliseo (Coord), Tirant LO Blanch, Valencia, 2000.
- ALAEZ CORRAL, Benito; *Nacionalidad, Ciudadanía y democracia ¿a quién pertenece la constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- ALGARA, José, *Lecciones de derecho internacional privado*, Imprenta de Ignacio Escalante, México, 1989.
- ALONSO ESPINOSA, Carlos Alberto; “Extranjeros y derecho a la salud ¿derecho o tolerancia?” *Autonomías*, Nº30, noviembre, Barcelona, 2004.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo y Otro, “Artículo 35. Protección de la Salud”, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, Concordancias, Jurisprudencia*, Thompson, Civitas, Navarra, 2006.
- ALONSO LIGERO, María, El derecho a la protección de la salud, *Revista de Seguridad Social*, Nº 8, 1980.
- ALVAREZ CONDE, Enrique, “El status constitucional de los derechos fundamentales de los inmigrantes”, *Estudios sobre Derecho de Extranjería*, Instituto de Derecho público de la universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2005.

- ALVAREZ-VALDEZ Y VALDEZ, A, *La extranjería en la historia del derecho Español*, Ed. Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, Oviedo, 1992.
- ALVAREZ, José María, *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 2001.
- ALZAGA VILLAMIL Oscar; “Artículo 11”, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996.
- AÑÓN ROIG, María José y Otros, *Lecciones de derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- APARICIO TOVAR; *La Seguridad Social y la Protección de la salud*, Editorial Civitas, Madrid, 1989.
- ARANGO, Joaquín, “Derechos Sociales, Ciudadanía e Integración”, *Inmigración y Derechos de ciudadanía*. Tercer Seminario Inmigración y Europa, Fundación CIDOB, Barcelona, 2006.
- ARNAL SARASA, María., “Inmigrantes claves para el futuro Inmediato”, *Cuaderno Étnicas*, Publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, 2000.
- ARCE GÓMEZ, Juan Carlos, “Extranjeros y Asistencia Sanitaria. Adecuación de la Prestación a la Legalidad Vigente desde una Perspectiva de Equidad y Eficiencia”, *Revista Publicada por la Asociación profesional del Cuerpo Superior de técnicos de la Administración de la Seguridad Social*. Nº17, mayo-2007.
- ARRUEGO, Gonzalo; La naturaleza Constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de “Urgencia Vital”; *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº82, enero-abril, 2008.
- ASENSI SABATER, José, “Encuesta en torno a la constitución española”, *Revista Teoría y realidad constitucional*, Nº 7, primer semestre, 2001.
- ASENSI SABATER, José, Comentario a la Ley de Extranjería, VV.AA, ASENSI SABATER (DIRECTOR), Edijus, Zaragoza, 2000.
- AZNAR LOPEZ, Manuel, “Los derechos sociales de los extranjeros”, *Reflexiones sobre la Nueva Ley de Extranjería*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- BALIBAR, Étienne, *Nosotros ¿Ciudadanos de Europa?*, *Las fronteras, el Estado, el pueblo*, Tecnos, Madrid, 2003.
- BARNES VÁZQUEZ, Javier, La educación en la Constitución de 1978 (Una reflexión conciliadora), *Revista de derecho constitucional*, Nº12 (septiembre-diciembre de 1984).
- BARREIRO RODRÍGUEZ, Herminio., “La educación como cuestión de Estado: de Platón a la ilustración francesa”, *Revista Interuniversitaria. Historia de la Educación*, Nº 6, enero-diciembre, 1987.
- BARRIOS FLORES, Luis, “Europa y sanidad pública: el fenómeno del turismo sanitario”, *Revista Derecho y Salud*, Volumen 14, marzo-2006.
- BEATO ESPEJO, Manuel; El Sistema Sanitario Español: Su Configuración en la Ley general de Sanidad. I. Perfil Histórico de la Institución y Marco Constitucional, *Revista de Administración Pública*, Nº 119 (mayo-agosto), Madrid 1989.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

- BEDMAR MORENO, Matías, “Atención socioeducativa a inmigrantes en centros adultos”, *Multiculturalidad y educación. Teorías, ámbitos, práctica*, VVAA, FERNÁNDEZ GARCÍA, Tomás (coord.) Alianza, Madrid, 2005.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan, “Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno a la igualdad”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 10, Nº1, enero-junio, 2002.
- BERMEJO GARCÍA, Romualdo y Otro, “Los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales”, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*, VV.AA, HERRERO DE LA FUENTE Alberto (Editor), Fundación Rey Alfonso Henríquez, gráficas Andrés Martín, Zamora, 2003
- BESALÚ, Javier, *Diversidad cultural y educación*, Proyecto Editorial, Madrid, 2002.
- BONET PÉREZ, Jordi, “La tutela de los derechos y libertades del extranjero en el marco universal de la protección internacional de los derechos humanos”, *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes. Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.
- BOBBIO, Norberto; *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.
- BORRAJO DACRUZ, Efrén, “Artículo 43- Protección de la salud”, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, ALZAGA VLLAAMIL, Oscar (Director), Ed. de Derecho Reunidas, Tomo IV, Madrid 1996.
- BORRAJO INIESTA, Ignacio., “El derecho a la educación en libertad: esquema de interpretación”, *Democracia constitucional (Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente)*, Laxes, S. L. Ediciones del Centro de estudio políticos y constitucionales, Madrid, 2003.
- BRIONES MARTÍNEZ, Irene, Aspectos controvertidos de la nueva ley de educación, *Revista General de Derecho Canónico y derecho eclesiástico del Estado*, Nº 10 (febrero), 2006.
- BRU, Carlos María; *La ciudadanía europea*, Editorial Sistema, Madrid, 1994
- BORJA, Jordi y Otros; *La ciudadanía europea*, Ediciones Península, Barcelona, 2001.
- BORRÁS, Alegría, “La influencia de la evolución en el medio internacional sobre el derecho español de extranjería en el período 1985-1995”, *Diez años de Ley de Extranjería: Balance y perspectivas*, VV.AA, BORRÁS, Alegría (Director), Fundación Paulino Domènech, Barcelona, 1995.
- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene; *Los nacionales de los Terceros países en la Unión Europea*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001.
- CABEZA PEREIRO, Jaime, “Protección social de las personas extranjeras en España”, *Tratamiento jurídico de la Inmigración*, VV.AA, MENDOZA NAVAS, Natividad (coord.), Bomarzo, Albacete, 2008.
- CALVO BUEZAS, Tomás, “Las razas humanas no existen”, *La escuela ante la inmigración y el racismo*, Editorial Popular, Madrid, 2003.

- CAMARA VILLAR, Gregorio, “Los derechos y libertades del ámbito educativo”, *Derecho constitucional*, Tecnos, Volumen II, Madrid, 1999.
- CAMARA VILLAR, Gregorio, “El derecho a la educación de los extranjeros en España”, *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001.
- CAMPILLO MESEGUER, Antonio; “Ciudadanía y Extranjería en la Sociedad Global”, *La condición inmigrante: exploraciones e investigaciones desde la Región de Murcia*, 2005.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa; “La configuración del derecho constitucional a la protección de la salud”, *Revista vasca de administración pública*, Nº 80, 2008.
- CAPITÁN DIAZ, Alfonso, “La pedagogía española del siglo XIX”, *Breve historia de la educación en España*, Alianza Editorial S.A., Madrid, 2002.
- CARAVANA, Julio, Una nueva ley de educación. De males inexistentes y remedios ineficaces, *Revista Claves de la Razón Práctica*, Nº 159, 2006.
- CASTLES, Stephen, “Jerarquías de ciudadanía en el nuevo orden global”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Nº37 (2003).
- CASTLES, Stephen, “Globalización e Inmigración”, *Inmigración y proceso de cambio. Europa y el mediterráneo en el contexto global*, Icaria, Barcelona, 2004.
- CASTRO CID, Benito de., *El reconocimiento de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1982.
- CARMONA CUENCA, Encarnación; El estado social de derecho en la constitución; *Revista de Estudios Políticos*, Nº 86, 2000.
- CARMONA LUQUE, Rosario, Cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Su influencia en la evolución de los derechos del Niño, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2001.
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino y Otro, “La protección de la salud en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 57, 2005.
- CIPOLLA, Carlo., “Historia económica de la población mundial”, en *Anales de Historia Contemporánea*, Nº18, 2000.
- CONTRERAS, José María, *Estudios de las personas y grupos vulnerables en el derecho internacional*, Sub Dirección de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.
- CONTRERAS PELÁEZ, Francisco, *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1998.
- COSSIO DÍAZ, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989
- CRESPO NAVARRO, Elena; La Directiva 2003/109/CE del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia; *Revista del Derecho Comunitario Europeo* Nº8, 2004.
- CRUZ MIÑAMBRES, José., *El derecho fundamental a la educación – Estudio interdisciplinar alrededor de un núcleo de derecho constitucional*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1988.
- CHARRO BAENA, Pilar y Otros. “Algunas consideraciones jurídicas sobre el Estado Social y el Fenómeno migratorio”, *Políticas Sociales y*



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

*estado de bienestar en España: las migraciones*- Informe 2002, Fundación Hogar del Empleado, Madrid, 2002.

-CHINCHILLA MARIN, Carmen; El Servicio Público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la Televisión?, *Estudios sobre la Constitución española Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría - De los Derechos y Deberes Fundamentales*; tomo II; Editorial Civitas, S.A, Madrid, 1991.

-DE CASSO Y ROMERO, Ignacio (Director) “Voz: extranjero”. *Diccionario de derecho privado*, Barcelona, 1954

-DE ESTEBAN ALONSO, Jorge y Otro, *Curso de derecho constitucional español II*, Universidad Complutense, Madrid, 1993.

-DE FIORE, Pascual., Derecho internacional privado, de ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho internacional privado.*, 8va edición, Porrúa, México., 1986.

-DE HARO RODRÍGUEZ, R y Otro, La educación intercultural como respuesta a la diversidad del alumno, *Educación y Diversidad. XV Jornadas nacionales de universidad y educación especial*, Volumen II, Universidad d Oviedo, 1998.

-DE JULIOS CAMPUZANO, Alonso; la Paradoja de la Ciudadanía. Inmigración y derechos en un mundo globalizado, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del derecho*, Nº7, 2003 en [www.uv.es/cefd/](http://www.uv.es/cefd/)

-DE LA VILLA GIL, Luis, El derecho constitucional a la salud; Las transformaciones del Derecho de Trabajo en el marco de la constitución española, Coordinadores CASA BAAMONDE, María (Coord), La Ley, Madrid, 2006.

DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, La protección de los extranjeros, especialmente en el sistema de seguridad social, *Revista General de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº 10, febrero 2006, en [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

-DE LUCAS, Javier; *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*; Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

DE LUCAS, Javier, Puertas que se cierran. Europa como fortaleza, Icaria, Barcelona, 1996.

DE LUCAS, Javier; La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración; *Isegoria*, Nº 26, 2002.

DE LUCAS, Javier, La globalización no significa universalidad de los derechos. En el 50 aniversario de la declaración de 1948, *Revista Jueces para la Democracia*, Nº 32, julio, 1998

DE LUCAS Javier y Otro, “Le déplacement du monde. Migration et politiques identitaires”, Paris, Kime, 1998, en *Nueva Ciudadanía y Derechos Sociales y Políticos de los Inmigrantes*, AÑON, María, *Gaceta Sindical*, Nº3, 2003.

DE LUCAS, Javier, El marco jurídico de la inmigración. Algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la ley Orgánica 4/2000”, *Jueces para la Democracia*, Nº 38, 2000.

DE LUCAS, Javier, “Los inmigrantes como ciudadanos”, *Gaceta Sindical*, Nº3. Reflexión y Debate. Ciudadanía y derechos sociales y políticos de los inmigrantes, junio, 2003.

DE LUCAS, Javier; Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración en Inmigración y derecho. *Segundas Jornadas de Derechos Humanos y libertades fundamentales*, FERNÁNDEZ SOLÁ, Natividad (coord.), Mira Ediciones, Zaragoza, 2001.

DE LUCAS Javier; Hacia una ciudadanía europea inclusiva. Su extensión a los inmigrantes, *Revista CIDOB D'Afers Internacionals*, Nº 53, mayo – junio, Zaragoza, 2001.

DE LUCAS, Javier; “Reconocimiento, inclusión, ciudadanía. Los derechos sociales de los inmigrantes”, *La Universalidad de los Derechos Sociales, el reto de la inmigración*, Universidad de Valencia, coordinadora, AÑON, María, 2004.

-DE ORUÉ Y ARREGUI, José Ramón, *Manual de derecho internacional privado*, 3ra edición, Editorial Reus, Madrid, 1952.

-DE PUELLES BENITEZ, Manuel; *Educación e ideología en la España contemporánea*, Tecnos, Madrid, 1999.

DE PUELLES BENITEZ, Manuel; “Diez años de educación en España (1978-1988)”, Tomo V, *Anales del centro Alzira*, UNED, Madrid, 1989.

-DEL REY GUANTER, Salvador, “El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional”, *Revista de Derechos y Libertades*, Nº6, febrero, 1998.

-DIAZ MARTÍN, José, “Artículo 9. Derecho a la Educación, Comentarios a la Ley de Extranjería. Reformada por la L.O 8/2000, de 22 de diciembre, VV.AA. ASENSI SABATER, José (Director), Edijus, Zaragoza, 2001.

-DIAZ PÉREZ, Amelia, *La protección de las minorías en el Derecho internacional*, Universidad de Granada, Madrid, 2004.

-DIAZ REVORIO, Javier, “Los Derechos Fundamentales Educativos en el Ordenamiento Estatal: El derecho a la educación en sentido estricto en los derechos fundamentales”, *El Ámbito Educativo en el Ordenamiento Estatal y Autonómico de Castilla-La Mancha*, Ediciones Parlamentarias de Castilla –La Mancha, Cortes de Castilla La Mancha, 2002.

-DIEZ DE VELAZCO VALLEJO, M; “La proyección del derecho comunitario europeo sobre el estatuto jurídico del extranjero”, *Curso de Conferencias sobre el Derecho comunitario europeo*, 1975, Centro de Estudios hipotecarios, Madrid, 1976.

-DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica, *Formas de Gestión de la Sanidad Pública en España*; edita La Ley, Madrid, 2006.

-ELIZONDO BREEDY, Gonzalo y Otro; “Efecto de los derechos económicos, sociales y culturales en la formulación del presupuesto nacional”, *Liber Amicorum*. Héctor Fix –Zamudio, Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Unión Europea, Volumen I, San José, Costa Rica, 1998.

-EMBID IRUJO, Antonio, “El contenido del derecho a la educación”, *Revista española de derecho administrativo*, Nº 31, Civitas, Madrid, 1981.

EMBID IRUJO, Antonio, *La libertad de enseñanza en el umbral del siglo XXI. Aspectos jurídicos*, Tecnos, Madrid, 2000.

-ENÉRIZ OLAECHEA; Francisco Javier, *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución Española*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2007.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

- ESPLUGUES MOTA, Carlos y Otros, *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España (Análisis de la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la L.O 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, Tiran Lo Blanch, Valencia, 2001.
- FRANCÉ MUDANÓ, Adela, *Lo que sabía no valía. Escuela, diversidad e inmigración*, Consejo económico y social de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2003, p.376.
- ESCOLANO BENITO, Agustín, *La educación en la España contemporánea (Políticas Educativas, Escolarización y Culturas Pedagógicas)*, Biblioteca Nueva, S. L., Madrid, 2002.
- ESSOMBA, Miquel, “alumnado de familia extranjera e igualdad de oportunidades en Educación. El complejo laberinto hacia la equidad”, *Educación e inmigración: nuevos retos para España en una perspectiva comparada*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2007.
- ESPINAR VICENTE, José María., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Civitas. S.A, Madrid, 1994.
- ESPULGUES MOTA, Carlos y Otros, *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España (Análisis de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su Integración Social)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- ESPULGUES MOTA, Carlos y Otro, *Análisis de la ley orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2001
- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- ESTEVA RUIZ, Roberto, *Apuntes mimeográficos de la cátedra de derecho internacional privado*, Facultad de derecho de la UNAM, Distrito Federal, México, 1995.
- ETTIENNE LLANO, Alejandro., “La protección de la persona humana en el derecho internacional”, *Los derechos humanos*, Editorial Trelles, México, 1987.
- ETXEBERRIA, Félix, “La política educativa europea y la dimensión europea de la educación”, *Políticas educativas en la Unión Europea*, Ariel, Barcelona 2000.
- Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana Espasa Calpe “Voz: extranjero”, Tomo XXII., Madrid, 1998.
- FARIÑAS DULCE, María José; “Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico jurídica a la actitud postmoderna”, *Cuadernos Bartolomé de las Casas*; Nº6, Dykinson, 1997.
- FARIÑAS DULCE, María José; *Globalización, Ciudadanía y derechos humanos*, Dykinson, 2000, Madrid.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p.906.
- FERNÁNDEZ Encarnación, *Igualdad y derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.
- FERNÁNDEZ ENGUITA, Mariano, Iguales, libres y responsables, *Cuadernos de pedagogía*, Nº311, marzo de 2002. FERNÁNDEZ ENGUITA, Mariano, “la Segunda generación ya está aquí”, *Papeles de Economía Española*, Nº98, 2003, Universidad de Salamanca.

- FERNÁNDEZ SORIA, Juan, “Derecho a la educación y libertad de enseñanza en la reforma educativa (LOE)”, *Revista de educación*, Nº 346, mayo-agosto, 2008.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; *Derecho Español de nacionalidad*, Tecnos, Madrid, 1987.
- FRIAS OSUNA, Antonio, *Salud pública y educación*, Masson, Barcelona, 2004.
- GALVÍN, Isabel y Otro, *Propuesta metodológica para el trabajo social con inmigrantes*, 1ra edición, Siglo Veintiuno, Madrid, 1996.
- GARCIA VÁZQUEZ, Sonia, *El estatuto jurídico constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M, Nacionales extracomunitarios y derecho a la igualdad de condiciones de trabajo, *Temas Laborales*, Nº 59, 2001.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso y Otros, “Artículo 27” en *Comentarios a la constitución española*, ALZAGA VILLAMIL, Oscar (Director), Tomo III, Derecho Reunidas, Madrid, 1996.
- FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, ALFONSO, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Igualdad en dignidad y titularidad de derechos”, *La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos*, *Rivista di Scienze Giuridiche*, Universidad Católica del Sacro Cuore, Nº2 Anno L, maggio-agosto, Milano, 2003.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, José María., *El servicio Público de la Sanidad: el marco constitucional*, Editorial Civitas S.A, Madrid 1984.
- FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Tomas, *Las garantías de los derechos sociales en Las estructuras del bienestar en Europa*, VVAA, MUÑOZ MACHADO Santiago y otros (coord.), Editorial , Escuela Libre, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio, *La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GALVEZ, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, Editorial Tecnos, Madrid 2003.
- FERNÁNDEZ SORIA, Juan Manuel, “Estado y educación en la España contemporánea”, *Síntesis*, Madrid, 2002
- FERRAGIOLI Luigi, Teoría del pragmatismo Penal, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 2000.
- FERRAGIOLI, Luigi; *Derechos y garantías. la ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2ª ed., 2001.
- FERRER PEÑA, Ramón María, *Los derechos de los extranjeros en España*, Tecnos, Madrid 1989.
- TERRÉ, François, “Réflexions sur la notion de nationalité”, *Revue Critique de Droit International Privé*, Nº2, 1975.
- FRAILE ORTIZ, María; *EL significado de la ciudadanía europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

- FRASER, Nancy y GORDON, Linda, Contrato versus caridad: una reconsideración de la relación entre ciudadanía civil y ciudadanía social”, *Isegoría*, 1992.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, Los derechos fundamentales en el Estado Social
- FONSECA MORILLO, Francisco; Los Derechos de los nacionales de terceros países en la unión en Ciudadanía Europea e Inmigración en Europea, *Revista CiDOB D’Afers Internacionals*, Nº 53, mayo –junio, Zaragoza, 2001.
- FRAU LINARES, María José., “De la marginación general a la marginación infantil” en *Intervención social con menores (Fundamentación y programas de la comunidad valenciana)*, BUENO BUENO Agustín (coord.), Universidad de Alicante, Fundación Cultural CAM, Secretariado de Publicaciones, Alicante, 1996.
- FLOREZ GIMÉNEZ, Fernando, “La normativa para los extranjeros no comunitarios en España”, *Revista General de Derecho*, Nº 585, 1983.
- GAMARRA CHOPO, Yolanda, “El derecho a la educación y a la protección y promoción de la diversidad de expresiones culturales de los inmigrantes”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Nº14, marzo, 2007.
- GANDIA, Eleuterio, Derechos y deberes de los Usuarios de los Servicios Sanitarios. *Apuntes de Legislación y Ética Profesional*, Nº4; Curso 2003-2004, en <http://www.aibarra.org>.
- GARCÍA COSO, Emiliano, “artículo 9”, *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la L.O 8/2000)*, 1ra Edición, Civitas, Madrid, 2001.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, 3ª edición, Madrid, 1985.
- GARCÍA LÓPEZ, Jesús, *Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino*, EUNSA, Pamplona, 1979.
- GARCÍA MADRID, Antonio, *Cuestiones política y legislación en educación*; Kadmos, Salamanca 2000
- GARCIA MORALES, Aniza, La justiciabilidad de los derecho económicos, sociales y culturales, Universidad Complutense, Madrid, 2003
- GARCÍA MORILLO, Joaquín, *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia., 1994.
- GARCIA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del estado contemporáneo*, Editorial Alianza, Madrid, 1989.
- GARRIDO FALLA, Francisco, “Artículo 11”, *Comentario a la Constitución Española*, Editorial Civitas, 1985.
- GARRIDO FALLA, Fernando y Otros, “Artículo 27”, *Los derechos y deberes fundamentales en comentarios a la constitución*, Segunda Edición Ampliada, Civitas S.A., Madrid, 1985.
- GÍMENEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*. Tirant lo Blanch., Valencia, 1999.
- GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo, Los inmigrantes iberoamericanos y su seguridad social, *Revista Foro de Seguridad Social*, Nº 4, junio 2001.
- GINER, Salvador y Otros, *Diccionario de Sociología*, Alianza, Madrid, 1998.

- GONZALEZ CAMPOS, Julio, y Otros, *Derecho internacional privado*, Vol. I, Oviedo, 1985.
- GONZALEZ MORENO, Beatriz; *El Estado social: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ-POZADA, Juan García, “La Organización del Sistema Sanitario Español”, *Lecciones de Derecho Sanitario- Colección de Cursos Congresos e Simposios*; Servicio de Publicaciones de la Universidad de la Coruña, Coruña, 1999.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*; Civitas, Madrid, 1986
- HEATER, Dereck, *Ciudadanía. Una breve historia*, Alianza Editorial, Madrid, 2007.
- HELD, David; “Ciudadanía y Autonomía, La política”, *Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, Nº 3,1997
- HERRERO HERRERO, César, “Perspectivas criminológicas del menor marginado”, *Los menores marginados en Castilla y León*, Consejería de Cultura y Bienestar Social, Dirección general de servicio social y consumo, Valladolid, 1988.
- IZQUIERDO ESCRIBANO, Antonio., “La inmigración reto europeo del siglo XXI”, *Hacia una Europa multicultural- El reto de las migraciones*, Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, Kadmos, Salamanca, 2002.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier., “La igualdad jurídica como límite al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 9, 1993.
- JOVELLANOS, Gaspar Melchor, “Bases para la formación de un plan general de instrucción pública”, *Historia de la Educación en España*, Ministerio de Educación, Madrid, 1979.
- JUÁREZ PÉREZ, Pilar; *Nacionalidad Estatal y ciudadanía Europea*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- KAHALE CARRILLO, Djamil, La Prestación de Asistencia Sanitaria a los extranjeros en España, *Revista de Derecho y Salud*, Volumen 15, Nº1; enero-junio del 2007.
- KELSEN, Hans, La naissance de l'État et la formation de la nationalité, “Revue de Droit international”, 1929.
- LEGAZ LACAMBRA; “La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre”, *Revista de estudios políticos*, Nº 55, Madrid, 1986.
- LIÑAN NOGUERAS; “La protección internacional de los derechos humanos en la Constitución Española, Comentario al artículo 10.2”, *International Law Association*, Boletín Informativo Nº9, marzo, 1982.
- LOPEZ GARRIDO, Diego y Otros, “Instrumentos jurídicos contra el racismo”, *Xenofobia en Europa*, Popular, Madrid 1994.
- LUMANN, “L, Europe des citoyens”, *Revue du Marchè Común*, Nº 346, 1991
- LOPEZ GUERRA., “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la constitución de 1978”, *Mujer y constitución*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2000.
- LOPEZ SALA, Ana María, *Inmigrantes y estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*, Barcelona, 2005.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

- LOZANO LARES, Francisco, “El marco comunitario de la Seguridad y Salud Laboral, Una aproximación al derecho social comunitario, VV.AA, CRUZ VILLALÓN y Otro (Coord), Tecnos, Madrid, 2000.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo; “Globalización, inmigración y ciudadanía social”, *Revista de Derecho migratorio y Extranjería*, Nº4, noviembre, 2003.
- MANN, Michael, Ruling class strategies and citizenship. En BULMER, M. y REDDS, A; *Citizenship today*. UCL Press.Londres, 1996.
- MARSHALL, Thomas y BOTTOMORE, T, *Ciudadanía y Clase Social*. Alianza, Madrid, 1998.
- MARTÍN DELGADO, Isaac, La Asistencia sanitaria de los extranjeros en España, *Revista Derecho y Salud*, Volumen 10, Nº2; Julio –Diciembre; Navarra; 2002.
- MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente; *Ciudadanía Social y Políticas inmigratorias de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2005.
- MARTÍNEZ BONAFÉ, Jaime y Otros; *Ciudadanía, poder y educación*, Editorial Graó, Barcelona, 2003.
- MARTINEZ BLANCO, Antonio., *La Interpretación de la Constitución en materia de Enseñanza y Problemas del Estatuto de Centros Escolares*; Murcia, 1982.
- MARTINEZ ESTAY, José Ignacio; *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*, CEDECS, Barcelona, 1997.
- MARTINEZ LOPEZ MUÑIZ, José Luis “La educación en la constitución española”, *Persona y derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y derechos humanos*, Nº 6., Universidad de Navarra, 1979.
- MARTINEZ PINZÓN, José, *Ciudadanía: dinámicas de pertenencia y exclusión*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de la Rioja, La Rioja, 2003.
- MARTINEZ DE PISÓN, José; *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 1998.
- MARTINEZ DE PISON, José; El derecho a la salud un derecho social esencial, *Revista de Derechos y Libertades*, Nº14, Época II, enero de 2006.
- MARTÍNEZ DE VELASCO, Ángel y Otros, *Manual de historia de España siglo XIX*, Imprenta Nilo, Madrid ,1990.
- MARTINEZ Y HERNANDO, Eduardo, *Tratado del derecho a la protección de la salud*, Servicio de publicaciones de la facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004.
- MASCAREÑAS, Carlos (Director), “Voz: extranjero”, *Nueva enciclopedia jurídica*, Tomo IX, Francisco Seix, Barcelona, 1975.
- MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, Madrid, 7º.ed., 1977, T.II, parte especial.
- MIGUEL CATALAYUD, José Antonio, “Análisis de la posición constitucional del extranjero en España”, *Diez años de la ley de extranjería- Balance y perspectivas*, BORRAS, Alegría (director), 1ra edición, Fundación Paulino Torres Doménech, Barcelona, 1995.
- MISHRA, D, 1992, *El estado de bienestar en crisis. Pensamiento y cambio social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, trad. R. Muñoz del Bustillo, 1992.

-MOLINA DEL POZO, Carlos, Hacia una concepción expansiva de la salud pública en España, *Revista de derecho público*, Nº2, año XIV, Vol. II, Nº111, 1998.

MOLINA DEL POZO, Carlos; Hacia una Concepción expansiva de la salud pública en España, *Revista de derecho público* Nº111, 1998.

-MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “artículo 9. Derecho a la educación”, *Comentario a la ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (L.O 4/2000, L.O 8/2000 y R.D 64/2001)*, VV.AA, MONEREO PÉREZ, José y Otro (Director), Comares, Granada, 2001.

-MONEREO, José, Ciudadanía, solidaridad y extranjería”, *Comentario a la constitución socio-económica de España*, MONEREO MOLINA (Director), Granada, Comares, 2003.

MONEREO PÉREZ, José y Otro; “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007 de 7 de noviembre y 259/2007 de 19 de diciembre (I)”, *Relaciones Laborales: Revista de teoría y práctica*, Nº6, 2008.

-MUÑOZ MACHADO, Santiago; La organización, las prestaciones y otros problemas jurídicos actuales de los servicios sanitarios, *Revista Vasca de Administración pública*, Nº 57, septiembre-diciembre, 2000.

- NAVARRO BARBA, Juan., “El derecho a la educación en el menor extranjero”, *Revista Anales de Historia Contemporánea*, Nº18, 2002.

-NOGUEIRA, Rosario, Principios constitucionales del sistema educativo español, Centro de publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1988.

-OLIVAN, Fernando; “Nacionalismo y Extranjería. La labilidad del extranjero, *Monográfico sobre Inmigración Actual en España y Ley de Extranjería*, Nº 18; Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Departamento de Historia Moderna Contemporánea y de América, Murcia., 2002

-PAJARES, Miguel; *Integración Ciudadana. Una perspectiva para la inmigración*, Icaria, Barcelona, 2005.

-PAJARES, Miguel, *La inmigración en España*, Icaria, Barcelona, 1998.

-PARIZA CASTAÑOS, Luis Miguel, *Gestión de Flujos Migratorios en la Unión Europea en Inmigración, extranjería y Asilo*, Colex, Majadahonda, 2005.

-PECES BARBA, Gregorio, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, S. A., Madrid 1988.

PECES BARBA, MARTINEZ Gregorio; “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, *Revista de Derecho y Libertades* Nº 6.

PECES BARBA MARTINEZ, Gregorio, *La elaboración de la constitución de 1978*, Centro de estudio constitucionales, Madrid, 1988

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio; “La universalidad de los derechos humanos”, en NIETO NAVIA, Rafael (editor), “La Corte y El Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1995, San José.

-PEMAN GAVÍN, Juan, *Derecho a la salud y Administración Sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bologna, 1989.



## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

- PERALTA MARTÍNEZ, Ramón y Otro, La ciudadanía europea: límites, *Revista de la facultad de la universidad Complutense*, Nº86, 1994-1995.
- PEREZ DIAZ, Víctor y Otros, *España ante la inmigración*, Colección *Estudios Sociales*, La Caixa, Barcelona, 2001.
- PEREZ GALÁN, Marino, “La constitución de la II república y el tema educativo”, *Revista de Cuadernos de pedagogía*, Nº 46, octubre 1978.
- PEREZ LUÑO; “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos sociales y culturales”, *Anuario de Derechos Humanos*, Tomo I, 1981.
- PEREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2004.
- PEREZ VERA, E; La ciudadanía europea en el tratado de Maastricht, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993.
- PEREZ VILLALOBOS, M. “Libertad de circulación y residencia. Art 5”. En MOYA ESCUDERO, Mercedes, *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001.
- PEÑA, Javier, *La ciudadanía hoy, problemas y propuestas*, Editorial de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 2000.
- PISARELLO, Gerardo; “Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática y evolutiva”, *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- PISARELLO, Gerardo, Los derechos sociales de la población inmigrada: razones para una comunidad inclusiva y plural, *Sur o no Sur: los derechos sociales de las personas inmigradas*, Icaria, Barcelona, 2006
- PRIETO SANCHIS, Luis, Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en AÑÓN, María, *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- PEREZ MARTÍN, Elena, “La constitución Europea y los extranjeros nacionales” en *Comentarios a la Constitución Europea II*, ALVAREZ CONDE, Enrique y Otros (Directores), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- Platón; república, Libro I, Espasa Calpe, Madrid.
- PI Y LLORENS, Monserrat, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999.
- PRIETO de Pedro Jesús, *Cultura, culturas y constitución*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1992
- QUINTANA DE UÑA; “La Política educativa en España entre 1850 y 1939”, *Revista de Educación* Nº 240, sep-oct 1975.
- RAMOS QUINTANA; Derechos de los trabajadores extranjeros, *Revista española de Derecho del Trabajo* Nº86, 1997
- RIDAO, José María, “Populismo, democracia, inmigración (La Directiva europea de retorno)”, *Claves de la razón práctica* Nº185, septiembre-2008.
- RIVERO LAMAS, Juan, *Protección de la salud y estado social de derecho*; Real Academia de Medicina, Zaragoza, 2000.
- RODRÍGUEZ BARRIGÓN, Juan, *La ciudadanía de la unión europea*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ CARDO, Antonio, *Ámbito subjetivo del sistema español de seguridad social*, Thompson, Aranzadi, Navarra, 2006, p.178

- RODRÍGUEZ DRINCOURT ÁLVAREZ, Juan, “La nacionalidad como vía de integración de los inmigrantes extranjeros”, *Revista de Estudios Políticos y Constitucionales*, Nº 103, enero-marzo, 1999.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M, “Nacionales extracomunitarios y derecho a la igualdad de condiciones de trabajo”, *Temas Laborales*, Nº 59, 2001.
- RODRÍGUEZ PIÑEIRO, Miguel, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1996.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “La Constitución como fuente de derecho”, *La Forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993.
- RUEDA VALDIVIA, Ricardo; “Artículo 12-Derecho a la Asistencia sanitaria”, *Comentarios a la ley de Extranjería*; editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- RUIZ GÍMENEZ CORTEZ, Joaquín., “Artículo 10”, *Comentarios a la constitución española de 1978*, Tomo II, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996
- RUIZ LOPEZ, Blanca y Otro; Las políticas de inmigración: la legitimación de la exclusión, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, Bilbao, 2001.
- R.F. Le Bris, “L'éger et ses metamorphoses: quelques considérations contemporaines”, en *L' Internationalisation du Droit, Mélanges en l' honneur de Yvon Loussouarm*, Dalloz, Paris, 1994.
- SAGARRA I TRIAS, Eduard, *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España: Protección jurisdiccional y garantías*, Bosch, Barcelona, 1991.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la constitución española*, Consejo general del poder judicial, Madrid, 1999.
- SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, “Los derechos sociales. Inclusión en el constitucionalismo de un concepto polémico”, *Revista General de Derecho*, Nº 618, MARTÍNEZ VAL, José (Director), 1996, marzo Año LII.
- SÁNCHEZ RIVAS Y OTRO; *Guía para Orientación Legal en Inmigración*, Editorial Lex Nova; Valladolid 2005.
- SALAZAR BENÍTEZ, Octavio; El derecho a la identidad cultural, *Revista de Estudio Políticos*, 2005.
- SALVADOR DEL REY, Guanter, El Derecho a la Protección de la Salud: Notas sobre su entramado Constitucional, *Revista de Derecho y Libertades del instituto Bartolomé de las Casas*; (Universidad Pompeu Fabra) Imprenta del Boletín Oficial del estado, Año III, febrero de 1998.
- SÁNCHEZ CORDERO, Olga; *El derecho constitucional a la protección de la salud*; Poder judicial de la Federación; Nº6, México, 2000.
- SÁNCHEZ GONZALEZ, Santiago, “Comentario introductorio al título I”, *Comentarios a la constitución española de 1978* ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Director), Tomo II., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1996.
- SANTACREU SOLER, José Miguel, “España de la emigración a la inmigración: cambio de mentalidad y proyecto social”, *Revista Anales de Historia Contemporánea* Nº18.

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

- SARTORI GIOVANNI, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, Madrid, 2001.
- SAURA ESTAPA Jaime, *Nacionalidad y nuevas fronteras en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- SAURA SÚCAR, Mercè, “La Prestación de la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social a los Extranjeros” -*Migración y Cambio Social: Número dedicado al III Coloquio Internacional de Geocrítica (Actas del Coloquio) en Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Nº94 (99), Scripta Nova, Universidad de Barcelona, 2001.
- SEBASTIEN, G; “La citoyenneté de l’Union Européenne”, *Revue du Droit public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, Paris, Nº 5, septiembre-octubre, 1993.
- SEVILLA, Francisco; La reforma de la seguridad social y la atención sanitaria, *Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*, Nº 5, 2006.
- Solé, C y Otros; “Identidad colectiva y ciudadanía supranacional” *Papeles de Economía Española*, Nº 98.
- SIGUAN, Miquel, *La escuela y los inmigrantes*, Paidós, Barcelona, 1998.
- SOLE TURA, Jordi y Otros., “Carácter de la constitución de Cádiz”, *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 1983.
- SORIANO AYALA, Encarnación, *La interculturalidad como factor de calidad educativa*, Editorial Muralla, Madrid, 2005.
- SUREDA GARCÍA, B., “Educación elemental”, *Historia de la educación en España y América*; Fundación Santa María ; Madrid , 1984,
- TERRADEZ SALOM; Daria; “Los derechos sociales de los extranjeros en los ordenamientos constitucional español y europeo: de la teoría a la realidad”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería* Nº15, julio 2007.
- TIRAPU MARTÍNEZ, Daniel, “Notas sobre el derecho a la educación en la Constitución Europea”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Nº 8 (junio 2005), en [www.iustel.com](http://www.iustel.com).
- TOMAS VILLARROYA, Joaquín, *Breve historia del constitucionalismo Español*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1981.
- TORTUERO PLAZA, “Artículo 7”, *Comentario a la Ley general de la Seguridad Social*, MORENEO y MORENO VIDA (Dir.), Comares, Granada, 1999.
- TURNER, B; Outline of a theory of citizenship”. En MOUFFE, CH, *Dimensions of radical democracy*, Verso, Londres, 1992.
- URBES GARCÍA, Jesús Manuel, “Inmigración en la unión europea”, *Revista Acciones e investigaciones sociales*, Nº 4, Escuela universitaria de estudios sociales, Universidad de Zaragoza, abril 1996.
- ULL PONT, Eugenio., “La protección de los derechos fundamentales”, *Introducción a los derechos fundamentales, X Jornadas de estudio*, Centro de publicaciones: secretaría general pública del Ministerio de Justicia, Volumen III, Madrid, 1988.
- UNESCO, “El derecho a la educación – Hacia una educación a lo largo de la vida”, *Informe sobre la educación en el mundo*, Grupo Santillana, Madrid, 2000.
- USÚA PALACIOS Felix, “Seguridad Social y Servicios Sociales (Art.12 y 14)”, *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*, MOYA ESCUDERO, Mercedes (director), Editorial Comares, Granada, 2001.

- VALLS MONTES, Rafael, “La dimensión europea en la enseñanza: orígenes y significados”, *La Dimensión europea e intercultural en la enseñanza de las ciencias sociales*, Síntesis, Madrid, 2002.
- VALVERDE Martín; “El concepto de trabajador por cuenta ajena en el derecho individual del trabajo y en el derecho de la Seguridad Social”, *RPS*, Nº71, Valencia, 1966.
- VIDA FERNÁNDEZ, José, “Un paso decisivo en la intervención de las comunidades autónomas sobre la configuración prestacional del derecho a la protección de la salud: sentencia del tribunal constitucional de 25 de mayo de 2004, Nº 98/2004”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Nº 7, diciembre 2004, ver en [www.iustel.com](http://www.iustel.com)
- VIDAL MARÍN, Tomás; *El derecho al honor y su protección desde la constitución española*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid 2000.
- VILA, Ignasi, “Inmigración, educación y lengua propia”, *La inmigración extranjera en España- Los retos educativos*, Colección Estudios Sociales Nº 1, Fundación La Caixa, Primera Edición, Barcelona 2000.
- VILLAR ESCURRA, José Luis; “Derecho educativo como servicio público”, *Revista de administración*, Nº88, 1979
- VIERDAG, E.W., The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol 9, 1978
- WALSER, M; *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y de la igualdad*. Fondo de cultura Económica. México, 1993.
- WEISS, André, *Traité théorique et pratique de Droit international privé*, 2ª ed., Paris, 1907.
- YTARTE, Rosa María, “Pluralidad y educación como modelo educativo”, *Multiculturalidad y educación. Teorías, ámbitos, prácticas*. FERNÁNDEZ GARCÍA, Tomás (Coordinadora), Alianza Editorial, Madrid, 2005.
- ZAPATA BARRERO, Richard, *Multiculturalidad e Inmigración*, Síntesis, Madrid, 2004.

**JURISRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- STC181/2000
- STC 18/1989
- STC18/1986
- STC128/1987, de 16 de julio
- STC 50/1991
- STC 49/182, de 14 de julio
- STC 176/1989
- STC 195/1989, de 27 de noviembre
- STC19/1990, de 12 de febrero.
- STC 107/1984, de 23 de noviembre de 1984
- STC 115/1987, de 7 de julio
- STC 130/1989, de 17 de julio
- STC 37/1994
- STC 206/1997
- STC 195/1989
- STC 53/1985, de 11 de abril
- STC 120/1990, de 27 de junio
- STC 216/1991, de 14 de noviembre
- STC 32/1983, de 28 de abril.
- STC214/91, de 11 de noviembre
- STC86/85 de 10 de julio
- STC 77/85, de 27 de junio.
- STC 26/1987, de 27 de febrero.
- STC 141/2000, de 29 de mayo.
- STC 94/93, de 22 de marzo.
- STC 116/93, de 29 de marzo.
- STC 242/94, de 27 de julio.
- STC 337/94, de 23 de diciembre.
- STC188/2001, de 20 de septiembre.
- STC 36/91, de 14 de febrero.
- STC 21/81, de 25 de junio.
- STC 2/82, de 20 de enero

**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

-STS 20-6-89

-STS 28-2-97

-STS 24-3-97

-STS 21-4-97

-STS 24-3-99

-STS 21-4-97

STS 10-5-98

STS23-2-89

STS 2-2-88

STS 15-5-90

**PAGINAS WEB**

<http://dialnet.unirioja.es>.

<http://www.wikipedia.org/>

[http://europa.eu/abc/symbols/9-may/decl\\_es.htm](http://europa.eu/abc/symbols/9-may/decl_es.htm)

[http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-  
//EP//TEXT+REPORT+A6-2009-0125+0+DOC+XML+V0//ES.](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2009-0125+0+DOC+XML+V0//ES)

[www.iustel.com](http://www.iustel.com)

[www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org)

[http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infopress\\_page/018-31787-168-  
06-25-902-20080616IPR31785-16-06-2008-2008-true/default\\_es.htm](http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infopress_page/018-31787-168-06-25-902-20080616IPR31785-16-06-2008-2008-true/default_es.htm)

## **EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHO A LA SALUD**

---

<http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=5336&opcion=documento>

[http://www.cucid.ulpgc.es/documentos/1-documentos/3/inf\\_desar\\_humano04.pdf](http://www.cucid.ulpgc.es/documentos/1-documentos/3/inf_desar_humano04.pdf)

<http://www.lagacetadesalamanca.com>

<http://www.aibarra.org>

[www.foross.org](http://www.foross.org)

<http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/ciddh.htm#carta>

[http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a\\_ceschr\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ceschr_sp.htm)

<http://www.historiasiglo20.org/GLOS/index.htm#>

<http://www.incipe.org/ensayo3b.htm>

[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf)

<http://www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do>

**ABREVIATURAS**

CC.AA	Comunidades Autónomas.
CE	Constitución Española de 1978.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CEE	Comunidad Económica Europea.
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos.
LGSS	Ley General de Seguridad Social.
LO	Ley Orgánica
LOCE	Ley Orgánica de Calidad de la Educación.
LODE	Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación.
LOE	Ley Orgánica de Educación.
LOEXIS	Ley Orgánica de Extranjería.
LOGSE	Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación.
LOPEG	Ley Orgánica de la Participación, la Evaluación y el Gobierno de los Centros Docentes.
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
OMS	Organización Mundial de la Salud.
PICDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.
TC	Tribunal Constitucional.
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea.
TUE	Tratado de la Unión Europea.
UE	Unión Europea.