

El artículo 149.1.2 de la Constitución Española

I. Planteamiento general. II. Nacionalidad y emigración. III. Extranjería e inmigración IV. Derecho de asilo

SANTIAGO RIPOL CARULLA

I. Planteamiento general

El artículo 149.1.2 CE sitúa dentro del ámbito exclusivo del Estado cinco materias relacionadas con las competencias personales - competencias que el Estado ejerce sobre las personas que se encuentran bajo su jurisdicción - en que, según el Derecho internacional público, se concreta el principio de soberanía de los Estados.

De entre los cinco ámbitos materiales recogidos en este artículo, dos se refieren a los ciudadanos españoles (nacionalidad y emigración) y los otros tres a los extranjeros residentes en el territorio de España (inmigración, extranjería y derecho de asilo). El Tribunal Constitucional no ha adoptado ninguna resolución en relación con el artículo 149.1.2 CE, en clara muestra de la nula conflictividad competencial existente sobre el tema.

Ello no obstante, la puesta en práctica de las políticas de inmigración y emigración, centradas en la adopción de medidas que permitan la integración social de los extranjeros en España y el retorno al territorio español de los emigrantes españoles que viven en el exterior, exige una interpretación de los títulos competenciales <inmigración> y <emigración> que permita el concurso de las Comunidades Autónomas, pues las acciones que se enmarcan en estas políticas tienen un carácter transversal, que afecta a numerosas competencias sectoriales (educación, cultura, sanidad, asistencia social, vivienda,...). Por último, no puede olvidarse la acción que, en relación a las materias de inmigración y asilo, ha venido desarrollando en los últimos tiempos la Unión Europea.

II. Nacionalidad y emigración

La determinación de quiénes son sus nacionales es la primera manifestación de las competencias personales derivadas de la soberanía. En el derecho español, el artículo 11 CE establece que <la nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley>. Como señaló el TC en la Declaración de 1 de julio de 1992, FJ 5, <el legislador de la nacionalidad debe, como es obvio, definir quiénes son españoles, es decir, quiénes tienen potencialmente capacidad para ser titulares de cualesquiera situaciones jurídicas en el ordenamiento y sobre ello no le da la Constitución pauta material alguna>. Los artículos 17 a 23 del Código Civil (reformados por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre) señalan quiénes son españoles de origen y quiénes pueden adquirir la nacionalidad española. La Constitución, por otra parte, prevé que <ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad> (art. 11.2) y que España puede concertar trata-

dos de doble nacionalidad con determinados países (art. 11.3).

La salida al extranjero de un súbdito español no supone la quiebra del vínculo de nacionalidad; antes al contrario, corresponde al Estado realizar ciertas funciones - protectoras y de asistencia - respecto de los españoles que viven en el extranjero. A esta acción del Estado se refiere el artículo 42 CE, según el cual el Estado velará especialmente por la salvaguardia de sus derechos económicos y sociales, y orientará su política hacia el retorno. Pero esta disposición constitucional presenta un ámbito subjetivo limitado, pues guarda silencio sobre el exilio y desconoce las causas que están en la base de los actuales desplazamientos de los ciudadanos españoles al extranjero. La Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior supera estas deficiencias al establecer <una política integral de emigración y retorno> (Exposición de motivos: párrafo II.3). Interesa destacar que el estatuto de la ciudadanía española en el exterior <se dicta al amparo del art. 149.1.2 de la Constitución de 1978 que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de emigración> (Exposición de motivos: párrafo III.1).

La Ley 40/2006 reconoce a los españoles que residen en el exterior, además de los derechos de participación, ciertos derechos y prestaciones sociales, así como derechos relativos a la educación y a la cultura (Título I: Derechos y prestaciones). Por otra parte, señala que la política de retorno tiene como objetivo <facilitar, orientar y asesorar a los españoles que decidan retornar, con el objetivo de materializar su efectiva inserción social y laboral en España> (Título II: Política integral en materia de retorno).

Es claro, por lo tanto, que la concepción integral de la política de emigración y de retorno supera el marco de aquellas competencias que resultan consustanciales a la competencia personal del Estado, extendiéndose a ámbitos materiales de competencia (seguridad social, política de empleo, cultura, etc.) que corresponden a las Comunidades Autónomas. Es por ello que el Título III de la Ley contempla los mecanismos e instrumentos de cooperación, colaboración y coordinación de las distintas Administraciones públicas. A estos efectos, se prevé la constitución de una comisión, que actuará <como órgano de cooperación multilateral de ámbito sectorial> (art. 29). Esta comisión, dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, está formada por representantes de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas. La Ley permite asimismo que el Estado y las CCAA celebren convenios de colaboración

<en el ámbito de sus respectivas competencias y, particularmente, en lo relativo al retorno> (art. 30).

III. Extranjería e inmigración

Según el concepto tradicional, la soberanía del Estado es exclusiva y absoluta dentro de su propio territorio y cualquier limitación impuesta a su ejercicio por un poder o autoridad exterior implicaría un menoscabo a su independencia. Por lo tanto, en principio están sometidos por igual a las leyes y a la jurisdicción de cada Estado todos cuantos se encuentren en su territorio, temporal o permanentemente y sean nacionales o extranjeros y, también los bienes sitos dentro de sus fronteras y las relaciones jurídicas que sobre ellos se establezcan. Cualquier excepción a esas normas generales, habrá de derivarse de la libre voluntad del Estado mismo, es decir, ha de estar admitida por sus propias leyes o en los convenios por él suscritos (TORROBA SACRISTÁN, 1993, pp. 168).

Inherente a esa soberanía del Estado, es su facultad de prohibir la entrada en su territorio a determinados extranjeros o grupos de extranjeros, por motivos justificados. Complementario a la facultad anterior es el denominado derecho de expulsión. En efecto, el derecho que se reconoce a un extranjero a residir en un país está supeditado, por parte de quien recibe esa hospitalidad, a su observancia de las leyes territoriales y de las buenas costumbres, y a su completa abstención en los asuntos internos del país que lo recibe. No admite duda, pues, la facultad del Estado de no consentir la permanencia en el territorio de los que hayan penetrado en él contraviniendo las leyes de admisión y de los que, por su conducta ulterior, se consideren como elementos perturbadores o perjudiciales para el bien público, como está establecido por las leyes españolas, que regulan los derechos y libertades de los extranjeros en España.

El artículo 13 CE señala que <los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establecen los tratados y la ley>. Este mandato constitucional fue inicialmente desarrollado a través de la Ley 7/1985, de 1 de julio sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España. Esta ley se centró en la reglamentación de los requisitos básicos que los extranjeros deben satisfacer para ser autorizados a entrar en España (requisitos que se refieren fundamentalmente a las condiciones de su alojamiento y manutención) y obtener el estatuto de los residentes legales en España. Por consiguiente, la ley tenía como objeto principal las siguientes cuestiones: control de entrada, y reglamentación sobre la permanencia y salida del territorio español. Regulaba asimismo las situaciones jurídico-administrativas en que pueden encontrarse los extranjeros regulares en España. La ley hace descansar la aplicación de sus normas y del régimen sancionador que las acompaña en los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, a los órganos de la AGE y a los juzgados. La STC 115/1987, de 7 de julio, declaró la inconstitucionalidad de algunas limitaciones establecidas por la ley respecto de los derechos de los extranjeros en situación administrativa regular.

El 20 de noviembre de 2000 se aprobó la Ley 4/2000, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (modificada por las LO 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre, y 14/2003, de 20 de noviembre). El enfoque de la Ley varía respecto de la ley de 1985, cuyos elementos principales sin embargo incluye. La Ley 4/2000 regula el régimen de los extranjeros en España poniendo mayor énfasis en los derechos y libertades que les corresponden. En las SSTC 236, 259-265/2007 el TC se ha pronunciado sobre el reconocimiento de los derechos y libertades de los extranjeros sin considerar la situación administrativa en que se encuentren: derechos de reunión y manifestación, huelga, educación postobligatoria, asistencia jurídica gratuita y libertades de asociación y sindicación.

La DF 4ª de la Ley afirma que todos los preceptos son orgánicos, excepto cuatro - art. 11 (derecho al trabajo y la seguridad social), 12 (derecho a la asistencia sanitaria), 13 (ayudas en materia de vivienda) y 14 (seguridad social y servicios sociales) - aprobados con base en el art. 149.1.2 CE. Ya se ha dicho que el TC no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance de las materias <extranjería> e <inmigración>.

Pero de la lectura del contenido de las sucesivas leyes de extranjería se deduce claramente que muchas de las cuestiones susceptibles de enmarcarse en estos títulos competenciales afectan a competencias sectoriales propias cuyo ejercicio corresponde a las CCAA (salud, enseñanza, bienestar social, infancia, formación ocupacional, trabajo, etcétera). Desde otro punto de vista, ha de señalarse que todas las CCAA han regulado estas cuestiones en tanto que relacionadas con el hecho migratorio (ej., Decreto 188/2001, de 26 de junio, de aplicación de la LO 4/2000, de 11 de enero, de la Generalitat de Cataluña, DOCE núm. 3431, de 16 de julio), creando en algunos casos órganos de la administración autonómica encargados de asegurar la ejecución de las actuaciones acordadas al respecto (Secretaría para la Inmigración de la Generalitat de Cataluña, Foro Regional para la Inmigración de la Comunidad de Madrid, Foro Regional para la Inmigración de la Comunidad Autónoma de Murcia, Foro para la integración de los inmigrantes en La Rioja, ...); no en vano la primera atención a las necesidades de los inmigrantes corresponde a las CCAA y a los municipios.

Esta interpretación del art. 149.1.2 CE conduce a distinguir entre las materias relacionadas con la política de extranjería e inmigración relacionadas directamente con el ejercicio de la soberanía territorial de los Estados - control de fronteras, determinación de los flujos migratorios, establecimiento del estatuto de los extranjeros y de las condiciones y requisitos para autorizar su entrada, estancia, residencia y trabajo en España - y aquellas otras que se orientan a la asistencia del inmigrante y a favorecer su integración social; mientras que las primeras encuentran acomodo en el marco de las competencias exclusivas del Estado, las segundas afectan a <títulos competenciales autonómicos de carácter sectorial que inciden en ese fenómeno a los que no alcanza la competencia estatal> (MONTILLA MARTOS, 2007). Tal

interpretación encuentra acomodo en el <principio de especificidad de la competencia> al que ha recurrido con frecuencia el Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC [177/1990](#), de 15 de noviembre de 1990, FJ 4; 102/1995, de 26 de junio, FJ 3). Así, considerando el caso de los Centros de Migraciones, regulados por los artículos 163 y siguientes del Reglamento de Extranjería, RD 2393/2004, P. Santolaya afirma que <no es difícil concluir que en el concurso de reglas competenciales al que nos estamos refiriendo, entre inmigración y asistencia social, muy probablemente el Tribunal Constitucional aplicaría esta última al ser más específica que la primera si hubiera de pronunciarse sobre la titularidad de la gestión de los Centros de Migraciones> (SANTOLAYA, 2007, pp. 161-162). En fin, no puede desconocerse, por último, que al igual que en la regulación sobre emigración, las leyes estatales han establecido mecanismos para permitir la participación de las CCAA en la adopción de algunas decisiones (Consejo Superior de la Política de Inmigración, Foro de la Inmigración, subcomisiones bilaterales con algunas CCAA).

IV. Derecho de asilo

Por derecho de asilo se entiende <la protección dispensada por España a aquel extranjero a quien se reconozca la condición de refugiado de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1951, es decir, a quien debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de sus temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él> (Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado: Exposición de motivos, párrafo 5).

Los extranjeros tienen derecho a solicitar el asilo, pero su concesión corresponde al Estado <en el ejercicio de su soberanía> (Declaración sobre el asilo territorial, Resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1967: art. 1).

El art. 13.4 CE señala que <la ley establecerá los términos en los que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España>. En cumplimiento de esta disposición, se aprobó la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado, y el RD 511/1985, de 20 de febrero, que la desarrolla. La Ley de 1984 fue modificada por la, ya citada, Ley 9/1994, de 19 de mayo, y su Reglamento de 10 de febrero de 1995.

Esta legislación reconoce a los extranjeros el derecho a solicitar el asilo en nuestro territorio (art. 1), establece las causas que justifican la concesión del asilo y su denegación (art. 3), decisión ésta que corresponde al Gobierno, determina el estatuto jurídico de los extranjeros asilados (además de la autorización de residencia en España, están autorizados para llevar a cabo actividades laborales, profesionales y mercantiles - art. 13). La Ley prevé la expulsión de los extranjeros asilados, siempre a países distintos de los que les persiguen, en el supuesto de que hayan incurrido en actividades graves y reiteradas contra la seguridad interior o exterior del Estado

(art. 19) y establece un régimen de recursos que permite recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa tanto las denegaciones de asilo como la decisión del Ministerio del Interior de poner fin al mismo (art. 21).

La configuración del derecho de asilo como un acto de soberanía sitúa esta materia en el marco de las competencias exclusivas del Estado (art. 149.1.2 CE), sin que esta afectación haya sido en modo alguno contestada.

Por último, debe señalarse que las materias a las que se refiere el art. 149.1.2 CE se verán progresivamente afectadas por la actuación de la Unión Europea. El Tratado de Amsterdam (1996) incluyó un nuevo título IV titulado Visados, asilo e inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de las personas, el cual ha sido recogido en el Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (2007) dedica un capítulo a las Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración (Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DO C115 de 9.05.2008): (arts. 77-80).

V. Listado bibliográfico

GONZÁLEZ RIVAS, J. J., Extranjería y libre circulación de personas, Granada: Comares, 1995.

MONTILLA MARCOS, J.A.: <Inmigración y Comunidades Autónomas>, AJA, E.; ARANGO, J. (Coords.), Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica, Barcelona: Fundació CIDOB, 2006.

POMED SÁNCHEZ, L., <Algunas consideraciones sobre la situación actual del derecho de inmigración en España>, Extranjería e inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Madrid: Tribunal Constitucional / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pág./s. 53-94.

SANTOLAYA MACHERTTI, P.: <Extranjería y nuevos estatutos de autonomía>, Revista d'Estudis Autònoms i Federals, núm. 4, 2007, pág./s. 159-183.

TORROBA SACRISTÁN, J.: Derecho consular, Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores, 1993.