

III. DERECHO PÚBLICO EUROPEO

**LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS
EXTRANJEROS EN ITALIA: UN
ANÁLISIS COMPARADO CON
ESPAÑA**

MANUEL GIOIOSA

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL MARCO NORMATIVO. III. LAS POLÍTICAS DE INTEGRACIÓN SOCIAL: LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL EXTRANJERO ENTRE ESTADO, REGIONES Y ENTES LOCALES. IV. PRINCIPALES DIFERENCIAS CON EL SISTEMA DEL EMPADRONAMIENTO: 1. La protección de la salud y de la asistencia social. 2. La educación. V. CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 28.11.2010
Fecha aceptación: 20.12.2010

LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS EXTRANJEROS EN ITALIA: UN ANÁLISIS COMPARADO CON ESPAÑA*

POR

MANUEL GIOIOSA

Profesor de Derecho Constitucional.
Universidad Católica de Milán

I. INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de inmigración, siempre se hace referencia a una migración entre dos lugares, dialécticamente a uno de origen y uno de llegada; en el centro de esta relación se encuentra la persona, así que se trata de un modo de exteriorizar la propia libertad respecto a los lugares donde mejorar las propias condiciones de vida y, muy frecuentemente, recuperar la propia dignidad humana.

En este sentido, si la tendencia al reconocimiento de los derechos individuales y de las libertades clásicas (derecho a la vida, derecho a la integridad física, libertad de pensamiento, etc.) parece indiscutible, derivándose, entre otros, también de los numerosos tratados internacionales, por el contrario merece una consideración especial la garantía de los derechos sociales.

Teniendo en cuenta que todas las formas de protección tienen un coste, resulta particularmente problemático establecer qué derechos garantizar a aquellos que tienen un vínculo menos intenso con el territorio y contribuyen desde hace

* Traducido por Joaquín Sarrión Esteve, Doctorado en Derecho por la Universidad de Bolonia. Personal Investigador en Formación, UNED.

menos tiempo, o incluso no contribuyen en absoluto a los ingresos del Estado de residencia¹.

Este tipo de derechos constituye un vehículo necesario para la integración social de la inmigración, y nos proponemos comprobar la garantía de los mismos dentro del ordenamiento jurídico italiano comparándolo con el ordenamiento jurídico español.

Esta comparación se propone porque, como es sabido, los países del sur europeo han tenido una experiencia de políticas migratorias muy similar que han motivado el uso del término «*modelo mediterráneo*»².

Así, tanto en España como en Italia, desde los años 70 la inmigración ha pasado, en apenas dos décadas, de ser un fenómeno marginal a una realidad estructural de gran actualidad con todas las implicaciones que ello implica: económicas, sociales, políticas y jurídicas³.

Históricamente Italia, al igual que España, ha sido un país de emigración hacia las Américas en el siglo XIX y hacia Europa hasta los inicios de los años 70.

El sucesivo incremento de los procesos migratorios en el interior del país se ha producido tras los desarrollos económicos que, entre la segunda posguerra y los primeros años 80, han vivido Italia y España respectivamente.

De hecho, como ha ocurrido en tantas zonas del norte de Italia que hasta finales de los años 50 estaban muy «atrasadas» y hoy son consideradas como de las zonas más desarrolladas del mundo rural, la Lombardía, Piamonte, Véneto, Emilia-Romaña y Toscana; del mismo modo que tras la caída del franquismo las tasas de crecimiento de la economía española han sido de las más altas del mundo.

¹ Cfr. F. Biondi Dal Monte, «I diritti sociali degli stranieri tra frammentazione e non discriminazione. Alcune questioni problematiche» en *Le istituzioni del Federalismo* 5, 2008, pág. 557 y ss. Sobre el tema referente a «*Il costo dei diritti*», véase en particular el conocido estudio de S. Holmes y C. R. Sunstein, Il Mulino, Bologna, 2000 en concreto la pág. 25.

² Bonifazi, *L'immigrazione straniera in Italia*, Bologna, 2007, pág. 229, que señala que el fenómeno migratorio presenta «*la característica de ser adecuado para redefinirse y remodelarse en función de las transformaciones de las organizaciones sociales y por esto es al mismo tiempo antiguo y moderno*».

³ Sobre los derechos sociales reconocidos a los extranjeros, véase en general, en lo que respecta a Italia P. Bonetti, «I principi, i diritti e i doveri. Le politiche migratorie» en B. Nascimbene (ed.), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004, pág. 110 ss. D. Bifulco, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Jovene, Napoli, 2003, pág. 18; En lo que respecta al ordenamiento español se remite *ex multis* a: R. De Huidobro, «El régimen legal de la inmigración en España: el continuo cambio» en *Migraciones* n. 9, 2001 pp. 69-103; E. Aja, «La evolución de la normativa sobre inmigración» en E. Aja y J. Arango, *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985 – 2004)*, Cidob, Barcelona, 2006, pág. 17 ss. Para un estudio que, al contrario, confronta el escenario español con el italiano se remite a M. Gioiosa, «I diritti sociali degli stranieri in Spagna» en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2010, pág. 1 ss.

Este desarrollo, sin embargo, no se ha enmarcado en una estructura económica productiva centrada en el papel dominante de las grandes industrias y de las grandes unidades productivas. Sino que, por el contrario, se ha basado en el llamado desarrollo del nuevo liberalismo y de su globalización, es decir, en la proliferación de actividades económicas segmentadas, discontinuas, caracterizadas sobre todo por la más alta libertad de acción de los actores emprendedores y no de una regulación desde arriba.

Al igual que en la experiencia griega y americana, la inmigración en Italia, al menos inicialmente, no ha estado destinada a satisfacer la demanda de mano de obra estable, sedentaria y destinada a reproducirse, como había ocurrido en cambio con el desarrollo industrial no conocido sino en los años 70 en los países europeos de «vieja» inmigración.

Antes al contrario, ha sido una inmigración que ha encontrado espacios para introducirse en segmentos de actividad que han oscilado entre la economía sumergida, la semi-sumergida, y la regular.⁴

La escasa relevancia de la inmigración hasta los años 70 se vio reflejada en el reducido interés reservado al tema en la Constitución española de 1978, que ha limitado, como es sabido, la regulación de la situación de los extranjeros al artículo 13. Del mismo modo, en el texto de la Constitución italiana de 1947, la única «apertura» concedida a los extranjeros es la prevista en el art. 10, que teniendo origen en las razones de orden histórico que marcaron los tiempos del poder Constituyente, en el que la emigración, y no la inmigración era la cuestión debatida; que es aún más reducida si nos limitamos a considerar las condiciones jurídicas de los extranjeros de conformidad con las normas y los tratados internacionales

Sin embargo, en el sistema italiano las condiciones jurídicas del extranjero, lejos de ser indiferentes o desconocidas a nivel constitucional se refleja, en cambio, en una serie de valores y principios sobre los que se fundó el pacto constituyente.

En todo el sistema constitucional, el valor de la persona y el respeto de la «dignidad humana» se explican en la centralidad y primacía de la persona como tal, incluso también, para ser precisos, en su especificidad de mujer, anciano, niño, trabajador, y extranjero.

Con el principio personalista se relaciona el pluralista, en el que la diferencia expresa un valor positivo, no siendo objeto ya de un juicio de desvalor como en

⁴ Sandell, «Spain's Immigration Experience: Lessons to be Learned From Looking at the statistics», Working Paper n. 30, 2006, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos.

las visiones nacionalistas donde el «*bostis*» es el enemigo público. A partir de estas bases de inclusión de lo diverso se desarrolla toda aquella jurisprudencia constitucional que ha declarado la ilegitimidad de una serie de disposiciones legislativas que, reflejan cerrazón cultural, si no adicionalmente, de tinte xenófobo.

Se puede pensar, a modo ejemplificativo, en la vieja prohibición de ostentar banderas extranjeras sin previa autorización administrativa⁵.

La Constitución italiana (en adelante CI), del mismo modo que la española, no regula de forma directa los derechos y libertades de los extranjeros, sino que utiliza una técnica de remisión para la concreta titularidad y ejercicio de los mismos según está establecido en los tratados internacionales y las leyes. Asimismo, como la española, en sus principios se refiere, al menos en parte, a la persona y no sólo al ciudadano, por lo que resulta inmune a la lógica de la marginación, poniendo en el centro de su atención al ser humano en cuanto tal «portador del valor general y no fraccionable de la dignidad humana y social», y no como «ex-teriorización de la soberanía de los Estados»⁶ orientando de esta forma las políticas legislativas sobre la materia.

En línea general el legislador podrá legítimamente tratar de forma diferente al extranjero respecto al ciudadano, pero sólo y únicamente en el ámbito de opciones políticas racionales en las que efectivamente el *status civitatis* se pone como condición esencial para el disfrute de los derechos; y que tradicionalmente encontramos en el campo de los derechos políticos.

Debido precisamente a los derechos civiles, y a los mismos derechos sociales, la lógica de la integración del extranjero a través del respeto de la diversidad cultural, siempre que no sea contraria a las reglas jurídicas fundamentales de nuestra convivencia, invita aún más decididamente a esbozar un marco de igualdad de trato⁷.

II. MARCO NORMATIVO

Antes de echar una mirada a las principales diferencias entre Italia y España respecto a los concretos derechos sociales reconocidos a los extranjeros, se deben subrayar brevemente las líneas esenciales de la legislación italiana en el ámbito de la regulación general de la inmigración.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional italiano (en adelante STCI) n. 189/1987 en www.corte-costituzionale.it.

⁶ A. Patroni Griffi, *I diritti dello straniero tra Costituzione e politiche regionali*, in *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, editado por L. Chieffi, Padova 1999, especialmente pág. 341 ss.

⁷ Como se hace referencia en E. Codini, *Diversi ed eguali. Immigrazione extracomunitaria e principio giuridico di eguaglianza*, Milano, 2002.

En Italia una frenética sucesión de leyes ha llevado al país, de forma progresiva, hacia un sistema orientado a la consideración de los extracomunitarios como una especie de residentes *minus quam perfecti*.

Italia, sin embargo, durante 100 años ha sido un país de fuerte emigración (cerca de 30 millones de italianos han emigrado al extranjero, hoy se estima que en el mundo viven cerca de 60 millones de personas de origen italiano, mientras en enero de 2001 estaban inscritos en el registro consular del Ministerio de Asuntos Exteriores 3.990.295 ciudadanos italianos residentes en el extranjero), y como consecuencia de esta historia, cuando la inmigración era ya relevante durante algunos años, la sociedad y los poderes públicos han reaccionado como si Italia aún fuese solamente un país de emigración⁸.

La inmigración en Italia ha ido aumentando de forma progresiva, y de forma repentina en pocos decenios, a partir de 1974, cuando los flujos migratorios hacia Europa comenzaron a aumentar, dirigiéndose incluso hacia países de la Europa meridional, cuyas fronteras parecían menos cerradas que las de los países de la Europa centro-septentrional cuando estos comenzaron a negar o reducir de forma notable la posibilidad de inmigración legal de extracomunitarios para trabajar.

En la evolución contradictoria y fragmentaria de la normativa italiana se pueden apreciar elementos de continuidad en la progresiva transformación de la inmigración⁹.

La materia, inicialmente regulada por «el derecho de policía» fue objeto de dos reformas legislativas parciales en la segunda mitad de los años 80: una sobre el trabajo por cuenta ajena con la ley de 30 de diciembre de 1986 n. 943 (normas en materia de colocación y tratamiento de trabajadores extracomunitarios inmigrantes y contra la inmigración clandestina)¹⁰. Hasta ese momento, la normativa de referencia estaba contenida en el articulado del

⁸ P. Bonetti, «I profili generali della normativa italiana sugli stranieri dal 1998» en Nascimbene (ed.), *Diritto degli stranieri...cit.*, pág. 5. Los datos referidos en el texto corresponden al primer *Rapporto italiani nel mondo*, Realizado por la Fundación Migrantes, Roma, 2006, bajo la coordinación del equipo del «Dossier Statistico Immigrazione Caritas/Migrantes», al que se remite para una mayor profundización. Y para una reconstrucción desde una perspectiva histórica, *cf.* G. Stella, *L'orda. Quando gli albanesi eravamo noi*, Milano, 2002.

⁹ El análisis de las medidas legislativas desarrolladas en Italia a partir de los años setenta han evidenciado, de hecho, que el fenómeno ha sido rápido, pero no se ha considerado ni aplicado a nivel social de una forma adecuada (G. Bolaffi, *I confini del patto*, Turín, pág. 49.)

¹⁰ Para algunos comentarios véanse: B. Nascimbene, *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, 1988, pág. 28 ss. y *Le nuove norme sul soggiorno, ingresso e asilo*. Appendice di aggiornamento, Milán, 1990, pág. 1 ss.; A. Adinolfi, *I lavoratori extracomunitari*, Bologna, 1992, pág. 16 ss.

Texto Único de las leyes de seguridad pública y en el respectivo reglamento de ejecución.

Tal normativa tenía como referencia el extranjero en general y se limitaba, por tanto, a considerar la estancia de este último en el territorio nacional, las expulsiones y los rechazos en la frontera, no considerando siquiera mínimamente otros aspectos del fenómeno¹¹.

A esta ley le han seguido después varias modificaciones, como la requerida por la ratificación y ejecución de los acuerdos de Schengen, con la ley 1993 n. 388, así como los decretos legislativos que proponían amplias modificaciones, de diciembre de 1995 a septiembre de 1996, y una ley de 9 de diciembre de 1996 n. 617 de «salvaguardia de los efectos producidos» como consecuencia de la caducidad de los mismos para convertirse en leyes.

Se puede decir, por tanto, que en Italia la regulación legislativa de la inmigración y las intervenciones de los poderes públicos han sido durante mucho tiempo fuertemente desorganizados, desordenados, incompletos, y con frecuencia inspirados en las exigencias derivadas de los problemas de emergencia de la inmigración ilegal.

No sólo eso, sino que en muchos casos las mismas normas vigentes han quedado inaplicadas con frecuencia y por ello en Italia el extranjero ha padecido una condición jurídica precaria e incierta. Esta incerteza y fragmentariedad, en particular, ha contribuido también a retrasar el nacimiento en Italia de la atención interdisciplinar de la doctrina jurídica que en otros países europeos ha creado una verdadera y propia disciplina («*immigration law*» o «*droit des étrangers*»)¹².

La primera intervención más o menos efectiva en la materia, es el decreto legislativo de 30 de diciembre de 1989, n. 416, convertido en ley de 28 de febrero de 1990 n. 39 (llamada ley Martelli) en materia de refugiados, define el *status* de refugiado y el derecho de asilo político vinculado al mismo¹³.

¹¹ Esto se refiere a las normas sobre entrada y residencia de los extranjeros contenidas en el texto único de las leyes sobre seguridad pública aprobado con R.D. 18 de junio de 1931, n. 773, después derogadas por el artículo 31 de la ley de 28 de febrero de 1990 n. 39. Sobre la problemática relativa a esta legislación se remite a: P. Virga, «Il diritto di soggiorno degli stranieri» en *Riv. Di Polizia*, 1951, pág. 542; G. Biscottini, «L'amministrazione e il soggiorno dello straniero», en *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, I, Padova, 1957, pág. 141 y *Diritto amministrativo internazionale*, II, Padova, 1966, pág. 69 ss.

¹² P. Bonetti, *op. ult. cit.*, pág. 7 y G. D'Auria, «L'immigrazione e l'emigrazione» en *Tratt. Dir. amm.* (ed.) *Diritto amministrativo speciale*, I, Milán, 2000, pág. 756 ss.

¹³ Por el que «normas urgentes en materia de asilo político, de entrada y estancia de ciudadanos extracomunitarios y de regularización de los ciudadanos extracomunitarios y apátridas ya presentes en el terri-

La segunda parte del texto surge, sin embargo, como un intento, aunque tardío, de regular el aumento de los de los flujos migratorios de los años 80, mediante la programación estatal de los flujos de entrada de los extranjeros no comunitarios en base a las necesidades productivas y ocupacionales del país.

A pesar de la poca envergadura de la normativa en su conjunto, la ley Martelli ha establecido al menos las primeras bases para una estabilización de los migrantes a través de las primeras intervenciones.

La ley Martelli parece, sin embargo, más destinada a remediar la situación anterior que a trazar un plan orgánico para el futuro, centrándose en una regularización de las situaciones irregulares en las que se encontraban los trabajadores extranjeros, que por necesidad estaban más inclinados a trabajar «*en negro*» y con salarios más bajos.

Por tanto, se ha perfilado desde el principio la que se va a convertir en una lógica recurrente de la legislación italiana en la materia: la gestión de la inmigración desde un punto de vista económico.

Del mismo modo que en España, en Italia la primera legislación, tras las obligaciones internacionales, aparece durante un breve periodo de tiempo como insuficiente, y lleva al Parlamento a la promulgación de una nueva ley sobre la materia: la ley llamada Turco-Napolitano de 6 de marzo de 1998 n.40.

Esta ley de reforma afectaba precisamente la «regulación de la inmigración» y las «normas sobre la condición jurídica del extranjero».

Y fue seguida, para mejorar la coordinación con las otras fuentes, de un texto único aprobado con decreto legislativo de 25 de julio de 1998 n. 286, llamado Texto Refundido (en adelante T.R.) sobre Inmigración, y además, un reglamento que contenía las normas de actuación, aprobado con decreto de 31 de agosto de 1999 n. 394¹⁴.

En sus fundamentos esta normativa está decididamente orientada a garantizar al extranjero igualdad en los derechos sociales y a promover la integración. El T.U., que constituye hasta ahora la base normativa de la regulación italiana sobre la inmigración, ha estado modificado varias veces, la primera con la l. 189/2002 de 30 de julio de 2002, n. 189 (llamada Bossi-Fini), y poste-

torio del Estado. Disposiciones en tema de asilo», publicada en el boletín oficial de 28 de febrero de 1990, n. 49.

¹⁴ Para los varios comentarios a la reforma: P. Bonetti, *La nuova legge italiana sull'immigrazione. Una prima lettura* in *Studi emigrazione*, 1998, pág. 137 ss.; B. Nascimbene, *Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero* en *Diritto penale e processo*, 1998, pág. 421 ss.; Di Maio-Protto-Longarzia, *Manuale di legislazione sugli stranieri*, Roma, 2000, pág. 29 ss.

riormente por varias leyes entre las que destaca un decreto ley introducido en la llamada normativa de seguridad (D.L. 92/2008, sobre medidas urgentes en materia de seguridad pública, convertido en la l. 125/2008) así como la recentísima ley 94/2009 (sobre «*Disposiciones en materia de seguridad pública*») con la previsión del delito de residencia ilegal, la prolongación de los plazos de detención con vistas a la expulsión y otras medidas muy discutidas.

Se han introducido, entre otras, institutos por lo menos problemáticos desde el punto de vista del principio de igualdad (piénsese en la modificación del art. 61 del código penal, mediante la introducción del n. 11*bis* sobre la llamada agravante de la clandestinidad, que sin embargo ha sido anulado recientemente por la STCI n. 249 del 2010 por parte del Tribunal Constitucional italiano (en adelante TCI),¹⁵ o en la introducción del delito de clandestinidad del art. 10*bis* del T.R. Inmigración), y en general se ha vuelto más difícil la entrada y la permanencia legal del extranjero y se ha facilitado su extradición; por lo que el ordenamiento jurídico italiano resulta tras sus líneas generales, por muchas razones, menos «integrante» respecto al español en relación con los extranjeros.

Esto en el entendimiento de que, como ya se ha dicho, no faltan en la CI importantes criterios orientados hacia políticas de inmigración inspiradas en la igualdad y la integración.

La situación jurídica del extranjero, regular o no, lejos de ser indiferente desde un punto de vista constitucional está inspirada por una serie de valores y principios inherentes al espíritu del constituyente.

Como se ha dicho anteriormente, la ausencia de una referencia expresa en la Constitución a la situación del inmigrante (no pudiéndose considerar en tal sentido como exhaustivo el mero reclamo que se realiza en el citado artículo 10, párrafo 2 de la Constitución al extranjero y las convenciones internacionales), se debe a particulares razones históricas que se produjeron en el momento constituyente en el hoy lejano 1947.

Por otro lado, como es evidente, la transcendencia normativa de una Carta constitucional aún con referencia a la condición del extranjero trasciende las referencias textuales explícitas, conteniendo la afirmación de un ideal común, que, forjado en la multiplicidad de las visiones políticas, marcará las futuras políticas de las diferentes mayorías.

Con la disolución de la anticuada concepción clásica de los Estados-Nación, y con el advenimiento del moderno Estado constitucional, el concepto mismo

¹⁵ En www.consultaonline.it.

de «asociado», no limita la adquisición de la ciudadanía a los meros criterios legales, sino que hace que el llamado *status civitatis*, no pueda influir de forma absoluta en el *status libertatis*.

El principio personalista se vincula así al pluralismo, con lo que la diferencia expresa, sobre el plano del derecho positivo, es un valor positivo, no siendo ya objeto de un juicio de desvalor, como ocurría en las visiones nacionalistas.¹⁶

Es fácil, en este punto, apreciar analogías entre la normativa italiana, y su evolución, y la española.

La estructura constitucional es similar. En cuanto a la legislación ordinaria, también en España la regulación de la inmigración se ha considerado durante mucho tiempo como un ámbito de la soberanía del Estado, sobre la que se basa el ejercicio de la política administrativa a través del control de los flujos migratorios. A esta idea tradicional, sin embargo, se ha unido la tendencia favorable a una progresiva equiparación de los derechos entre ciudadanos nacionales y extranjeros para permitir la efectiva integración de estos últimos en el ordenamiento.

La primera regulación legislativa de los derechos de los extranjeros tuvo lugar con una ley de 1985 (Ley Orgánica 7/85), definida como «*toma de contacto*»¹⁷ de la sociedad española con la nueva realidad de la inmigración, y aprobada cuando el número de los extranjeros presentes en España era aún muy reducido (en 1981, de hecho, no llegaban a 200.000).

En los inicios de este siglo, visto el aumento de las migraciones (en 1999 los inmigrantes superaban los 800.000, sin tener en cuenta los ilegales), el Estado Ibérico decidió dotarse de un nuevo instrumento normativo que introdujera políticas reales de integración en línea con las directivas de la Comunidad Europea¹⁸.

¹⁶ Sobre la matriz personalista de los conceptos de ciudadanía social y derechos sociales *cf.* D. Bifulco, «Cittadinanza sociale, eguaglianza e forma di Stato», en *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, (ed.) L. Chieffi, Padova 1999, pag. 27 ss. Así como A.P. Griffi, *La cittadinanza sociale ed il diritto alla salute degli stranieri: alcune considerazioni*

<http://www.amaldi2000.it/IMMIGRAZIONE201M/CITTADINANZASOCIALE.doc>.

¹⁷ La definición es de M. Pérez, *La evolución de los residentes extranjeros en España* en *Migraciones*, 15, 2004, pág. 9.

¹⁸ En particular por primera vez con la *Proposición no de Ley* aprobada por el Congreso el 9 de abril de 1991 con una gran mayoría de todas las fuerzas políticas, con la única abstención de *Izquierda Unida*, madura la conciencia de que España es un país de inmigración. Sobre la base de esta proposición se llevó a cabo en 1992 la firma de un Acuerdo con Marruecos con el objetivo de simplificar y facilitar la readmisión de los ciudadanos de terceros países que habían

En un segundo momento, definido como «*de transición*» se aprobó un nuevo reglamento de aplicación de la LO 7/1985 adoptado con el RD/1996. Este reglamento supuso una profunda ruptura con respecto al planteamiento original de la LO, en particular en lo que respecta a la regulación de la concesión y renovación de permisos de residencia y trabajo.

Por otra parte, la entrada en vigor del espacio Schengen, junto con la facilidad de atravesar las fronteras españolas, contribuyó posteriormente a incrementar la afluencia de extranjeros en España, aunque dirigidos a otros países de la UE.

A finales de los años '90 del siglo pasado de cada diez inmigrantes regulares, siete lo eran gracias a una regularización extraordinaria o a través del recurso a las cuotas como instrumento de regularización¹⁹, situación similar, nótese, a la italiana.

La llegada del nuevo milenio ha visto surgir en el horizonte español dos leyes orgánicas que se han sucedido de una forma rápida.

En enero de 2000, con la aprobación de la ley 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y las libertades de los extranjeros y su integración social, llegaría la fase «*de consolidación*» y se ha elaborado verdaderamente el primer texto normativo que como también ocurrió en Italia con la Turco-Napolitano proponía políticas de integración para los extranjeros residentes. La piedra angular de esta reforma ha tenido como objetivo favorecer la integración no sólo de los inmigrantes de cultura afín a la del pueblo español (es decir los ciudadanos provenientes de países ibero-americanos) sino también de otros grupos (africanos y asiáticos en particular), cuya cultura y tradiciones podían resultar en las antípodas comparada con la española. El repentino cambio de gobierno producido poco después de la aprobación de la citada ley 4/2000 y la consecución de la mayoría absoluta del Partido Popular en las dos Cámaras legislativas, llevó a su modificación por obra de la ley 8/2000 de 22 de diciembre, que si bien no diseña una regulación radicalmente diversa, implicó una modificación sustancial de la ley aprobada pocos meses antes.

llegado ilegalmente a España desde territorio marroquí. Se trata de una etapa en la que, a pesar de los esfuerzos llevados a cabo para desarrollar una verdadera y propia *policy* de la inmigración, el número de inmigrantes ha continuado creciendo a través de la utilización de cuotas anuales de entrada por parte de inmigrantes ilegales que a través de dicha vía obtienen la regularización (cfr. en este sentido E. Codini, «La regolarizzazione in Spagna», en Cesareo-Codini (ed.), *Il mezzogiorno dopo la grande regolarizzazione. L'esperienza italiana nel contesto internazionale*, I, Milano, 2007, pág. 123 ss).

¹⁹ Cfr. A. Venturi, «Il diritto dell'immigrazione in Spagna» en *Il diritto dell'immigrazione. Profili di diritto comparato*, V quaderno de «il diritto dell'economia» (ed.) G. Cordini, pág. 585.

Posteriormente, bien debido a una importante toma de posición por parte del Tribunal Constitucional español²⁰ o sobre todo, por los fallidos intentos del Gobierno a partir de 2001 de recurrir al «*contingente*» como criterio general para permitir la entrada en territorio español por razones de trabajo; el legislador español ha vuelto nuevamente a rediseñar la ya modificada regulación de la inmigración, y con la Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre²¹ ha dado lugar a la fase de la llamada «*regularización*», modificando de forma importante la originaria fisonomía de la Ley Orgánica 4/2000 todavía vigente parcialmente.

En último lugar, la persistencia de importantes *stock* de inmigración irregular unido a la grave crisis económica mundial que ha afectado duramente España, sobre todo en los sectores en los que encontraba empleo la mano de obra extranjera, ha llevado al Gobierno Zapatero a seguir el Pacto europeo sobre la inmigración y el asilo aprobado el 16 de octubre de 2008 por el Consejo Europeo, llevando a cabo un importante proceso de reforma de Ley Orgánica 4/2000, que ha terminado con la adopción el 11 de diciembre de *Ley Orgánica 2/2009*.

De este modo, el Gobierno español ha buscado adaptar el marco legislativo a la nueva realidad migratoria así como perfeccionar el sistema de regulación de los flujos migratorios según la capacidad de acogida previamente definida, y orientar la política de integración entre la sociedad española y aquellos que residen ya dentro del país²².

La *Ley Orgánica 2/2009*, como se ha dicho, ha modificado la fisonomía del texto de la llamada «*Ley de Extranjería*», de una manera similar no sólo formalmente sino también sustancial a la del T.R. italiano, que puede considerarse el resultado de la reunión de la primera redacción de la L.O. 4/2000, con las reformas incorporadas por las *Leyes Orgánicas* 8/2000, 11/2003 14/2003²³.

En ambos países, cabe señalar que si bien se ha producido un *trend* restrictivo, sin embargo, la normativa propone como consecuencia de las exigencias constitucionales un marco donde los derechos sociales de los extranjeros encuentran un espacio bastante amplio.

²⁰Tribunal Constitucional español, de 20 de marzo de 2003, (en www.tribunalconstitucional.es).

²¹ Preanunciada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

²² A. Venturi, *op. ult. cit.*, pág. 585.

²³ Para un comentario véase: P. Aguelo Navarro, «La reforma de la Ley de Extranjería y los derechos y libertades de los extranjeros. El recurso de inconstitucionalidad frente a la LO 14/2003, de 20 noviembre» en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 5, marzo 2004, pág. 103-108.

III. POLÍTICAS DE INTEGRACIÓN SOCIAL: LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL EXTRANJERO ENTRE ESTADO, REGIONES Y ENTES LOCALES

Incluso en un primer momento, para considerar la experiencia italiana sobre los derechos sociales de los extranjeros en relación con la española, es necesaria una comparación global entre las competencias del Estado, las Regiones y los entes locales en materia de inmigración.

Desde un punto de vista general, en la Constitución italiana de 1947 se establecen, sobre todo, en el art. 117 del título V²⁴ los criterios de reparto de competencias legislativas entre Estado y Regiones.

La potestad legislativa estatal se divide en exclusiva o compartida. Solamente el Estado puede adoptar leyes en materia de política exterior, las leyes electorales, el orden público y la seguridad, la ciudadanía, el estado civil y el registro civil, la jurisdicción y las normas procesales.

En las materias de legislación compartida, en cambio, el Estado es competente para determinar los principios fundamentales, mientras que la regulación detallada corresponde a las leyes regionales²⁵.

Las materias que no se encuentran entre las atribuidas de forma exclusiva o compartida al Estado, se sujetan a la potestad legislativa residual de las Regiones (art. 117, apartado IV: «*Corrisponde a las Regiones la competencia legislativa referida a toda materia no expresamente reservada a la legislación del Estado*»).

Como ya se mencionó, las letras a) y c) del art. 117 de la Constitución, ahora prevén el monopolio estatal de la legislación en materia de «*asilo políti-*

²⁴ La ley constitucional n. 3 de 18 de octubre de 2001, publicada en la Gaceta Oficial de 24 de octubre de 2001 y entrada en vigor el posterior 9 de noviembre, ha intitulado el citado Título V como: «*Le Regioni, le Province, i Comuni*». La reforma pretende permitir la afirmación de una organización pública de tipo federalista en la que al Estado sólo le corresponden las competencias esenciales que no pueden realizarse de forma satisfactoria por las regiones y los entes locales. Entre los comentarios sobre la reforma del Título V de la Constitución cabe citar: Berti-De Martin (ed.), *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 200s. Cassese, «L'amministrazione nel nuovo titolo V della Costituzione», en *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, pág. 1193 ss.; A. Corpaci, «Revisione de Titolo V della parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo», en *Regioni*, 2001, pág. 1305 ss.; G. Corso, «Una nuova amministrazione?» en *Nuove autonomie*, 2003, 3, pág. 301 ss.; M. Cammelli, «Principio di sussidiarietà e sistema amministrativo nel nuovo quadro Costituzionale (Atti del convegno «Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzionale», Roma, 2002)» en *Quad. reg.*, 2002, pág. 453 ss.

²⁵ Representan cuestiones de legislación concurrente, entre otras, las relativas al comercio con el extranjero, a la protección y seguridad en el trabajo, a las profesiones, al gobierno del territorio, a las grandes redes de transporte y de navegación, a la valoración de los bienes culturales y ambientales y a la promoción y organización de actividades culturales.

co»,²⁶ «condición jurídica de los ciudadanos de Estados no pertenecientes a la Unión Europea»²⁷, «inmigración» y «ciudadanía».

La tipología de los intereses en juego, sin embargo, puede legitimar la intervención del legislador regional en relación con los singulares y específicos campos de experiencia, como por ejemplo: salud, trabajo, vivienda, asistencia social, cuya determinación se deja a la regulación bien conjunta entre Estado y Regiones, bien exclusiva de éstas últimas²⁸.

Tras la reforma constitucional de 2001, muchas Regiones han adoptado leyes propias en materia de «inmigración» y «ciudadanía social», contribuyendo a delimitar autónomamente un marco completo y específico de las intervenciones a favor de los extranjeros en los territorios regionales. Véanse desde este punto de vista, por ejemplo, la L.R. Piemonte 1/2004, sobre: «Normas para el desarrollo del sistema regional integrado por intervenciones y servicios sociales y reordenado por la legislación de referencia» y la L.R. Toscana 41/2005, sobre: «Sistema integrado de intervenciones y servicios sociales para la tutela de los derechos de la ciudadanía social».

Por otro lado, una ampliación importante de la extensión de la potestad legislativa regional sobre la materia de inmigración se había producido ya en la le-

²⁶ Esta cuestión particular ha sido regulada recientemente en dos partes y precisamente en el Decreto legislativo de 19 de noviembre de 2007 n. 251 (que entró en vigor el 19.1.2008), aplicando la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004 *por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida respecto*, así como en el Decreto legislativo de 28 de enero de 2008 n. 25 (que entró en vigor el 3 marzo de 2008), en aplicación de la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, *sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado*, así como se modifica por parte del decreto legislativo de 3 de octubre de 2008 n. 159 de la «normativa de seguridad». Para una descripción de esta normativa se remite al trabajo de Codini-D'Odorico-Gioiosa, *Per una vita diversa. La nuova disciplina italiana dell'asilo*, Milano, 2009, *passim*.

²⁷ No es motivo de especial preocupación el hecho que, respecto a la reserva de ley en materia de condiciones jurídicas de los extranjeros prevista en el art. 10. 2 de la Constitución, y en el «nuevo» art. 117 entre las materias de competencia exclusiva del Estado no estén previstas las relativas a las condiciones jurídicas de los ciudadanos de los países miembros de la UE. Bien visto, de hecho, la situación jurídica de esta categoría subjetiva está ya regulada por las normas de los tratados constitutivos de la Comunidad Europea, de la Unión Europea, y el propio art. 117 ya regula el reparto entre el Estado y las Regiones de la competencia legislativa sobre la elaboración, ejecución y aplicación de este tipo de normas y sobre la regulación de las relaciones entre la Unión Europea, de un lado, y el Estado y las Regiones por otro. (Cfr. P. Bonetti; *Ordine pubblico, sicurezza, polizia locale e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione in Le Regioni*, 2002, pág. 483 ss. y especialmente en la pág. 521).

²⁸ Ruggeri-Salazar, «Ombre e nebbie nel riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del Titolo V» en Revenga Sánchez (ed.), *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005, pág. 324.

gislación ordinaria antecedente de la reforma constitucional en vigor, es decir, en el T.R. de la inmigración, que expresamente ha atribuido competencias significativas a las Regiones y a los entes locales en el ámbito de las intervenciones sociales a destinar a los inmigrantes²⁹. En dicha ley, de hecho, un consistente conjunto normativo enumera un conjunto de derechos y deberes reconocidos a los inmigrantes que residen legalmente en Italia, previendo, entre otras cosas, el tratamiento de los trabajadores extracomunitarios, el acceso a la educación, a los servicios sanitarios y socio-asistenciales, y la reunificación familiar.

En el ámbito de este marco normativo, son las Regiones, las Provincias y los Ayuntamientos y otros entes locales, quienes en el ámbito de este cuadro normativo, son llamados a intervenir «*para remover los obstáculos que de hecho impidan el pleno reconocimiento de los derechos y los intereses reconocidos a los extranjeros en el territorio del Estado, con particular atención a aquellos inherentes al alojamiento, la lengua y la integración social*» (art. 3. c.5 T.R.). Con tal objetivo, sobre todo a partir de la mitad de los años '90 ha habido una progresiva participación de las administraciones locales, consideradas en particular, ya no meros aplicadores de las leyes o de decisiones tomadas en otros lados, sino como gobierno directamente responsable de la integración social de los inmigrantes presentes en su territorio, sobre todo en relación al acceso a los servicios sociales³⁰.

De hecho, ya antes de la reforma del Título V de la Constitución, el T.R. Inmigración (cit. Decreto legislativo 286/1998), había atribuido a las regiones y los entes locales competencias relevantes para la previsión de servicios y prestaciones en favor de los extranjeros.

Piénsese, en particular, en las numerosas actividades que son competencia regional en materia de educación de los extranjeros (art. 38 T. R.) en los centros de acogida, el acceso a la vivienda (art. 40 T.R.), hasta las medidas de integración social (art. 42 T.R.).

Y sobre todo, considérese, que entre las formas más relevantes en las que se expresa el derecho de participación de los ciudadanos extranjeros en la vía pública local, es decir, la consulta sobre los problemas de los inmigrantes y de sus

²⁹ Sobre el desarrollo de la legislación regional sobre las condiciones de los extranjeros, véase: C. Corsi, «I servizi sociali in favore degli immigrati» en A. Albanese, C. Marzuoli, *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Bologna, 2003, pág. 189 ss. y A. Patroni Gruffi, «I diritti dello straniero tra costituzione e politiche regionali» en L. Chieffi (ed.), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padova, 1999, pág. 350.

³⁰ T.Caponio, *Governo locale e immigrazione in Italia. Tra servizi di welfare e politiche di sviluppo in Le istituzioni del federalismo*, 2004, pág. 789 y F. Biondi Dal Monte, *I diritti sociali degli stranieri tra frammentazione e non discriminazione. Alcune questioni problematiche, ibidem*, 2008, pág. 557 ss. y especialmente la pág. 564.

propias familias, establecida por la Presidencia del Consejo de Ministros, *ex art.* 42, apartado 4 T.R.,³¹ en el ámbito del Departamento para los asuntos sociales de la Presidencia del Consejo de la *Comisión para la política de integración* *ex art.* 44 T.R., y en fin, en el ámbito de las competencias del Presidente del Consejo de Ministros, de acuerdo con el Ministerio del interior, de los *Consejos territoriales para la inmigración*, «en los que están representadas las competentes administraciones del Estado, las Regiones, los entes locales, los entes y asociaciones locales activas en la ayuda y asistencia de los inmigrantes, las organizaciones de los trabajadores y de los empleadores con funciones de estudio de las exigencias y de la promoción de las intervenciones a nivel local» (art. 3, párrafo 6 T.R.).

Y con la ley 328/2000, «*ley cuadro para la realización del sistema integral de asistencia y servicios sociales*» muchas prestaciones del *welfare* han sido devueltas a la competencia local, delimitando un sistema integrado de prestaciones y servicios sociales dirigido a la creación de una estructura amplia de medios, recursos y respuestas sociales en la que asumen un papel central el plano regional y el plano de zona previsto a nivel local y provincial como plan de programación de las prestaciones socio-sanitarias y asistenciales en el territorio³².

Desde este punto de vista, considérese como el Ayuntamiento representa el ente para fines generales al que el artículo 118 de la Constitución atribuye funciones administrativas salvo que la ley estatal o regional las atribuya al Estado,

³¹ Sobre el reconocimiento de la constitucionalidad, sea de la competencia regional que de la norma estatutaria relativa al derecho de participación en la vida pública a los residentes de los municipios de la Emilia Romagna, véase, en cambio la decisión n.379/2004 con la que el TCI ha confirmado de forma indirecta que los derechos de participación son competencia regional. Por otra parte, desde este punto de vista, incluso el T.R. de la leyes sobre el gobierno de los entes locales (decreto legislativo n. 267 de 18 agosto de 2000) establece las formas para la valoración y la promoción de formas de participación para los inmigrantes. Sobre el tema de la participación de los extranjeros en las elecciones locales, véase *cfr.*: Codini-Gioiosa; «La partecipazione degli stranieri extracomunitari alla vita pubblica locale: il caso dei referendum» en *Osservatorio regionale per l'integrazione e la multietnicità*, Rapporto ISMU 2007, 2008, pág. 281 ss. Con igual importancia, el art. 3.1. TR de un decreto presidencial que contiene un documento programático de tres años de las políticas migratorias propuesto por parte del presidente del Consejo de los Ministros, cuyo contenido se deja a cada momento a decisión gubernativa con la más amplia discrecionalidad. Esto configura hoy una forma de coordinación entre el Estado y las Regiones prevista en la ley estatal en materia de inmigraciones, como expresamente permite el art. 118, párrafo 3 de la Constitución, en el nuevo texto introducido por la Ley Constitucional 3/2001.

³² Se trata de una medida que ha recompuesto de forma definitiva el marco nacional sobre la regulación de los servicios sociales, creando un servicio integrado de oportunidades y servicios para las personas (*cfr.* Al respecto: C.Gori, *La riforma dei servizi sociali in Italia*, Roma, 2004).

Regiones, Provincias o entes metropolitanos en regiones donde hay una exigencia unitaria, o para asegurar un desarrollo más adecuado³³.

En particular, del estudio de la normativa, se desprende que muchas de las actividades locales en temas de inmigración, están estrechamente conectadas con las relativas a los servicios sociales, es decir, aquellas actividades para la preparación y prestación de servicios, gratuitos o pagados, o de prestación económica destinadas a remover o superar situaciones de necesidad y dificultad que la persona encuentra en el curso de su propia vida. Se trata de competencias de relevancia constitucional, puesto que la adopción de medidas destinadas a «*provvisiones orientadas a perseguir el objetivo de remover los obstáculos que de hecho impiden el pleno reconocimiento de los derechos e intereses reconocidos a los extranjeros en el territorio del estado, con atención especial a aquellos inherentes al alojamiento, la lengua, la integración social, con respeto a los derechos fundamentales de la persona humana*» (art. 3, apartado 5, T.R. Inmigración)³⁴.

Por lo tanto, más allá de los límites de la Constitución y las exigencias derivadas del ordenamiento europeo y de las obligaciones internacionales, las disposiciones del Texto Único sobre la inmigración constituyen los principios fundamentales sobre los que las Regiones deben atenerse en la regulación de sus respectivos ámbitos competenciales (*ex art. 1, apartado 4º T.R. Inmigración*), convirtiéndose en punto de referencia para su actividad legislativa.

Así lo ha confirmado el TCI en los pronunciamientos 300 del 2005³⁵ y 156 del 2006³⁶.

Con la primera de las dos sentencias, en particular, el TCI, considerando en parte inadmisibile, en parte infundado el recurso de inconstitucionalidad promovido por el gobierno contra la ley de la Región de la Emilia-Romaña de 24 marzo n. 5 («Normas para la integración social de los ciudadanos extranjeros inmigrantes. Modificaciones a las leyes regionales de 21 de febrero de 1990 n. 14

³³ En la doctrina, sin embargo, se considera que es difícil que en las competencias legislativas exclusivas del Estado que reflejan funciones indivisibles e intereses no divisibles entre sujetos institucionales diversos, existan grandes espacios para las competencias locales, excepto los casos de competencia ejercida por el Alcalde. *Cfr.* G. D'Auria, «Funzioni amministrative e autonomia finanziaria delle regioni e degli enti locali», en *Foro it.*, 2001, V, 215.

³⁴ Para profundizar se remite a: G. F. Scarselli, «La gestione amministrativa dell'immigrazione extracomunitaria al livello dell'ente locale (e note sull'esperienza del comune di Bologna)» en *Regione e Gov. Locale*, 1-2/1995, pág. 101 ss.

³⁵ Sobre esto *cfr.* las observaciones de S. Baldin, «La competenza esclusiva statale sull'immigrazione vs. la legislazione regionale sull'integrazione sociale degli immigrati: un inquadramento della Corte costituzionale» en *Forum di Quaderni costituzionali* en www.forumcostituzionale.it.

³⁶ En cambio, sobre esto véase D. Strazzari, *L'immigrazione tra stato e regioni*, *ibidem*.

y 12 marzo 2003 n. 2»), ha puesto de manifiesto que el *genus* de la materia «inmigración» debe idealmente distinguirse de un lado en un perfil de carácter general y referido a la determinación de los flujos de entrada y de órdenes de expulsión, y de otro lado, un perfil referido a la integración de las nuevas minorías mediante formas de tutela, de promoción y de participación de las mismas en la vida pública.

De esta manera se sanciona prácticamente la dualidad de las «*políticas migratorias*» relativas a medidas regulativas de las condiciones de entrada y estancia de los extranjeros en el territorio de la República, y las «*políticas de los inmigrantes*» referidas, en cambio, a las medidas en el campo social así como a las actividades de integración que atienden a los extranjeros admitidos para permanecer en el territorio italiano.

Mientras en las «*políticas migratorias*» se reconoce una competencia exclusiva del Estado, en cambio, en las «*políticas de los inmigrantes*» entrarían en primer lugar las Regiones, a título concurrente o exclusivo, según doble nivel que garantizaría a nivel regional una intervención de tipo programático y a nivel local actividades puntuales de entrega y gestión de servicios de asistencia y protección social, salvando la competencia exclusiva estatal transversal prevista en la letra m) del art. 117 de la Constitución³⁷.

En España, sobre la base del sistema de distribución de las competencias previsto respectivamente en los arts. 148 y 149 de la Constitución española, junto a las materias cuya competencia pueden asumir las Comunidades Autónomas se encuentran aquellas que son de competencia exclusiva del Estado (una de ellas es la competencia residual, típica de los Estados federales, en los que rige el principio según el cual todo cuanto no está expresamente atribuido al Estado federal, se entiende atribuido automáticamente a los Estados federados);³⁸ en medio, existe una amplia serie de atribuciones gestionadas a nivel compartido entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito legislativo, administrativo o en ambos.

De forma similar al art. 117 de la CI, el ya citado art. 149 apartado 1, pun-

³⁷ T. Caponio, «Governo locale e immigrazione in Italia. Tra servizi di welfare e politiche di sviluppo» en *Le Istituzioni del Federalismo*, 2004, pág. 805 ss.; A. Ruggeri, C. Salazar, ««Ombre e nebbia» nel riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del titolo V» en *Quaderni regionali* 2004, pág. 27 ss.

³⁸ N.T. Como es sabido, la regulación de la materia en España no es exactamente la misma que en un Estado Federal, puesto que hay una lista de competencias exclusivas del Estado, respetando la cual, los Estatutos de Autonomía pueden atribuir competencias a las Comunidades Autónomas; y las competencias no reservadas a las Comunidades Autónomas corresponden al Estado.

to 2³⁹ de la Constitución española, en el elenco de competencias exclusivas del Estado, reserva a éste último la competencia, tanto legislativa como de ejecución en materia de nacionalidad, extranjería y derecho de asilo.

En cambio, conforme al art. 148, 1 apartado n. 3 y 20, las Regiones tienen el monopolio de las materias relativas a la asistencia social y como en Italia, respecto de las políticas locales.

Respecto a las materias inherentes a sectores de la sanidad, y la educación, en cambio, están repartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, según un criterio de concurrencia: se reserva al Estado la legislación de base, y a las Comunidades Autónomas la potestad legislativa de desarrollo y ejecución.

Como en Italia la competencia de las Regiones en materia de integración social de los inmigrantes deben ser buscadas en el ámbito de los diversos títulos competenciales relativos a las políticas de los sectores y en los tipos de incidencia estatal en las respectivas materias⁴⁰.

Al aceptar la perspectiva que limita el horizonte aplicativo del cit. art. 149.1.2. de la Constitución española, se debe tener en cuenta que en el proceso de integración social de los inmigrantes, las competencias específicas reservadas a las Comunidades Autónomas, imponiéndose sobre el reenvío genérico de la legislación estatal, impiden que el Estado pueda legislar en este ámbito, conduciendo a una nueva delimitación de los ámbitos competenciales⁴¹.

Por tanto, siguiendo el modelo italiano sobre la distinción entre «*políticas migratorias y políticas de los inmigrantes*» en general se puede ver que el Estado español tiene adscrita la competencia exclusiva referida a la situación jurídico-administrativa del extranjero y lo referente en particular la entrada, y salida, el permiso de residencia por razones de trabajo, regulado en el título II de la Ley de Extranjería y referido al régimen jurídico de los extranjeros; mientras que las prestaciones de los servicios públicos a los inmigrantes *sub specie* de los derechos sociales, no resultan delimitados por el cit. art. 149.2, y serán competencia de las Comunidades Autónomas, aunque sea competencia estatal la delimitación de las bases de la regulación de algunas de estas materias (en particular: sanidad, educación y seguridad social).

³⁹ Que reserva al Estado la competencia exclusiva respecto de las materias referentes a la nacionalidad, inmigración, emigración, estatuto de los extranjeros, y derecho de asilo.

⁴⁰ *Cfr.* a este respecto, L. Diez Bueso, «El marco competencial» en L. Pomed Sánchez, F. Velasco Caballero, *Ciudadanía e Inmigración, Revista aragonesa de Administración Pública*, 2003, pág. 177-202.

⁴¹ J. A. Montilla Martos, *Inmigración y comunidades...cit.* pág. 341.

Sin embargo, sin duda alguna, una función decisiva respecto a la concreta realización de los derechos sociales de los extranjeros en España, como en Italia, corresponde a la actividad administrativa de los Ayuntamientos y a la de otros organismos constituidos *ad hoc*.

Esto se puede apreciar, en primer lugar, observando que el *Real Decreto* 140/97 de 31 de enero había convertido el Instituto nacional de servicios sociales en Instituto de migraciones y servicios sociales (IMSERSO), ampliando las competencias del ente en materia de inmigración y atribuyéndole toda una serie de acciones en el ámbito de los servicios sociales, con particular referencia a las funciones de planificación y evaluación del desarrollo normativo⁴².

Muy importante, también, resulta la disposición general por la que el art. 25 de la ley 7/85, de 2 abril, (modificada por la ley 4/1996 de 10 de enero; llamada LBRL), que atribuye al Ayuntamiento la posibilidad de «*promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal*»⁴³.

Delimitado, de este modo, el ámbito de las competencias locales, el cit. art. 25 enumera toda una serie de materias entre las que merecen destacarse las relativas a: «*seguridad en lugares públicos*», «*prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social*», «*participación en la programación de la enseñanza y cooperar con la Administración educativa en la creación (...) intervenir en sus órganos de gestión y participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria*».

Ahora bien, sin duda, la competencia de los Ayuntamientos para la creación de servicios de atención y orientación de los extranjeros, está relacionada sobre todo con la ya citada materia, de la «*prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social*».

⁴² En este sentido, el art. 1, apartado segundo del Real Decreto 238/02, de 1 marzo, que establece la estructura orgánica y las funciones del IMSERSO, señala como competencias de este instituto que deben ser referidas, entre otras, «*(...) la asistencia, promoción, e integración social de los inmigrantes, desplazados, solicitantes de asilo y refugiados*» (Cfr. V. Aguado i Cudolà, «La ripartizione delle competenze in Spagna in materia di immigrazione. Stato, Regione e governo locale» en *Le Istituzioni Del Federalismo*, 5, 2004, pág. 821).

N.T. Este Real Decreto está vigente hasta el 15 de diciembre de 2005. R.D. 1600/2004, de 2 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, cambiando su denominación por la de Instituto de Migraciones y Servicios sociales como Instituto de Mayores y Servicios Sociales.

⁴³ Sobre la calificación de la norma cit., cfr. J. L. Carro Fernández –Valmayor, «La cláusula general de competencia municipal» en T. Font I Llovet, *Anuario del Gobierno Local 1999/2000*, Institut de Dret Public, Madrid – Barcelona, 2000, pág. 55 –56.

Desde el punto de vista de la gestión, tanto según lo previsto en la LBRL (art. 36.1., letra. b), como sobre la base de las leyes singulares de las Comunidades Autónomas, se atribuyen a las «*diputaciones*» (instituciones españolas encargadas de gobernar en el ámbito provincial) funciones con la finalidad de asistir a los Ayuntamientos ya sea desde el punto de vista jurídico como económico, mediante un servicio de asistencia de carácter superior respecto a los servicios municipales obligatorios previstos en el art. 26 LBRL, entre los que se encuentran los de los servicios sociales⁴⁴.

IV. PRINCIPALES DIFERENCIAS CON EL SISTEMA DEL EMPADRONAMIENTO

La tutela de los derechos de los extranjeros en el ordenamiento italiano difiere notablemente del español por la falta de la llamada «*inscripción padronal*»⁴⁵.

No existe dentro del ordenamiento italiano, un instituto análogo al *empadronamiento* que acredite el tiempo de permanencia en el territorio nacional, documente la efectividad de la residencia y sobre todo, separe el mero reconocimiento de la prestación efectiva de los beneficios sociales a los extranjeros.

En el ordenamiento italiano el principal criterio para el reconocimiento de las prestaciones sociales a los extranjeros está constituido por la posesión o no de uno de los varios títulos que permiten la estancia en el territorio del Estado (visado o permiso de residencia)

1. Protección de la salud y asistencia social.

Este dualismo puede encontrarse principalmente en el ámbito de la tutela de la salud y de las prestaciones socio-asistenciales.

⁴⁴ V. Aguado i Cudolà, *op. cit.*...pág. 832.

⁴⁵ El *padrón* nace en el Derecho español como registro administrativo a inicios del siglo XIX, precisamente el 3 de febrero de 1823 con el establecimiento de una nueva división territorial administrativa en la que se incluía la obligación de este nuevo instrumento, pero que no llegó a ser efectivo sino en 1870. A continuación se somete a varias reformas. Una en 1924 con el Estatuto Municipal y el Reglamento de Población, que después será «refundido» en 1935. En época más reciente se regula en 1985, y en 1996 por la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, (BOE 3-04-1985) y por la Ley 4/1996, de 10 de enero, por la que se modifica la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, en relación con el Padrón Municipal (BOE 12-01-1996).

En el ordenamiento italiano en particular, el derecho a la salud puede considerarse un observatorio privilegiado de lectura del funcionamiento del principio de igualdad, como principio supremo que tiene como destinatario incluso al extranjero.

Por otra parte, como se ha señalado, no existiendo en Italia el instituto del *padrón*, la legislación se limita exclusivamente a realizar una distinción según que el inmigrante esté o no inscrito en el servicio sanitario nacional, lo que depende, sustancialmente, de que esté o no en situación legal según la regulación relativa a la entrada y estancia.

Si a los extranjeros inscritos en el servicio sanitario nacional se les reconoce una situación de «*paridad de tratamiento y plena igualdad de derechos y deberes respecto a los ciudadanos*» - inscripción que, ex art. 34 TU Inmigración (cit. decreto legislativo 286/1998), según los casos, es obligatoria o voluntaria; en cambio, los no inscritos tienen que pagar las prestaciones (art. 35 T.R. Inmigración), salvo lo que se dirá más adelante respecto a las prestaciones esenciales.

La ley preve el derecho y la obligación de inscripción ex art. 34, apartados 1 y 2, para «*los extranjeros residentes legales que desarrollen actividades legales de trabajo por cuenta ajena, o de trabajo autónomo o estén inscritos en las listas de desempleo*» y para «*los extranjeros residentes legales o que hayan solicitado la renovación del permiso de residencia(...)*» así como también para «*familiares a cargo residentes legales*». Pueden inscribirse (inscripción facultativa ex art. 34, apartados 3 y 4 T.R. Inmigración) en el servicio sanitario nacional, por exclusión los extranjeros que permanezcan regularmente que no estén dentro de las categorías sujetas a inscripción obligatoria, con expresa referencia a los extranjeros titulares de permiso de residencia por motivos de estudio y a los extranjeros «*que estén en situación similar*».

Las prestaciones sanitarias se ofertan, según establece la ley, «*sin gastos a cargo de los solicitantes que carezcan de recursos económicos suficientes, con la excepción de las cuotas de participación en los gastos en condiciones equivalentes a los ciudadanos italianos*» (apartado 4) así como sin comunicación a la autoridad, salvo que exista obligación de informar, en condiciones de igualdad con el ciudadano ex art. 35, apartado 5 T.R. Inmigración.

Desde el punto de vista económico, la financiación de las prestaciones hospitalarias urgentes o al menos esenciales corresponde al Ministerio del Interior, mientras que por cuanto respecta a las prestaciones en favor de inmigrantes irregulares indigentes «*se prevé en el ámbito de la disponibilidad del Fondo sanitario nacional, con la correspondiente reducción de los programas referidos a la asistencia de emergencia*» (art. 35, apartado 6 T.R. Inmigración). El derecho a la salud del extranjero, en definitiva, como el del ciudadano, entra en ponderación con otros derechos y por tanto es «condicionato» incluso a la luz de los recursos disponibles,

pero no puede ser lesionado en su núcleo esencial intangible para todos, de otra forma se lesionaría el valor constitucional de la «dignidad humana».

Esta línea de trabajo ha sido confirmada por la jurisprudencia constitucional⁴⁶ que ha contribuido a reconstruir el principio de igualdad, refiriéndolo, incluso a los extranjeros y no sólo a los ciudadanos, subordinando a un estricto control de razonabilidad la diferenciación de tratamiento de los extranjeros respecto a lo que está previsto para los ciudadanos. Por otro lado, esta orientación, ha influido progresivamente en las políticas sectoriales desarrolladas por el legislador estatal, y, sobre todo, del regional que frecuentemente ha sido el precursor de la reconstrucción de una «ciudadanía social» desvinculada de la posesión del *status civitatis*.

Por otro lado, uno de los sectores más críticos en los que recientemente se ha afirmado el principio de no discriminación, así como el relativo al reconocimiento de las prestaciones asistenciales incluso en favor de los extranjeros no titulares del permiso de residencia CE.

En esta materia, hasta el 2001, se ha aplicado el art. 41 del decreto legislativo 286/1998, que tiene como rúbrica «asistencia social», y que establece para los extranjeros titulares de carta de residencia o de permiso de residencia de duración no inferior a un año, la equiparación con los ciudadanos italianos a los fines del disfrute de los beneficios y prestaciones de asistencia social, incluidas las previstas a favor de ciegos, sordomudos e incapacitados civiles.

El art. 80 de la ley financiera para el 2001, l. 388/2000, afecta a dicha disposición, previendo que, conforme al citado art. 4, las prestaciones sociales y beneficios económicos que se les fueran concedidos, según las condiciones previstas por la misma legislación, a los extranjeros titulares de un documento de residencia (cualquier permiso de residencia CE para estancias de larga duración⁴⁷)-título de residencia para cuya obtención se pide, entre otros, la posesión de al menos cinco años de permiso de residencia vigente y entradas al menos equivalente al importe anual de la asignación social⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. En este sentido, la importante STCI, de 17 de julio de 2001, n. 252 en www.corte-costituzionale.it.

⁴⁷ El permiso de residencia CE para residentes de larga duración, por tiempo indeterminado, se ha introducido en el decreto legislativo 3/2007, en «*Aplicación de la directiva 2003/109/CE relativa al estatus de ciudadanos de países terceros residentes de largo período*». Para obtener tal permiso de residencia el extranjero debe estar en posesión durante al menos 5 años de un permiso de residencia que esté vigente; y debe demostrar la disponibilidad de ingresos no inferiores al importe anual necesario para disponer de una asignación social y de alojamiento que estén dentro de los estándares mínimos previstos en la ley regional para la vivienda pública o que al menos cumpla los requisitos de idoneidad higiénico-sanitaria.

⁴⁸ Cfr. F. Biondi Dal Monte, *I diritti sociali degli stranieri...cit.* pág. 567.

La disposición citada sufrió numerosas críticas, por contradecir, en particular, el marco internacional de referencia⁴⁹.

A recomponer las diversas orientaciones ha contribuido el TCI que con la sentencia 306/2008⁵⁰ ha roto el binomio permiso CE para residentes de larga duración y prestaciones asistenciales declarando la inconstitucionalidad del art. 80, apartado 19, de la ley n. 388/2000 y del art. 9 del decreto legislativo 286/1998, en la medida en que excluye que la indemnización por acompañamiento pueda ser atribuida a los ciudadanos extracomunitarios, sólo porque no están en posesión de los requisitos de entrada establecidos para el permiso de residencia y ahora previstos por la vía del decreto legislativo 8 de enero de 2007 n. 3, para el permiso de residencia CE para estancias de largo periodo.

En particular, la Corte ha considerado que sería manifiestamente irracional subordinar el disfrute de una prestación asistencial como la indemnización por acompañamiento, que se atribuye a quienes son incapaces de andar solos o de realizar otros actos cotidianos de su vida,⁵¹ a la posesión de un título de residencia para cuya obtención se requiere demostrar un determinado nivel de ingresos.

En cambio, en referencia al ordenamiento español, como se ha señalado con antelación, el sistema de referencia debe partir de la llamada inscripción en el padrón.

De forma específica, en relación a las prestaciones sanitarias realizables en favor de los extranjeros «empadronados» con independencia de que no estén en regla respecto a la normativa de entrada y estancia, existe una protección intensiva, con el fin de alcanzar un punto de equiparación absoluta con los ciudadanos españoles (art. 12 Ley de Extranjería, según el cual «los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles»)⁵².

⁴⁹ Desde este punto de vista, precisamente, el Convenio O.I.T. n. 47 de 1949 garantiza a los extranjeros un tratamiento en materia de seguridad social no menos favorable que el que se aplica por los Estados a sus propios ciudadanos, y el Convenio O. I. T., n. 143 de 1975 en el art. 10 garantiza la igualdad de oportunidades y de trato también en materia de seguridad social, sin que sea necesario pedir la posesión de un permiso de residencia particular. Sobre las cuestiones planteadas a raíz de la introducción de esta disposición, véase también: L. Castagnoli, «Il diritto alle prestazioni assistenziali di invalidità dello straniero in Italia, nella normativa interna e comunitaria. Orientamenti giurisprudenziali» en www.immigrazione.it, n. 87- 88/2009.

⁵⁰ En www.cortecostituzionale.it.

⁵¹ Según la ley 18/1980, se concederá a las personas con discapacidad para las que haya sido aceptada una incapacidad del 100%.

⁵² De esta forma, la expresión contenida en el art. 3 de la LBRL y referida a la «población española» como beneficiaria de la asistencia sanitaria pública debe considerarse superada e integrada por el art. 12,

Este reconocimiento implica que, al igual que los extranjeros residentes con un permiso legal de estancia inscritos en el sistema sanitario, podrán beneficiarse de los servicios sanitarios también los que estén «empadronados» y no posean medios necesarios suficientes para su sostenimiento.

No se puede dejar de considerar esta extensión de tutela como un gran paso adelante en el reconocimiento de los derechos de los extracomunitarios desde el punto de vista del aumento del espectro de los derechos, así como desde la perspectiva del Padrón Municipal, éste último visto como *trait d'union* del extranjero con el territorio, así como expresión de la voluntad de éste último de permanecer por un periodo más o menos largo⁵³.

Por otro lado, cualquiera que sea su estado, los menores de dieciocho años y las mujeres embarazadas⁵⁴ que se encuentran en España por todo el período de duración del parto y del postparto, tienen derecho a la asistencia sanitaria con los mismos derechos que los españoles.

En cambio, los extranjeros que, sin ser menores, o mujeres embarazadas, no se han inscrito en el municipio ni en el sistema de seguridad social, y por tanto están en situación irregular sin más, podrán acceder solamente a los servicios sanitarios de urgencia.

En este caso no se exige ninguna tarjeta sanitaria, ni ningún tipo de solicitud, siendo suficiente haber contraído una enfermedad grave o haber sufrido un accidente por cualquier causa. A este propósito, la segunda parte del artículo 12 de la Ley de Extranjería especifica que este derecho abarca tanto las prestaciones propias del servicio de urgencia como el consiguiente ingreso en el centro sanitario y las prestaciones que se efectúe hasta la finalización⁵⁵.

Fuera de los casos de asistencia sanitaria pública de urgencia, los extranjeros irregulares son considerados «usuarios» o «pacientes privados», según el artículo 16 LGS⁵⁶ (con el consiguiente cargo de los gastos generales por el disfrute de los servicios).

Ley de Extranjería, en el sentido de que la asistencia sanitaria se debe reconocer no sólo a los españoles legalmente residentes, sino también a los extranjeros que se encuentran en España inscritos en los padrones municipales donde residen habitualmente («empadronados» precisamente).

⁵³ L. Diez Bueso, *Los derechos de los inmigrantes y sus garantías (1990 –2004)*, en *Veinte años...cit.* pág. 211.

⁵⁴ La protección otorgada a esta segunda categoría encuentra su propia justificación en el aumento del número de mujeres inmigrantes que con frecuencia han arriesgado su propia vida para atravesar las fronteras, sobre todo desde el norte de África, para llegar a territorio español.

⁵⁵ I. Hernández, *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería, Comentario al artículo 12 Lex Nova*, Valladolid, 2000, pág. 96.

⁵⁶ La segunda parte establece que «(...) los usuarios sin derecho a la asistencia de los Servicios Sanitarios, conforme a lo previsto en el artículo 80, podrán acceder a los servicios sanitarios en condición de pa-

Del mismo modo que los extranjeros no empadronados españoles, en Italia a los irregulares se les reconoce en todo caso (art. 35, apartado 3 decreto legislativo 286/98) el derecho a los «*tratamientos ambulatorios y hospitalarios urgentes o al menos necesarios, así como su continuación, en caso de enfermedad y accidente, y los mismos programas de medicina preventiva*». Una formulación suficientemente amplia que se acompaña con un elenco de prestaciones vinculadas en particular a la «tutela de la salud del menor» y a la «tutela social del embarazo y de la maternidad».

Las prestaciones sanitarias se ofrecen, de conformidad con la ley, «*sin cargas para los solicitantes cuando los mismos carezcan de recursos económicos suficientes, con la excepción de las cuotas de participación en el gasto en pie de igualdad con los ciudadanos italianos*» (apartado 4) así como sin comunicación a la autoridad, salvo que exista tal obligación, en condiciones de igualdad con el ciudadano ex art. 35, apartado 5 cit. d.lgs. 286/98.

Sin perjuicio de la especialidad que supone la categoría de los *empadronados*, como se ha señalado ya, también en Italia, dada la falta de definición, el derecho a la salud del extranjero irregular, como el del ciudadano, puede ser ponderado con otros derechos y resulta por tanto «condicionado» incluso a la luz de los recursos disponibles, pero no puede ser lesionado en su núcleo esencial que es intangible, puesto que de otra forma se lesionaría el parámetro constitucional de la «dignidad humana»,⁵⁷ inmanente, como se ha dicho, en el espíritu de la constitución italiana.

Por otro lado, sobre todo en tiempos recientes, se debe señalar cómo las políticas regionales italianas por lo que respecta a los inmigrantes, se han dirigido a promover, si no a imponer, la adopción de medidas *ad hoc* en materia sanitaria para la integración de los inmigrantes. En relación a la asistencia sanitaria, de hecho, se han previsto estructuras especiales de monitorización de la salud de inmigrantes (así en la ley del Friuli Venezia Giulia, 4 de marzo de 2005 n. 5, *Normas para la acogida y la integración social de las ciudadanas y de los ciudadanos extranjeros inmigrantes*), o también «*instrumentos epidemológicos para el reconocimiento y la evaluación de necesidades de salud específicas de los ciudadanos extranjeros*» (ley Toscana, 8 de junio de 2009, n. 29, *Normas para la acogida y la integración participativa y la tutela de los ciudadanos extranjeros en la Región de la Toscana*). Previsiones como estas, corresponden a los datos constatados en muchas investigaciones

cientes privados». Por su parte, sin embargo, el art. 80 se limita a precisar la obligación del Gobierno, de regular el sistema de financiamiento de la cobertura máxima de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social para las personas que no están incluidas en el mismo de conformidad con el Real Decreto 1088/1989.

⁵⁷ Este enfoque fue aplicado en una importante sentencia del STCI de 17 de julio de 2001 n. 252 en www.consultaonline.it.

que han considerado que en la «*población extranjera inmigrante*» se encuentran ciertas peculiaridades en relación a la problemática sanitaria⁵⁸.

2. Educación.

En cuanto a la educación, uno de los factores más decisivos para la integración de los extranjeros, la política legislativa italiana del mismo modo que la española se ha dirigido no sólo al objetivo de garantizar el acceso de los menores extranjeros en condiciones sustancialmente iguales con los ciudadanos italianos, sino también a extender este horizonte de igualdad a los menores extranjeros hijos de inmigrantes irregulares.

Diseñando una simetría en la posición entre italianos y extranjeros en términos de verdadera y propia igualdad, el legislador italiano ha considerado, de hecho, que la asistencia a la escuela obligatoria responde a un derecho fundamental del menor y a un interés primario de la colectividad, y prescinde de la condición de regularidad

Esto puede verse fácilmente leyendo el *incipit* del art. 38 T.R. Inmigración, según el cual: «*los menores extranjeros presentes en el territorio están sujetos a la escolarización obligatoria*» siéndoles aplicables «*(...) todas las disposiciones vigentes en materia de derecho a la enseñanza, de acceso a los servicios educativos, de participación en la vida de la comunidad escolar*».

Ahora bien, si tenemos en cuenta que en el mismo artículo 2 T.U. a la figura del extranjero «presente en el territorio», al que se le reconocen los derechos fundamentales, se le contrapone la figura del extranjero «residente regular» que «disfruta de los derechos en materia civil atribuidos al ciudadano italiano», se concluye atendiendo al inciso «presentes en el territorio» que el legislador ha querido explicitar que la sujeción a la escolaridad obligatoria afecta tanto a menores inscritos en el permiso de residencia de los padres en posición «regular», como los menores en posición «irregular» ya sea por ellos mismos o como hijos de padres que carezcan de permiso de residencia⁵⁹.

Por otra parte, esta homologación ha sido reconocida más allá de la existencia de

⁵⁸ Referencias en M. Marceca, «La salute degli stranieri tra fatti, contraddizioni e cambiamenti», en Ismu, *Tredicesimo rapporto sulle migrazioni 2007*, Milano 2008, pág. 145-160. Para un estudio general sobre los inmigrantes en la legislación regional: E. Codini, «Gli immigrati nella legislazione regionale» en Ismu, *Dieci anni di immigrazione in Lombardia-Rapporto 2009*, Milán, 2010, pág. 69 ss.

⁵⁹ *Cfr.* al respecto: E. Codini, «L'iscrizione alla scuola di minori stranieri» en *Minori Giustizia*, 3/2008, pág. 102 ss. y especialmente la pág. 103.

la obligación escolar. La jurisprudencia italiana, de hecho, ha tenido recientemente ocasión de pronunciarse en relación a la opción del Ayuntamiento de Milán de no admitir en las escuelas infantiles locales menores extranjeros «irregulares»⁶⁰.

Con la sentencia de 11 de febrero de 2008, el Tribunal, reconociendo que la escuela infantil forma parte del sistema escolar, por estar dentro de los «servicios educativos» que el artículo 38 T.R. Inmigración garantiza a todos los menores extranjeros residentes en el territorio, ha censurado como discriminatoria tal decisión, mandando en consecuencia al Ayuntamiento, admitir en las propias escuelas infantiles a los menores que carezcan de un adecuado permiso de residencia⁶¹.

De una manera más general, esta decisión confirma el principio de no discriminación establecido en el art. 44 del T.R. en materia de inmigración (decreto legislativo 286/1998). En concreto, esta última norma introduce la acción civil contra la discriminación,⁶² y ha adecuado el sistema italiano a la normativa europea en materia de lucha contra la discriminación (directiva CE 2000/43, aplicada en Italia con el d.lgs. 215/2003) y la normativa interna internacional sobre el tratamiento en condiciones de igualdad de los trabajadores migrantes (convenios OIT 143/1975 y 45/1990).

Esta reciente tendencia jurisprudencial se une al resto y representa un complemento del camino iniciado ya por parte del TCI con la utilización del principio de igualdad y la razonabilidad.⁶³

En cambio, en relación a España la Ley de Extranjería, en el artículo 9, según la

⁶⁰ La exclusión *de qua* estaba contenida en una circular del Comune de Milán de diciembre de 2007.

⁶¹ Ordenanza Tribunale di Milano, sez. I civile n. 2380, en *Minorigiustizia*, 2008, 2, pag. 338 ss. con nota de L. Miazzi, *I bambini non sono mai irregolari e hanno tutti diritto all'istruzione*.

⁶² El cit. art. 44, de hecho, ha previsto que cuando el comportamiento de un particular o de la Administración pública produce una discriminación por motivos raciales étnicos, nacionales o religiosos, el juez puede, a instancia de parte, ordenar la cesación del comportamiento lesivo y adoptar cualquier otra medida idónea, según las circunstancias, para eliminar los efectos de la discriminación. Para la literatura sobre este tema se remite a: A. Guariso, «Per la Cassazione l'azione civile contro la discriminazione è un procedimento cautelare», en *D&L – Riv. crit. dir. lav.*, 2008, pág. 715 ss.; M. Della Rocca, «Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del T.U. sull'immigrazione» en *Dir. famiglia* 2002, pág. 112 ss.; A Saccucci, «Il divieto di discriminazione nella Convenzione europea dei diritti umani: portata, limiti ed efficacia nel contrasto a discriminazioni razziali o etniche» en *I diritti dell'uomo* 2005, pág. 11 ss.

⁶³ En particular, el TCI, al afirmar que la igualdad del extranjero en el disfrute de los derechos inviolables de la persona y de la libertad democrática, ha llevado a cabo un examen de razonabilidad sobre la idoneidad de cada una de las diferenciaciones respecto de la condición de extranjero. Sobre esta cuestión en general a L. Paladin, «(voce) Eguaglianza (diritto costituzionale)», en *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, pág. 530; A. Cerri, «Uguaglianza (principio costituzionale di)», en *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1994.

nueva redacción de 2009, distingue entre extranjeros menores de 16 y de 18 años: los primeros tienen derecho a la educación obligatoria que es gratuita, mientras que los segundos tienen derecho, en iguales condiciones que los españoles, a disfrutar de todos los derechos reconocidos en la educación postobligatoria.

Por otro lado, se establece también la obligación para los poderes públicos de asegurar que los extranjeros residentes puedan recibir una enseñanza adecuada para su mejor integración social con reconocimiento y respeto a su propia identidad cultural.

De este precepto deriva el derecho y la obligación del extranjero menor de dieciséis de recibir gratuitamente la educación obligatoria, independientemente de la situación jurídica de sus padres⁶⁴.

Por otro lado, el reconocimiento de la igualdad sustancial en el acceso a la educación por parte de los extranjeros, ya sean regulares o irregulares, no agota las tareas atribuidas a los poderes públicos, desde el momento en que la Constitución española contiene, en aplicación del principio de igualdad consagrado en el art. 14, una prohibición de discriminación de carácter personal, atribuyendo un mandato implícito a los poderes públicos para que creen las condiciones para que la libertad e igualdad de las personas y grupos en que se integran sean reales y efectivas, ex art. 9 segundo párrafo de la Constitución española.

En síntesis, al igual que en el ordenamiento italiano, se reconoce el derecho a la educación en condiciones de igualdad entre ciudadanos españoles y extranjeros, tanto regulares como irregulares. Para que este principio sea efectivo, se deberán adoptar todas las medidas compensativas necesarias para adecuar las condiciones de los alumnos que, por razones de identidad cultural (como por ejemplo la falta de conocimiento de la lengua española, o bien simplemente por la diversidad de modelos de referencia como usos, costumbres, o calendario) podrían encontrarse en la práctica en una situación de desigualdad frente a los españoles autóctonos.

V. CONCLUSIONES

En resumen, un examen comparado del sistema italiano y el español sobre los derechos sociales reconocidos a los extranjeros, muestra una base legislativa similar, pero también muchas diferencias estructurales.

En primer lugar, se evidencia un dato fundamental, que es la ausencia dentro

⁶⁴ M. Jesús Larios Paterna, «El derecho a la educación de los inmigrantes. Principales normas y política públicas del Estado y las comunidades autónomas» en E. Aja y J. Arango, *Veinte años...cit.* pág. 253.

del ordenamiento italiano, de la *iscrizione padronal*. Esta diferencia conduce a considerar el ordenamiento italiano como un sistema donde el permiso de residencia debe estar necesariamente en posesión de los extranjeros, pues no existe forma colectiva alguna de registro⁶⁵.

Sin embargo, encontramos una cierta identidad en lo que respecta a la aproximación de los dos países en los procesos de regularización. De hecho, tanto en España como en Italia, la principal respuesta a los imponentes flujos de entrada, especialmente en el área de la inmigración ilegal, ha consistido en reiterar medidas extraordinarias de regularización, si bien con diferencias en los dos países en relación al *stock* de inmigrantes ilegales existente⁶⁶. Por lo demás, debe considerarse la importancia cuantitativa que, en ambos países, tiene la utilización de las cuotas anuales de entrada por parte de los inmigrantes ilegales⁶⁷.

En cambio, en lo que respecta a los derechos sociales concretos, encontramos una identidad en el fondo constituida por una tendencia común a generalizar las prestaciones, pero con una serie de divergencias. En el tema de la sanidad, los «empadronados» españoles disfrutaban de un tratamiento casi equivalente a los ciudadanos que residen legalmente; mientras que en Italia se distingue entre extranjeros con permiso regular de residencia en el territorio inscritos en el servicio sanitario nacional, y que se encuentran en una situación de «*igualdad de trato y plena igualdad de derechos y deberes respecto a los ciudadanos*», y los extranjeros no inscritos que, en cambio, están obligados al pago de las prestaciones.

No obstante, en relación a los extranjeros que residen de forma irregular en el territorio, y dejando aparte la categoría especial de los *empadronados*, como ya se ha considerado, debido a la ausencia de una definición, tanto en Italia como en España el derecho a la salud se pondera con otros derechos y consecuentemente está «condicionado» teniendo en cuenta también los recursos disponibles, pero sin que pueda ser lesionado en su núcleo esencial que en cuanto tal es intangible. Por último, de cara a la educación, y dejando aparte la consideración de los menores de dieciséis años, la política legislativa italiana, al igual que la española, se

⁶⁵ Por otra parte, incluso dentro del ordenamiento italiano recientemente, el párrafo segundo del art. T.R. sobre la inmigración, tal y como ha sido reformado por la ley de 15 de julio de 2009, n. 94, ha previsto que: «*Con la excepción las actividades deportivas y recreativas con carácter temporal, para el acceso a las prestaciones sanitarias previstas en el art. 35 y para aquellas atinentes a la escolarización, los documentos necesarios para la residencia regulados en el art. 5 apartado 8, deben ser exhibidos en las oficinas de la Administración Pública a los fines de solicitar licencias, autorizaciones, inscripciones y otras medidas de interés para el extranjero*»

⁶⁶ E. Codini, *La regolarizzazione in Spagna...cit.*, pág. 125.

⁶⁷ A. Venturi, *Il diritto dell'immigrazione...cit.* pág. 622.

ha dirigido a garantizar el acceso de los menores extranjeros en condiciones sustancialmente iguales que los ciudadanos italianos, así como a extender esta igualdad también a los menores extranjeros hijos de inmigrantes irregulares.

Más allá de esto surge el problema, no considerado específicamente en este estudio, referido al hecho que en el sistema italiano la insuficiencia de la asistencia social se ha acentuado, en los últimos años, como consecuencia de la crisis económica, que ha provocado tanto un crecimiento de las situaciones de pobreza, como también la crisis de las finanzas públicas, que ha impuesto a su vez una contención del gasto. Consecuentemente, se ha acentuado la competencia, adquiriendo una relevancia particular el tema del conflicto entre italianos y extranjeros.

En efecto, no pocas veces la competencia parece que se ha reducido y se reduce a dicho conflicto. Muchos factores han determinado este resultado: el puro y simple aumento del número de residentes extranjeros; el hecho que algunas necesidades de asistencia social se hayan producido particularmente en el componente extranjero de la población, de media más pobre y con unos niveles de natalidad más altos⁶⁸ y, tal vez, incluso víctimas de discriminación⁶⁹ (aún cuando en conjunto los inmigrantes no suponen un gravamen mayor sobre el Welfare que los autóctonos⁷⁰); la percepción de los extranjeros o de algunos extranjeros como gente que es «otra» trae como consecuencia un razonamiento casi automático en términos de *nosotros y ellos*.

Ante esta situación, el poder público ha asumido frecuentemente una posición neutra dejando la dicotomía italiano-extranjero y cualquier otra cuestión conexa fuera del ámbito de los criterios de preferencia. Pero han surgido también orientaciones opuestas, tendentes a valorar la no ciudadanía o al menos algunas situaciones conectadas a esta, como elementos que puedan favorecer, o con mayor frecuencia perjudicar a la persona en la competencia por el acceso a la asistencia social.

⁶⁸ Ya en un informe CENSIS de 1993 surgía por ejemplo cómo entre las víctimas con dificultad habitacional destacaban las que estaban dentro de la categoría de inmigrantes, pues representaban el 33% de los casos cuando los inmigrantes no alcanzaban en aquel momento el 5% de la población.

⁶⁹ Se observa por ejemplo que la demanda de alojamiento público por parte de los inmigrantes, si de una parte derivada de las formas más comunes de dificultad socio-económica, de otra parte se muestran características explicables en una discriminación directa. Hace algunos años se llevó a cabo una encuesta sobre una muestra de diez mil inquilinos que reveló como el 57% de los propietarios mostraban resistencia a arrendar el inmueble se su propiedad a los inmigrantes. V. Caritas, *Dossier Immigrazione*, Roma, 2004, así como M. Ferrero, *La tutela delle discriminazioni in Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali* (ed.) P. Morozzo della Rocca pág. 498.

⁷⁰ Cfr. C. Devillanova, «I costi dell'immigrazione per la finanza pubblica», en Fondazione ISMU, *Quattordicesimo Rapporto sulle migrazioni 2008*, FrancoAngeli, Milano, 2009, pp. 205-218.

Title:

ALIENS' SOCIAL RIGHTS IN ITALY: A COMPARISON WITH SPA

Summary:

I. Introduction. II. Immigration legal system. III. Policies of social integration: the legal status of foreigners among State, regional and local authorities. IV. Main differences with empadronamiento's system. 1. The protection of health and welfare benefits. 2. The education. V. Conclusions.

Resumen:

El presente artículo analiza la regulación italiana sobre inmigración en comparación con la normativa española. Se acomete especialmente la distribución de competencias legislativas entre Estado y Regiones, así como las medidas administrativas adoptadas por las Entidades Locales. En particular, el estudio aborda un enfoque comparado entre los sistemas constitucionales italiano y español mostrando que, en sustancia, presentan elementos comunes. La segunda parte del artículo, sin embargo, ilustra las diferencias básicas con respecto al estatuto jurídico de los extranjeros. A continuación, la comparación entre ambos países se ocupa de la situación relativa al disfrute de los derechos sociales por los extranjeros. Y, bajo un ángulo más concreto, la última parte del trabajo subraya específicas similitudes y diferencias en los ámbitos de la protección de la salud, los servicios sociales y la educación privada/pública.

Abstract:

This essay analyzes the Italian immigration legal system in comparison with the Spanish one. It specifically focuses on the division of powers between state/regional legislation, and local authorities administrative measures. In particular, the essay tackles a comparative approach between Italian and Spanish constitutional systems showing how they provide numerous identity aspects in substance. The second part of the essay, however, illustrates the basic differences with regard to the legal status of aliens. Then, the comparison between both countries deals with the situation concerning the enjoyment of social rights by aliens. Under a more concrete perspective, the last part of this paper highlights the specific similarities and differences in the field of healthcare protection, welfare benefits, and private/public education.

Palabras Clave:

Normativa sobre inmigración – Poderes estatales y locales – Derechos sociales – Servicios sociales – Protección de la salud – Educación.

Key Words:

Immigration law - State and local powers - Social rights - Welfare benefits - Healthcare protection- Education.