

EL DERECHO DE RESIDENCIA COMO DERECHO A TENER DERECHOS EN LOS SISTEMAS POLÍTICOS COMPUESTOS (*)

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO DE RESIDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.—III. EL DERECHO DE RESIDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO.—IV. EL DERECHO DE RESIDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: 1. *El derecho de residencia de los españoles*. 2. *El derecho de residencia de los extranjeros en España*. 3. *La mera vecindad administrativa como pórtico de acceso a los derechos sociales y la garantía de la igualdad en el acceso a aquéllos tras las recientes reformas estatutarias*.—V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de residencia, entendido como el derecho subjetivo a elegir el lugar donde se desea residir, se encuentra, explícita o implícitamente, reconocido en las normas fundamentales que rigen tres sistemas políticos descentralizados paradigmáticos como son el federal norteamericano, el comunitario europeo y el autonómico español. Consecuencia fundamental del ejercicio efectivo de aquel derecho por los ciudadanos del respectivo sistema político es la posibilidad que tienen éstos de acceder a los denominados derechos sociales, pues la residencia se ha constituido en la mayoría de sistemas políticos descentralizados en el elemento clave a la hora de determinar la capacidad de los ciudadanos de acceder a los derechos prestacionales (sanidad, seguridad social, asistencia social, de-

(*) Este estudio se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación «Las reformas de los sistemas descentralizados». Ref. DER2009-14235 (subprograma JURI).

pendencia, acceso a la vivienda...) otorgados en una determinada demarcación (estatal, autonómica o municipal) del territorio del respectivo sistema político. El derecho de residencia se constituye así en un derecho a tener derechos.

Sin embargo, en los sistemas referidos ni el reconocimiento del derecho de residencia ni el reconocimiento del derecho de acceso a los derechos sociales una vez que se es residente se ha configurado de la misma manera.

En los Estados Unidos se habría construido jurisprudencialmente una idea de ciudadanía fuerte caracterizada por dos rasgos:

— por la capacidad de los ciudadanos norteamericanos de fijar su residencia allí donde quieran dentro del territorio nacional independientemente de sus situación de pobreza o necesidad y

— por la capacidad de los ciudadanos norteamericanos que se desplazan para residir a un determinado lugar del territorio nacional de acceder, desde un primer momento, a los derechos sociales en las mismas condiciones que los ciudadanos tradicionalmente residentes en el lugar al que se llega.

En la Europa comunitaria, por el contrario, se habría aceptado jurisprudencialmente una idea de ciudadanía debilitada caracterizada:

— por la posibilidad de condicionar la libre circulación y residencia de aquellos ciudadanos comunitarios que no se desplazan para realizar una actividad económica a la posesión de recursos económicos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del territorio al que se llega y

— por la posibilidad de condicionar el acceso de los ciudadanos comunitarios a los derechos sociales al cumplimiento de un período temporal de residencia previa en el territorio que otorga la prestación.

El caso español se caracterizaría por encontrarse aparentemente entre los dos extremos anteriores:

— si bien no parecen constitucionalmente aceptables las limitaciones al derecho de residencia de los ciudadanos españoles en las diversas partes del territorio nacional fundadas en su situación de indigencia o necesidad, lo que acercaría el modelo español al norteamericano en este punto,

— sí son habituales las regulaciones de los poderes públicos que condicionan la igualdad de trato de los ciudadanos españoles residentes en el acceso a los derechos sociales a la demostración de un concreto período de residencia previa en el territorio (autonómico, municipal e incluso estatal) que otorga la prestación. Regulaciones que, no obstante, consideramos que son inconstitucionales a pesar de no haber sido nunca sometidas al escrutinio del Tribunal Constitucional.

Tras analizar el derecho de residencia de sus ciudadanos en los ordenamientos referidos y su caracterización como derecho de acceso al resto de derechos se puede concluir que si bien el modelo de protección social de los Estados Unidos no es el espejo en el que los europeos deban mirarse, por ser por lo general menos protector que el de este lado del Atlántico, sí deberían tener muy presente la concepción norteamericana de ciudadanía fuerte.

II. EL DERECHO DE RESIDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos viene sosteniendo desde hace ya algunos años la disconformidad con la Constitución Federal de cierto tipo de medidas establecidas por los poderes públicos, esencialmente los estatales, que tienen como efecto obstaculizar directa o indirectamente la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos norteamericanos dentro del territorio nacional. Más concretamente, y en lo que interesa en estas páginas, el Tribunal Supremo se ha planteado la disconformidad con la Constitución Federal de dos tipos de medidas:

- en primer lugar, la de aquellas regulaciones estatales que impiden directamente la entrada y salida de los ciudadanos norteamericanos del territorio estatal y
- en segundo lugar, la de aquellas regulaciones estatales (o locales) que exigen a los ciudadanos residentes un período temporal de residencia previa en el Estado (o en el condado) para poder beneficiarse del acceso a determinadas ventajas o derechos.

En su jurisprudencia más reciente el Tribunal Supremo ha considerado que tales medidas son susceptibles de afectar al constitucionalmente implícito derecho fundamental a viajar (*right to travel*). Derecho a viajar que protegería primordialmente dos derechos:

- en primer lugar, protegería el derecho de todo ciudadano de un Estado federado a entrar y salir libremente del territorio de cualquier otro Estado y a fijar allí donde quiera su residencia;
- en segundo lugar, protegería el derecho de todo ciudadano de un Estado federado que elige residir de manera permanente en otro Estado a ser tratado igual que los ciudadanos de ese Estado al que se ha desplazado desde el mismo momento en que fija su residencia (1).

(1) La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado protegido por el derecho a viajar un tercer derecho que a los efectos de lo que estamos analizando no nos interesa desarrollar: el de-

El primer derecho protegido por el derecho a viajar, el derecho a la libre circulación entre Estados y a la libre fijación de residencia, se vería directamente restringido por el establecimiento estatal de restricciones para entrar o para fijar la residencia en el concreto Estado.

Ciertamente, la jurisprudencia norteamericana ha admitido que el derecho a la libre circulación entre Estados no es un derecho incondicional, pero entre los motivos por los que se puede limitar no se encontraría la situación de necesidad del ciudadano que se desplaza.

Tal era el supuesto que se discutió en la sentencia *Edwards v. People of State of California*, 314 U.S. 160 (1941), donde California había establecido una regulación que sancionaba penalmente a aquellas personas que introdujesen a un indigente en el territorio del Estado. El caso se desencadena a raíz de que el Sr. Edwards, ciudadano residente en California, es penalmente sancionado por traer en su coche a su cuñado, indigente, desde Texas hasta California. La regulación estatal será considerada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos contraria

recho de todo ciudadano de un Estado federado a ser tratado «amistosamente» cuando se encuentra temporalmente en otro Estado (esto es, cuando no tiene ánimo de residir en otro Estado, pero se encuentra circunstancialmente allí), derecho que podría verse restringido por aquellas regulaciones estatales que exigen la residencia en el Estado para poder acceder a determinados derechos o beneficios. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo este derecho supondría «*the right to be treated as a welcome visitor rather than an unfriendly alien*» en *Sáenz v. Roe*, 526 U.S. 489 (1999). Este tercer derecho incluido en el derecho a viajar se encuentra, según la doctrina del Tribunal Supremo, expresamente protegido por la Constitución cuando en la primera frase del artículo IV, § 2, afirma que «los ciudadanos de cada Estado tendrán derecho a todos los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los demás Estados». Protección que, sin embargo, no es incondicional, pues de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, «a semejanza de otras previsiones constitucionales, la Cláusula de Privilegios e Inmunidades no es absoluta [...] no impide disparidad en el tratamiento en todas aquellas situaciones en que existen razones válidas para ello [...] pero impide la discriminación contra ciudadanos de otros Estados donde no haya una razón sustancial para la diferenciación más allá del mero hecho de que son ciudadanos de otros Estados» (*Toomer v. Witsell*, 334 U.S. 385 (1948)). La Cláusula de Privilegios e Inmunidades del artículo IV prohíbe la discriminación contra los ciudadanos de otros Estados cuando no hay una razón sustancial para diferenciar más allá del mero hecho de que son ciudadanos de otro Estado, sin embargo, no toda aplicación de regímenes jurídicos distintos fundamentada en el origen constituye una vulneración de la Cláusula de Privilegios e Inmunidades. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha diferenciado, así, entre aquellos supuestos en los que se ven involucrados derechos esenciales para promover la armonía entre Estados, actividades básicas y esenciales que no pueden ser interferidas sin poner en riesgo la Unión (por ejemplo, la dedicación de los ciudadanos no residentes a una actividad económica en el territorio del Estado como es la pesca de gambas), y aquellos otros supuestos en los que, pese a establecerse un régimen distinto para los ciudadanos de fuera del Estado, no afectan a «la vitalidad de la nación como entidad única» (por ejemplo, la dedicación de los ciudadanos no residentes a una actividad recreativa en el territorio del Estado como es la caza del alce). *Baldwin v. Montana Fish and Game Comm'n*, 436 U.S. 371 (1978); *Supreme Court of New Hampshire v. Piper*, 470 U.S. 274 (1985); *Supreme Court of Virginia v. Friedman*, 487 U.S. 59 (1988).

a la cláusula constitucional que garantiza el comercio interestatal. La Cláusula de Comercio recogida en la Constitución de los Estados Unidos en su artículo I, sección 8.^a, atribuye al Congreso la competencia para regular el comercio entre los Estados. De esta simple atribución de competencias al Congreso se han derivado jurisprudencialmente límites a la actuación de los Estados aun en ausencia de actuación por parte del Congreso en ejercicio de su competencia. El Tribunal Supremo reconoce [en *Edwards*] que la afluencia de personas sin recursos a un Estado puede resultar en problemas sanitarios, morales y especialmente financieros, sin embargo, el Tribunal recuerda que la Constitución prohíbe a los Estados aislarse de aquellos problemas y dificultades comunes a todos ellos mediante la restricción de la libre circulación de personas y bienes y reproduce el argumento dado por el juez Cardozo en *Baldwin v. G. A. F. Seelig*, 294 U.S. 511 (1935), cuando afirmaba que «la Constitución fue realizada bajo la influencia de una filosofía política menos localista. Fue realizada bajo la teoría de que las gentes de los diversos Estados deben hundirse o nadar juntos, y que en el largo plazo la prosperidad y la salvación están en la unión y no en la división».

El derecho a la libre circulación entre Estados de los ciudadanos norteamericanos, el derecho a entrar y salir libremente del territorio de cualquier Estado sin que se puedan establecer restricciones por motivo de la situación de indigencia en la que se pueda encontrar un ciudadano, tiene como corolario el derecho a residir allí donde se decida. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo los ciudadanos de los Estados Unidos, sean ricos o pobres, tienen el derecho a elegir ser ciudadanos del Estado en el que residen [*Sáenz v. Roe*, 526 U.S. 489 (1999)].

El segundo derecho protegido por el derecho constitucional a viajar sería el derecho de todo ciudadano de un Estado federado que elige residir de manera permanente en otro Estado de la Unión a ser tratado igual que los ciudadanos de este Estado desde el mismo momento en que empieza a residir. Este derecho contemplaría aquel supuesto en el que un ciudadano del Estado A se desplaza al Estado B con la intención de establecerse y residir allí. Este derecho es el que se encontraría involucrado a la hora de cuestionar la conformidad con la Constitución de los denominados requisitos temporales de residencia previa establecidos por las normativas estatales (y locales) para poder acceder a determinados derechos o beneficios sociales.

Este segundo derecho, aparentemente incluido también en el derecho a viajar se encuentra, según la doctrina del Tribunal Supremo, expresamente protegido por la Constitución, si bien la jurisprudencia se ha mostrado cambiante a la hora de identificar el concreto precepto constitucional que garantizaría tal derecho a la igualdad de trato.

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia más reciente tal derecho a la igualdad de trato se encontraría en la Cláusula de Privilegios e Inmunidades de la Enmienda XIV cuando afirma en su sección primera: «toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de los Estados Unidos y del estado en que resida. Ningún estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos...».

Así en *Saenz v. Roe*, 526 U.S. 489 (1999), el Tribunal Supremo consideró que vulneraba la primera frase de la Enmienda XIV una regulación de California que limitaba los beneficios sociales a los que podían acceder aquellos ciudadanos que llevasen residiendo en el Estado menos de un año.

No obstante, el propio Tribunal Supremo en una jurisprudencia anterior había venido situando la garantía de tal derecho a la igualdad de trato en la Cláusula de Igual Protección recogida igualmente en el la Enmienda XIV cuando establece que «ningún Estado... negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes». Así en *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969), el Tribunal Supremo consideró que vulneraban la Cláusula de Igual Protección una serie de normativas estatales y federales (puesto que además de normativas de Connecticut y Pennsylvania, se trataba de una regulación del Distrito de Columbia), que negaban el acceso a determinados beneficios sociales a aquellos ciudadanos que no llevasen un año residiendo en el territorio de aquellos Estados o en la capital.

Igualmente, el Tribunal Supremo en *Memorial Hosp. v. Maricopa County*, 415 U.S. 250 (1974), consideró contraria a la Cláusula de Igual Protección una regulación del Estado de Arizona que requería a un indigente un año de residencia previa en un condado como condición para poder recibir asistencia médica no urgente con cargo al condado.

En la práctica, la determinación de si los períodos temporales de residencia previa para poderse beneficiar del acceso a determinadas derechos o ventajas otorgados por los poderes estatales o locales son contrarios a la Cláusula de Igual Protección de la Enmienda XIV o a la Cláusula de Privilegios o Inmunidades de la Enmienda XIV no es tan relevante si se asume que, en cualquiera de los dos supuestos, el escrutinio al que explícitamente somete el Tribunal Supremo a las regulaciones públicas que restringen el denominado derecho a viajar a través de la imposición de tales requisitos temporales de residencia previa es un escrutinio estricto y no un mero escrutinio de razonabilidad.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, sea cual sea el precepto constitucional que utilice, afirma que los requisitos temporales de residencia previa que tienen como consecuencia generar dos clases, sino más, de personas en

función del tiempo de residencia en un Estado suponen una restricción del derecho constitucional a viajar y por tanto serán inconstitucionales, salvo que el Estado demuestre que son necesarios para promover un interés público decisivo o convincente (*a compelling governmental interest*). Se adopta así por el Tribunal Supremo un estricto escrutinio a la hora de determinar la constitucionalidad de los requisitos temporales de residencia previa y se rechaza la utilización tanto de un escrutinio de razonabilidad como de un escrutinio intermedio que «meramente exija que los requisitos temporales de residencia se encuentren sustancialmente relacionados con un objetivo gubernamental importante» (*an important governmental objective*).

Así en dos de los casos señalados, *Shapiro v. Thompson* y *Memorial Hosp. v. Maricopa County*, el Tribunal Supremo consideró que los Estados no habían demostrado que los requisitos temporales de residencia previa exigidos en las normativas estatales promoviesen un interés estatal decisivo (*a compelling governmental interest*).

El estricto escrutinio aplicado por el Tribunal Supremo ha supuesto que se haya considerado inconstitucional cualquier medida que pretenda obstaculizar, mediante el establecimiento de requisitos temporales de residencia previa, la movilidad de personas necesitadas por considerarse que tal propósito es en sí mismo ilegítimo.

Igualmente ilegítima se ha considerado la distinción entre nuevos y viejos residentes que se trata de justificar en la pasada contribución que cada grupo habría hecho a la comunidad que otorga la prestación a través del pago de impuestos. El Tribunal Supremo ha considerado que la Cláusula de Igual Protección proscribía un desigual reparto de beneficios o servicios sobre la base de las contribuciones pasadas de los ciudadanos.

Cuando tales obstáculos al derecho a viajar se han tratado de justificar en la necesidad de promover determinados objetivos estatales como el equilibrio financiero de los Estados, la eliminación del fraude, la necesidad de demostrar objetivamente la voluntad de residir, etc., el Tribunal Supremo ha considerado que pese a ser aquellos objetivos legítimos y ser las medidas razonables para conseguirlos no eran suficientemente decisivos (*compelling*) para justificar una restricción de un derecho fundamental como el derecho fundamental a viajar [*Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969)].

Así, por ejemplo, en relación con el mantenimiento del equilibrio financiero de los presupuestos estatales, el Tribunal Supremo ha considerado que los Estados no han sido capaces de justificar por qué el ahorro económico debe ser realizado a costa de los derechos y beneficios de los nuevos residentes y no, por ejemplo, a costa de todos los ciudadanos que reciben la prestación. Para el Tri-

bunal Supremo la hacienda pública no se puede proteger estableciendo odiosas distinciones entre clases de ciudadanos.

No obstante, la doctrina del Tribunal Supremo más reciente ha ido incluso más allá, pues ha considerado que la Enmienda XIV expresamente iguala ciudadanía con residencia y no permite el establecimiento de grados de ciudadanía basados en la duración de la residencia (2) [*Zobel v. Williams*, 457 U.S. 55 (1982), y *Sáenz v. Roe*, 526 U.S. 489 (1999)]. La duración de la residencia nunca podrá ser un factor a tener en cuenta a la hora de determinar los beneficios y derechos a los que pueden acceder los ciudadanos residentes en un Estado (3).

Para el Tribunal Supremo ni siquiera puede ser el Congreso Federal el que autorice a los Estados el establecimiento de requisitos temporales de residencia previa para poder acceder a determinados beneficios cuando es, por ejemplo, aquél el que financia un programa social, pues es doctrina firme del Tribunal Supremo que el Congreso no puede autorizar que los Estados violen la XIV Enmienda de la Constitución.

Sea como fuere, algún sector doctrinal ha señalado que la doctrina del Tribunal Supremo no implicaría que cualquier período temporal de residencia previa fuese inconstitucional. Y se ha señalado, por ejemplo, que el establecimiento de tales períodos como un elemento de comprobación de la residencia de buena fe sí sería constitucional. Así pareció considerarlo el Tribunal Supremo, por ejemplo, en *Shapiro*, donde tras mantener que un período de residencia en el Estado

(2) Recordemos que tal enmienda establece que «toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción será ciudadana de los Estados Unidos y del Estado en que resida».

(3) Frente a la jurisprudencia referida encontramos, sin embargo, aquella otra del propio Tribunal Supremo de los Estados Unidos que ha sostenido, por ejemplo, que un requisito temporal de residencia previa de un año en el Estado de Iowa para poder iniciar un procedimiento de divorcio era compatible con la Constitución [*Sosna v. Iowa*, 419 U.S. 393 (1975)]. El Tribunal Supremo ha tratado de justificar la diferencia de este supuesto respecto a los supuestos anteriormente analizados considerando que en el caso del divorcio el beneficio es exportable fuera del Estado, mientras que en el supuesto de las prestaciones sociales el ciudadano consumiría los beneficios del derecho dentro del Estado en el que los percibe [*Sáenz v. Roe*, 526 U.S. 489 (1999)]. Igualmente se ha considerado conforme con la Constitución un requisito temporal de residencia de un año en el Estado para poder acceder a becas universitarias [*Vlandis v. Kline*, 412 U.S. 441 (1973)] y el Tribunal Supremo ha tratado de justificarlo con el mismo argumento de la exportabilidad. El Tribunal Supremo ha justificado igualmente la diferencia entre la constitucionalidad de la exigencia de períodos temporales de residencia previa en el Estado para poder acceder a becas universitarias y la inconstitucionalidad de la exigencia de períodos temporales de residencia previa en el Estado para poder acceder a prestaciones sociales o sanitarias en el hecho de que estas últimas pretenden hacer frente a situaciones de necesidad vinculadas con la dignidad de la persona mientras que el acceso a la educación superior no se encuentra vinculada con aquélla [nota 15 en *Memorial Hosp. v. Maricopa County*, 415 U.S. 250 (1974)].

de un año para poder acceder a determinados derechos era inconstitucional no excluyó el establecimiento de períodos más cortos que tuviesen como propósito demostrar la residencia de buena fe. En esta línea la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene aceptando requisitos temporales de residencia previa para poder votar de cincuenta días [por ejemplo, en *Martson v. Lewis*, 410 U.S. 679 (1973)], por considerar que son susceptibles de demostrar una residencia de buena fe que evite otorgar el voto a aquel que llega a una circunscripción con una finalidad fraudulenta por carecer del ánimo de residir, mientras, por el contrario, no ha aceptado requisitos temporales superiores para poder votar por considerarlos desproporcionados (por ejemplo, el requisito de un año en *Dunn v. Blumstein*, 405 U.S. 330 (1972)).

Fuera de la admisión de los requisitos temporales de residencia previa de unas pocas semanas para demostrar la residencia de buena fe, la jurisprudencia norteamericana parece haber rechazado tal tipo de requisitos y sobre todo ha rechazado que tales requisitos se puedan justificar en la necesidad de que el ciudadano que se desplaza a residir a una determinada comunidad tenga que demostrar su grado de integración en tal comunidad para poder beneficiarse de la solidaridad de la comunidad a la que llega, pues el grado de integración de un ciudadano norteamericano en cualquier comunidad, estatal o local, dentro del territorio federal se demuestra por el mismo hecho de ser ciudadano de los Estados Unidos.

La jurisprudencia norteamericana habría reconocido, por tanto, en primer lugar, que las libertades de circulación y residencia dentro de la federación no puedan verse condicionadas por la situación de necesidad del nacional que se desplaza por el territorio nacional que tendría derecho a fijar libremente su residencia, y habría reconocido, en segundo lugar, el derecho de todo ciudadano norteamericano que se desplaza por el territorio federal a ser tratado igual que los ciudadanos tradicionalmente residentes en el lugar en el que decide fijar la residencia.

El reconocimiento de lo anterior supone que —puesto que el derecho de circulación y residencia no se puede encontrar sometido a condicionamientos basados en la situación de indigencia del ciudadano que se desplaza y puesto que se reconoce a todo ciudadano que se desplaza para residir a otro lugar dentro del territorio federal el derecho al ser tratado igual que los ciudadanos tradicionalmente residentes allí— la posibilidad de acceder a los derechos y prestaciones sociales se produce desde el mismo momento en el que un persona necesitada fija su residencia en un determinado lugar.

III. EL DERECHO DE RESIDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO

El reconocimiento en el Tratado CE de los derechos a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión se produce tras la reforma llevada a cabo en Maastricht en 1992. En el ordenamiento jurídico comunitario, como consecuencia de la lectura conjunta realizada por el Tribunal de Justicia de dos preceptos: el artículo 18 y el artículo 12 del TCE, el derecho de residencia se va a constituir, al igual que en el ordenamiento norteamericano, en el derecho indispensable, en principio, para poder acceder, los ciudadanos de la Unión, a los derechos sociales reconocidos por los Estados miembros a sus propios nacionales (4).

El artículo 18 del Tratado CE reconoce a todo ciudadano de la Unión el «derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el propio Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación».

El artículo 12 del Tratado CE establece que «en el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad».

El Tribunal de Justicia ha interpretado reiteradamente que un ciudadano de la Unión que reside *legalmente* en el territorio de un Estado miembro del que no es nacional, e incluso un ciudadano de un Estado miembro que se desplaza a residir a su propio Estado desde otro Estado miembro (5), puede invocar el artículo 12 del Tratado CE al considerarse que el desplazamiento para residir entre Estados miembros es una situación comprendida en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho comunitario a la que se refiere el propio artículo 12 (6).

(4) Sobre la jurisprudencia comunitaria un buen análisis de la misma es el realizado por MARTÍN VIDA, M. A., «La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones sociales», *REDCE*, núm. 8, julio-diciembre de 2007. Sobre la ciudadanía europea ver LÓPEZ CASTILLO, A., *La Constitución de Europa a debate. Estudios sobre el complejo constitucional de la Unión*, Tirant lo Blanch, 2005, y UGARTEMENDÍA, J. I., y SARMIENTO, D., «La protección de los derechos fundamentales del ciudadano europeo en tránsito. ¿Cuestión interna o comunitaria?». *InDret*, núm. 1, 2008.

(5) STJCE de 11 de julio de 2002, *D'Hoop*, C-224/98.

(6) Según reiterada jurisprudencia, un ciudadano de la Unión que reside legalmente en el territorio del Estado miembro de acogida puede invocar el artículo 12 CE en todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho comunitario (SSTJCE de 12 de mayo de 1998, *Martínez Sala*, C-85/96, apartado 63, y de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, apartado 32). Entre estas situaciones figuran las relativas al ejercicio de las libertades

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para apreciar si una situación cae en el ámbito de aplicación del Tratado a efectos del artículo 12 del propio TCE, hay que interpretar este artículo en relación con las disposiciones del Tratado CE sobre la ciudadanía de la Unión. El ejercicio por un ciudadano de la Unión de sus derechos a circular y residir (art. 18 TCE) determinaría que se encuentre en una situación que cae en el ámbito de aplicación del Tratado CE y por tanto tal ciudadano encontraría garantizado su derecho a no ser discriminado por razón de la nacionalidad.

Sin embargo, el ejercicio por los ciudadanos comunitarios de los derechos a circular y residir no es totalmente incondicional, sino que puede encontrarse restringido por determinadas causas establecidas en el Derecho comunitario derivado. La determinación de si la residencia de un ciudadano de la Unión es «legal» se constituye así, por tanto, en el elemento indispensable para que ese ciudadano pueda beneficiarse del derecho a no ser discriminado por razón de la nacionalidad reconocido en el artículo 12 del TCE y, por tanto, en aplicación de tal artículo, pueda beneficiarse del acceso a los derechos, sociales y económicos, que el Estado miembro de acogida reconoce a sus nacionales (7).

Para determinar si la residencia de un ciudadano de la Unión en un Estado miembro del que no es nacional es una residencia «legal» —lo que, reiteramos, le permitirá beneficiarse del derecho a no ser discriminado por razón de la nacionalidad y por tanto le permitirá el acceso a los derechos, sociales y económicos, que reconoce el Estado miembro de acogida a sus nacionales— es fundamental examinar las limitaciones y condiciones al derecho de residencia impuestas por el legislador comunitario.

En efecto, los derechos a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros no son derechos incondicionales, pues se reconoce en el propio artículo 18 del Tratado CE la capacidad del legislador comunitario de someterlos a limitaciones y condiciones cuando se afirma que tales derechos se ejercerán «con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el propio Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación».

Se debe hacer notar que las limitaciones y condiciones a los derechos a la libre circulación y residencia corresponde establecerlas al legislador comunitario y no a los Estados miembros que han perdido, así, la capacidad de establecer

fundamentales garantizadas por el Tratado y las relativas al ejercicio de la libertad de circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros tal y como se halla reconocida en el artículo 18 CE (véase la STJCE de 24 de noviembre de 1998, *Bickel y Franz*, C-274/96, apartados 15 y 16, así como las SSTJCE, *Grzelczyk*, apartado 33, y *García Avello*, apartado 24).

(7) O también del acceso a los derechos que una determinada región o municipio reconozca a los ciudadanos nacionales residentes en tal demarcación.

directamente las condiciones a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión.

Aunque corresponde al legislador comunitario establecer las limitaciones y condiciones a los derechos referidos, los Estados miembros deben adaptar aquellas a sus ordenamientos nacionales y al hacerlo no deben vulnerar el Derecho comunitario. No obstante, los Estados miembros pueden decidir no imponer, al transponer el Derecho comunitario, las limitaciones y condiciones a los derechos de libre circulación y residencia establecidas por éste. Es, así, el legislador comunitario el que «autoriza» a los Estados miembros a condicionar los derechos de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión no nacionales en determinados supuestos, sin que la autorización suponga una obligación de hacerlo.

Ciertamente, la capacidad del legislador comunitario de establecer limitaciones y condiciones a los derechos a circular y residir libremente tiene a su vez limitaciones. El Tribunal de Justicia ha declarado que los límites y condiciones a los derechos a circular y residir libremente que se establezcan en el Derecho derivado, y que son aplicados por los Derechos nacionales, son susceptibles de ser controlados por él para comprobar su conformidad con el Derecho comunitario. En este sentido el Tribunal de Justicia ha señalado que la aplicación de dichas limitaciones y condiciones a los derechos reconocidos en el artículo 18 del TCE debe realizarse respetando los límites impuestos por el Derecho comunitario y de conformidad con los principios generales de éste, en particular, el principio de proporcionalidad. Ello significa que las condiciones establecidas por el legislador comunitario, y la adaptación que de las mismas hagan los Estados miembros al aplicar el Derecho comunitario, deben ser apropiadas y necesarias para alcanzar la finalidad perseguida (8).

No cabe, por tanto, que se establezca cualquier limitación a los derechos de libre circulación y residencia y en el caso de establecerse una deberá someterse a un estricto escrutinio —como recordemos que se hacía por la jurisprudencia norteamericana— para determinar su compatibilidad con el Derecho comunitario por tratarse de la limitación de derechos fundamentales.

La Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, ha concretado, por ejemplo, las limitaciones y condiciones de ejercicio de los derechos de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión reconocidos por el artículo 18 del TCE. Para ello la Directiva ha diferenciado entre cuatro tipos de situaciones.

(8) STJCE de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast y R.*, C-413/99, apartado 91.

En primer lugar, la Directiva 2004/38/CE reconoce los derechos de entrada en el territorio de un Estado miembro y salida del territorio de un Estado miembro para trasladarse a otro a los ciudadanos de la Unión en posesión de un documento de identidad o un pasaporte válidos (9).

En segundo lugar, la Directiva 2004/38/CE reconoce a los ciudadanos de la Unión el derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un período de hasta tres meses (10). Derecho de residencia condicionado a que no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida (11). Condición que se complementa con lo señalado en el artículo 24 de la Directiva, que establece que durante los primeros tres meses de residencia el Estado miembro de acogida no estará obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social.

En tercer lugar, la Directiva 2004/38/CE reconoce a todo ciudadano de la Unión un derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un período superior a tres meses condicionándolo bien a que se trate de una persona laboralmente activa, bien a que se trate de una persona tanto con recursos económicos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia como con un seguro de enfermedad (12). De acuerdo con el artículo 14 de la Directiva los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias gozarán de este derecho de residencia por un período superior a tres meses mientras cumplan las condiciones previstas.

En cuarto lugar, la Directiva 2004/38/CE reconoce a los ciudadanos de la Unión que hayan residido legalmente durante un período continuado de cinco

(9) Así como a los miembros de su familia que no sean nacionales de un Estado miembro.

(10) En el artículo 6.

(11) En el artículo 34.

(12) La Directiva condiciona, así, el derecho de residencia por un período superior a tres meses bien a que se trate de un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida, bien a que disponga, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida (art. 7). En el caso de tratarse de estudiantes se establece un régimen especial al establecerse que para aquellos ciudadanos matriculados en un centro público o privado, reconocido o financiado por el Estado miembro de acogida con arreglo a su legislación o a su práctica administrativa, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional; su derecho de residencia por un período superior a tres meses se condiciona a que cuenten con un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida y a que garanticen a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que poseen recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia. En este supuesto la suficiencia de recursos económicos se puede demostrar mediante una mera declaración.

años en el Estado miembro de acogida un derecho de residencia permanente en éste. Dicho derecho de residencia no estará sujeto a las condiciones previstas en el capítulo III, esto es, no estará condicionado a que se trate de una persona laboralmente activa o a que se trate de una persona con recursos económicos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida. La residencia durante cinco años determinaría, así, la imposibilidad de condicionar el derecho de residencia de los ciudadanos comunitarios extranjeros en el Estado de acogida a la suficiencia de medios económicos y a la posesión de un seguro de enfermedad, equiparando, así, su situación con la de los nacionales del Estado de acogida.

Adicionalmente la Directiva 2004/38/CE ha previsto que los Estados miembros puedan restringir la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

La jurisprudencia comunitaria, ya antes de la entrada en vigor de la Directiva analizada, ha tratado de «modular» el alcance de las limitaciones y condiciones a la libre circulación y residencia examinadas, las cuales ya se encontraban en la normativa europea anterior a la Directiva de 2004, a través del control de las regulaciones nacionales de adaptación de las mismas, sin que, en todo caso, haya considerado que tales limitaciones no respeten, en sí mismas, los límites impuestos por el Derecho comunitario, en particular, por el principio de proporcionalidad.

Así, la jurisprudencia comunitaria ha reconocido que los ciudadanos de la Unión laboralmente inactivos para residir por un período superior a tres meses en un Estado miembro del que no son nacionales deben cumplir con las condiciones previstas en el Derecho derivado: suficiencia de medios económicos y seguro médico, y que sí cumplen con tales condiciones gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales de dicho Estado. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha realizado una interpretación garantizadora de los derechos de libre circulación y residencia, pues ha considerado que los ciudadanos de la Unión residentes en el Estado miembro de acogida gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales de dicho Estado también en relación con el acceso a las prestaciones de asistencia social. Ciertamente, el hecho de que un ciudadano de la Unión con residencia legal en el Estado miembro de acogida acuda a la asistencia social de ese Estado, en principio, determinaría que pueden haber dejado de cumplir las condiciones previstas por el Derecho comunitario para que su residencia sea «legal», la suficiencia de medios económicos, y por lo

tanto el Estado miembro le podría retirar la residencia, pero, sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria el hecho de que haya dejado teóricamente de cumplir con tales condiciones no determinaría la imposibilidad de acceder a las prestaciones sociales mientras sea residente legal y hasta que le sea efectivamente retirada la misma (13). No obstante, la jurisprudencia comunitaria ha afirmado que la mera solicitud de prestaciones sociales por parte de un ciudadano de la Unión no puede suponer automáticamente la retirada de la residencia por parte del Estado de acogida, pues el Estado debe tener en cuenta las circunstancias concretas individuales a la hora de valorar si constituye una carga excesiva para su sistema de protección social (14).

La jurisprudencia referida unida a aquella que afirma la aplicabilidad del artículo 12, que recordemos que establece la proscripción de la discriminación por razón de la nacionalidad, a todo ciudadano de la Unión que haya ejercido sus derechos a circular y residir de conformidad con el Derecho comunitario ha sido muy aplaudida por la doctrina, que ha señalado cómo ha supuesto un importante desarrollo de las garantías de la libre circulación de los ciudadanos europeos laboralmente inactivos.

Sin embargo, y sin restar trascendencia a los esfuerzos garantizadores del Tribunal de Justicia, es necesario señalar que a pesar de que la jurisprudencia comunitaria ha tratado de «modular» y «dulcificar» el alcance de las condiciones y limitaciones a los derechos a la libre circulación y residencia, lo cierto es que el Tribunal de Justicia no ha objetado directamente la conformidad de las condiciones mismas con el Derecho comunitario, no ha objetado la conformidad con el Derecho comunitario de la exigencia de poseer suficiencia de medios económicos como condición para reconocer la residencia legal de un ciudadano de la Unión en un Estado miembro del que no es nacional. A criticar esta ausencia de objeciones en la jurisprudencia comunitaria a las condiciones establecidas por el legislador comunitario, en claro contraste con lo que ha ocurrido, por ejemplo, en la jurisprudencia norteamericana, dedicaremos el siguiente apartado 1.

Pero más preocupante aún es que la jurisprudencia comunitaria haya considerado que, independientemente de la existencia de una verdadera residencia legal de un ciudadano comunitario en un Estado miembro, ese Estado miembro puede condicionar el acceso de ese ciudadano con residencia legal a determinados derechos de contenido económico estableciendo requisitos temporales

(13) SSTJCE de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, y de 7 de septiembre de 2004, *Trojani*, C-456/02. El Estado miembro de acogida estará obligado a concederle prestaciones de asistencia social mientras sea residente.

(14) Por ejemplo, la STJCE de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, C-184/99.

de residencia previa para poder acceder a los mismos. El Tribunal de Justicia habría admitido que los Estados miembros puedan establecer excepciones al derecho de igualdad de trato respecto de los nacionales de aquellos ciudadanos comunitarios que residen legalmente en el Estado de acogida con el argumento de que un Estado miembro puede exigir un cierto grado de integración del ciudadano comunitario en la sociedad de acogida antes de otorgarle prestaciones económicas, grado de integración que se demostraría por el tiempo de residencia. De esta manera la jurisprudencia comunitaria no garantizaría que la residencia legal de los ciudadanos de la Unión sea un verdadero pórtico de acceso a la igualdad de trato y, como consecuencia, un pórtico de acceso a los demás derechos. A criticar esta «autorización» de la jurisprudencia comunitaria a los Estados miembros para condicionar la igualdad de los ciudadanos comunitarios con residencia legal dedicaremos el apartado 2.

1. En relación con el hecho de que la jurisprudencia comunitaria haya aceptado que el derecho de residencia de los ciudadanos comunitarios se pueda condicionar a la posesión de recursos económicos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado de acogida hay que destacar que se produce un claro contraste con lo sostenido por la jurisprudencia norteamericana.

En efecto, parece perfectamente admisible que el derecho de un ciudadano europeo a desplazarse al Estado miembro que le plazca no pueda ser un derecho ilimitado, y se pueda someter a determinadas condiciones que se establezcan por el legislador comunitario. Así, puede ser razonable que un delincuente no pueda reclamar su derecho a la libre circulación y residencia como no lo pueda reclamar el portador de una enfermedad infectocontagiosa.

Ahora bien, la cuestión fundamental es si la situación de pobreza e indigencia de un ciudadano europeo, su situación de necesidad de asistencia social, puede fundamentar una restricción a sus derechos a la libre circulación y residencia en los mismos términos que se puede restringir la libre circulación de un delincuente o de un infectocontagioso (15).

La razón explicitada por la jurisprudencia comunitaria para limitar el derecho de residencia de los extranjeros comunitarios que carecen de recursos económicos y se encuentran necesitados de asistencia social es que el reconocimiento

(15) En una antigua sentencia de 1837, cuya doctrina ha sido luego explícitamente revocada, *City of New York v. Miln*, 11 Pet. 102, 103 (1837), p. 143, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos afirmaba que «los Estados son competentes para dictar medidas precautorias contra la pestilencia moral que suponen los pobres, los vagabundos y los posibles convictos exactamente igual que son competentes para proteger frente a la pestilencia física presente en los bienes infecciosos importados».

incondicional de tal derecho, al suponer eventualmente el derecho de acceso del extranjero comunitario a todos los demás derechos reconocidos en el Estado de acogida, en virtud del artículo 12, que proscribe la discriminación por razón de la nacionalidad, puede poner en riesgo la sostenibilidad de los sistemas estatales de protección social (16). Por tal razón, el Tribunal de Justicia ha considerado conforme al Tratado CE que la solidaridad de una comunidad nacional respecto de los ciudadanos necesitados no tenga que ir más allá de la solidaridad respecto a sus nacionales necesitados, o respecto a los extranjeros comunitarios laboralmente activos (17) (o inactivos pero con residencia permanente por haber transcurrido más de cinco años), siendo entonces legítimo limitar el derecho de residencia, pórtilo de los demás, de aquellos ciudadanos extranjeros inactivos necesitados de asistencia social por carecer de recursos económicos suficientes.

Recordemos, sin embargo, cómo la jurisprudencia norteamericana parece haber tenido muy claro que el mero estatus de propiedad de un ciudadano, su situación patrimonial, no puede servir como justificación para limitar sus derechos de libre circulación y residencia. Tal como afirmaba el juez Jackson en *Edwards v. People of State of California*, 314 U.S. 160 (1941), la indignancia no puede ser un motivo para denegar derechos.

Si aplicásemos la perspectiva norteamericana al caso europeo, la solidaridad de una comunidad específica, en el caso europeo la comunidad nacional, respecto de las personas necesitadas no se puede limitar a ser una solidaridad respecto de los ciudadanos extranjeros activos laboralmente o respecto de los ciudadanos inactivos tradicionalmente residentes en el ámbito territorial de tal comunidad, normalmente los nacionales, sino que debería extenderse a todos aquellos ciudadanos que libremente elijan residir en aquélla y cuya pertenencia a una comunidad superior, la Unión Europea, determinaría que precisamente por ello, precisamente por ser ciudadanos europeos, se les reconozca la capacidad de fijar libremente su lugar de residencia con todo lo que ello conlleva a partir de entonces: la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad.

(16) El Tribunal de Justicia ha afirmado que «las limitaciones y condiciones a las que se refiere el artículo 18 CE se basan en la idea de que el ejercicio del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión puede estar subordinado a los intereses legítimos de los Estados miembros. A este respecto, debe recordarse que del cuarto considerando de la Directiva 90/364 (que establece la suficiencia de recursos económicos para poder gozar del derecho de residencia sin ser laboralmente activo) se desprende que los beneficiarios del derecho de residencia no deben constituir una carga “excesiva” para el erario del Estado miembro de acogida». STJCE de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast y R.*, C-413/99

(17) La solidaridad respecto a los ciudadanos extranjeros laboralmente activos se fundamentaría en el hecho de que ellos mismos contribuyen al sistema a través de su actividad y sus impuestos.

Otra cosa es que se tengan que prever mecanismos compensatorios entre Estados miembros para poder garantizar la sostenibilidad de los sistemas nacionales de prestaciones sociales, pero sin que la solución a los eventuales problemas de sostenibilidad pueda ser la negación de derechos a aquellos que tienen reconocidos el estatus de ciudadanos.

La insuficiencia de recursos económicos debería ser un factor irrelevante a la hora de limitar el derecho de residencia de una persona, como irrelevantes son a estos efectos la raza, el sexo o el credo religioso. En efecto, siendo plenamente legítimo el objetivo de garantizar la sostenibilidad de los sistemas nacionales de prestaciones sociales, que es la razón aducida, no lo sería el medio elegido para conseguirlo, la limitación del derecho de residencia de los ciudadanos comunitarios sin recursos económicos suficientes, como no lo sería tratar de garantizar la sostenibilidad de los sistemas nacionales de prestaciones sociales excluyendo, por ejemplo, a las mujeres que se desplazan dentro de la Unión, y sólo a ellas, del acceso a tales prestaciones. No basta con demostrar el ahorro de dinero para el erario público nacional que supone la limitación del derecho de residencia de los ciudadanos extranjeros necesitados para considerar conforme con el Derecho comunitario tal limitación, pues aquel ahorro se consigue a través de una diferenciación odiosa que consideramos proscrita por el Derecho comunitario.

Las limitaciones y condiciones al ejercicio del derecho de residencia comentadas suponen la división de la ciudadanía europea en dos clases sobre la base de los recursos económicos que posee cada una. División que supone la atribución a la clase propietaria de un derecho incondicional a la libre circulación y residencia y la imposición a la clase necesitada de una limitación para marcharse del lugar en el que sufre su situación de penuria. Tal división, supuestamente justificada en la necesidad de garantizar la sostenibilidad de los sistemas nacionales de protección social, es muy discutible que sea conforme con la idea misma de Europa y supone devaluar el propio contenido de la ciudadanía europea que no garantizaría el derecho de residencia de todos los ciudadanos sino sólo de los ciudadanos con recursos, equiparando en la práctica la falta de recursos económicos con situaciones como las de delincuencia o enfermedad.

Para comprobar la conformidad con el Derecho comunitario de la limitación del derecho de residencia de aquellos que no tienen recursos suficientes es necesario aplicar un estricto escrutinio, puesto que se trata de la limitación de un derecho individual; para realizarlo es necesario aplicar el principio de proporcionalidad.

Para aplicar tal principio, lo primero que habría que determinar es la legitimidad del objetivo pretendido con la medida obstaculizadora del derecho de residencia. En este caso, la sostenibilidad de los sistemas estatales de protección social

es ciertamente un objetivo legítimo. En segundo lugar habría que determinar si la medida limitadora del derecho es una medida adecuada para conseguir el objetivo que se pretende. En el caso concreto, la denegación de la residencia a los ciudadanos de la Unión sin recursos económicos puede suponer un ahorro económico para el Estado miembro. Ciertamente, habría que determinar el impacto real sobre la sostenibilidad de los sistemas estatales de protección social que tendría el reconocimiento de una residencia ilimitada a todos los ciudadanos de la Unión, pues seguramente el impacto no sería tan relevante, ya que, en la práctica, la movilidad de personas es limitada. En todo caso, aun aceptando que la medida sea adecuada para promover el objetivo, en tercer lugar habrá que determinar si existen alternativas menos restrictivas del derecho de residencia que garanticen el objetivo pretendido con la misma efectividad. En el caso concreto, se podría sostener que existen tales alternativas menos lesivas del derecho de residencia, pues es posible que el Estado pueda dedicar mayores recursos económicos a sus políticas sociales, garantizando así la sostenibilidad del sistema de prestaciones sociales, o pueda garantizar la sostenibilidad del sistema disminuyendo las prestaciones para todos en lugar de excluyendo totalmente de las mismas a unos pocos (así en EEUU se demostró que una regulación estatal que dejaba fuera a los nuevos residentes suponía un ahorro para el Estado que era igualmente realizable bajando en 72 centavos las prestaciones de todos [*Sáenz v. Roe*, 526 U.S. 489 (1999)]).

Como argumento adicional para justificar el condicionamiento del derecho de residencia a la posesión de medios económicos se ha sostenido la necesidad de evitar la eventual carrera a la baja (*race to the bottom*) de las prestaciones sociales que se presume que se produciría en el supuesto de que para acceder a las ventajas sociales bastase con la mera ciudadanía europea, pues a los ámbitos territoriales más protectores les acabarían llegando las personas más necesitadas desestabilizando sus presupuestos y desincentivando la mejora de las prestaciones sociales en general. Este argumento, desechado por la jurisprudencia norteamericana por basarse en una visión fragmentada de los problemas sociales que se encontraría proscrita por la Constitución Federal, se ha visto completado por aquel otro que sostiene que mientras que en Estados Unidos cabe que tal eventual carrera a la baja sea evitada por los poderes federales que podrían forzar una protección social armonizada en todo el territorio nacional al ejercer sus competencias, tal armonización no cabría en una Unión Europea que carecería de competencias en la materia (18).

(18) LENAERTS, K., y HEREMANS, T., «Contours of a European Social Union in the Case-Law of the European Court of Justice», *European Constitutional Law Review*, núm. 2, 2006, págs. 101-115, espec. pág. 101.

Sin embargo, también se ha destacado que es el propio artículo 12 del TCE el que establece una base jurídica que podría ser utilizada a estos efectos cuando reconoce al Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, la capacidad de establecer la regulación necesaria para prohibir las discriminaciones por razón de la nacionalidad (19).

Sea como fuere, la aceptación por parte de la jurisprudencia comunitaria de la posibilidad de circunscribir la solidaridad de los Estados miembros a sus propios nacionales a través de las limitaciones al derecho de residencia de los ciudadanos necesitados de la Unión no nacionales supone degradar el contenido de la ciudadanía frente a la interpretación que del concepto de ciudadanía ha dado, por ejemplo, la jurisprudencia norteamericana.

2. En relación con el hecho de que la jurisprudencia comunitaria haya aceptado la conformidad con el Derecho comunitario de los requisitos temporales de residencia previa establecidos por las regulaciones estatales se produce igualmente un claro contraste con la jurisprudencia norteamericana.

Los requisitos temporales de residencia previa para poder acceder a determinadas prestaciones económicas no suponen ciertamente una limitación directa del derecho de libre circulación y residencia reconocido en el artículo 18 del TCE, pues no impiden la libre fijación de la residencia legal de un ciudadano de la Unión en un Estado miembro, como sí la impiden las exigencias de poseer recursos económicos suficientes o un seguro médico.

Sin embargo, los requisitos temporales de residencia previa, que no se establecen por el legislador comunitario sino por los Estados miembros, pueden poner en cuestión el derecho a no ser discriminado por razón de la nacionalidad garantizado por el artículo 12 del Tratado CE. Y, como consecuencia, pueden poner en cuestión la idea del derecho de residencia como derecho de acceso al resto de derechos.

Ciertamente, al Tribunal de Justicia no se le ha escapado que una diferencia de trato fundamentada en el tiempo que una persona lleve residiendo en un Estado miembro podría ser, en principio, contraria al artículo 12 del Tratado CE, dado que los nacionales propios pueden cumplir este requisito con mayor facilidad que los extranjeros comunitarios, y por tanto dicha normativa tendría como efecto perjudicar a los ciudadanos de los Estados miembros que han hecho uso de su derecho a circular frente a los propios nacionales.

(19) El gigante dormido, como recuerda MARTÍN VIDA que le denominan VON BOGDANDY y BITTER. VON BOGDANDY, A., y BITTER, S., «Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot. Zur wechselseitigen Beschleunigung der Schwungräder unionaler Grundrechtsjudikatur», en C. GAITANIDES y otros (eds.), *Europa und seine Verfassung. Festschrift für Manfred Zuleeg*, 2.^a ed., Baden-Baden, Nomos, 2007, pág. 315.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha aceptado tal diferencia de trato al afirmar que semejante requisito de residencia temporal podría estar justificado al basarse en consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de las personas afectadas, siempre, eso sí, que se persiga de manera proporcionada un objetivo legítimo. Es decir, habría sometido aparentemente la compatibilidad de los requisitos temporales de residencia previa a un estricto escrutinio.

Escrutinio que implicaría que si bien una medida estatal no puede directamente diferenciar por razón de la nacionalidad, sí puede tener efectos prácticos similares, siempre que tal medida promueva proporcionadamente un objetivo legítimo. Una medida de un Estado miembro que tenga como efecto establecer un régimen más restrictivo para los extranjeros que para los nacionales, siempre que no sea directamente una diferencia por razón de la nacionalidad como es el caso de los requisitos temporales de residencia previa sería una diferenciación permitida si la misma promoviese adecuadamente un objetivo legítimo y no existiesen alternativas menos restrictivas para promoverlo.

La jurisprudencia comunitaria ha considerado, así, compatibles con el Derecho comunitario los supuestos en los que un Estado miembro solamente concede una ayuda o beneficio económico a las personas que hayan demostrado cierto grado de integración en la sociedad del referido Estado mediante una residencia continuada en el mismo (20). La razón es que no se trataría de una diferenciación por razón de la nacionalidad, ya que, según la jurisprudencia, el grado de integración es una consideración objetiva independiente de la nacionalidad y además se justificarían en la promoción proporcionada de un objetivo legítimo, como analizaremos, la garantía del nivel global de las ayudas de un determinado Estado miembro. Ello le ha permitido al Tribunal de Justicia aceptar que un Estado miembro pueda limitar determinadas ayudas a ciudadanos residentes en función del grado de integración de una persona en el referido Estado a demostrar mediante períodos de residencia de hasta tres (21) y cinco (22) años.

(20) STJCE de de 15 de marzo de 2005, *Bidar*, C-209/03, apartado 57. El Tribunal de Justicia ha puntualizado que, para que sea proporcionado, un requisito de residencia debe ser aplicado por las autoridades nacionales basándose en criterios claros y conocidos de antemano. STJCE de 23 de marzo de 2004, *Collins*, C-138/02, apartado 72.

(21) STJCE de de 15 de marzo de 2005, *Bidar*, C-209/03.

(22) En la reciente STJCE de 18 de noviembre de 2008, *Foster*, C-158/07. En el ánimo del Tribunal a la hora de aceptar un requisito de residencia tan amplio ha podido pesar la Directiva 2004/38/CE, todavía no aplicable al caso, pero en la que se establece que el Estado de acogida no estará obligado, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios, incluidos los de formación profesional, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, personas que mantengan dicho estatuto o miembros de sus familias. Es decir, ha establecido una excepción a la igualdad

En contraposición con la concepción mantenida por el Tribunal de Justicia, recordemos que en los Estados Unidos, el Tribunal Supremo ha considerado que para demostrar la integración de un ciudadano en cualquier Estado federado al que se desplace a residir basta el hecho de ser ciudadano norteamericano.

La exigencia a un ciudadano de la Unión de un grado de integración en un Estado miembro a demostrar mediante períodos de residencia previa en el Estado de acogida no es sino una manera indirecta de limitar las ayudas por razón de la nacionalidad, pues es evidente que la medida tiene en la práctica tal efecto diferenciador (23). Formalmente la diferencia no se establece en función de la nacionalidad sino del tiempo de residencia, pero el criterio de diferenciación, el tiempo de residencia, tiene en la práctica los mismos efectos. Así, en la medida en que se vincula la concesión de ayudas al hecho de que el solicitante haya residido un período de tiempo en el Estado que las otorga, los nacionales de ese Estado podrán cumplir más fácilmente dicho requisito y por lo tanto la medida encierra un riesgo de perjudicar principalmente a los nacionales de otros Estados miembros.

Ha sido el propio Tribunal de Justicia el que ha reconocido que la exigencia de demostrar el grado de integración en un Estado miembro no es sino una manera más sutil de diferenciar por razón de la nacionalidad al señalar que, aunque los Estados miembros deban dar muestras, a la hora de organizar y aplicar sus sistemas de asistencia social, de cierta solidaridad económica con los nacionales de otros Estados miembros, «es lícito que todo Estado miembro vele por que la concesión de ayudas destinadas a *personas procedentes de otros Estados miembros* no se convierta en una carga excesiva que pueda tener consecuencias para

de trato, permitiendo en el caso concreto el establecimiento de períodos temporales de residencia previa para poder acceder a determinadas ayudas. Sin embargo, el requisito temporal de residencia previa establecido en la Directiva es susceptible de ser controlado por el Tribunal de Justicia a través del principio de proporcionalidad.

(23) Aquí bastaría con aplicar la lógica de las medidas materialmente discriminatorias. Los requisitos temporales de residencia previa tienen claramente como efecto establecer una restricción al acceso para los extranjeros que son los que normalmente no los cumplirán, el hecho de que algunos nacionales puedan ver limitado su acceso como consecuencia de no cumplirlos no suprime los efectos discriminatorios de la medida. Incluso el propio Tribunal de Justicia se ha mostrado reacio a admitir los límites que perjudican a determinados nacionales por el mero hecho de haber ejercido su libertad de circulación y haberse marchado a otro Estado miembro. Así ha afirmado que un requisito único relativo al lugar de obtención del diploma de fin de estudios secundarios tiene un carácter demasiado general y exclusivo. En efecto, sobrevalora indebidamente un elemento que no es necesariamente representativo del grado real y efectivo de vinculación entre el solicitante de los subsidios de espera, un nacional que vuelve a su Estado, y el mercado geográfico laboral, excluyendo cualquier otro elemento representativo. STJCE de 11 de julio de 2002, *D'Hoop*, C-224/98,

el nivel global de la ayuda que puede conceder dicho Estado» (24). La consideración por el Tribunal de que no cabe el establecimiento de diferencias por razón de la nacionalidad, pero sí por razones sólo aparentemente distintas, el tiempo de residencia, pero con los mismos efectos, consideramos que no es sostenible.

En el argumento reproducido, junto al reconocimiento de que los requisitos temporales de residencia previa lo que pretenden es atribuir a los extranjeros un

(24) STJCE de 15 de marzo de 2005, *Bidar*, C-209/03, en el caso concreto se trataba de la concesión de ayudas destinadas a sufragar los gastos de manutención de estudiantes procedentes de otros Estados miembros. Ciertamente es necesario señalar que los requisitos temporales de residencia previa para poder beneficiarse de determinadas prestaciones se han admitido por el Tribunal de Justicia en supuestos en los que la prestación solicitada estaba vinculada con ayudas económicas a estudiantes universitarios (SSTJCE de 15 de marzo de 2005, *Bidar*, C-209/03, y de 18 de noviembre de 2008, *Foster*, C-158/07), ámbito en el que, por cierto, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos también ha admitido los requisitos temporales de residencia previa. En efecto, la jurisprudencia norteamericana ha considerado conforme con la Constitución un requisito temporal de residencia de un año en el Estado para poder acceder a becas universitarias [*Vlandis v. Kline*, 412 U.S. 441 (1973)]. Ver *supra* en nota 3 cómo lo ha justificado. En este sentido la Directiva 2004/38/CE, todavía no aplicable en *Bidar* o *Foster*, ha establecido en su artículo 24.2 que durante los primeros cinco años de residencia el Estado miembro de acogida no estará obligado «a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios, incluidos los de formación profesional» al ciudadano de la Unión.

El Tribunal de Justicia admitió igualmente en *Collins* (STJCE de 23 de marzo de 2004, *Collins*, C-138/02) la conformidad con el Derecho comunitario de los requisitos temporales de residencia previa fijados por un Estado miembro para poder acceder a un subsidio para demandantes de empleo. Sin embargo, es necesario resaltar las peculiaridades de aquel caso. El Sr. Collins, con doble nacionalidad americana e irlandesa, se traslada a buscar trabajo al Reino Unido desde Estados Unidos y solicita el subsidio a los ocho días de residir en Europa, después de estar ausente del Reino Unido durante más de diecisiete años, el subsidio le es denegado por no cumplir con el requisito exigido por la normativa británica de tener residencia habitual. A la pregunta en la vista oral de cómo se determina tal requisito el agente del Reino Unido respondió que el período de tiempo exigido puede variar en cada caso concreto, ya que se examinan la situación personal y familiar del solicitante y los vínculos que lo unen al país. Según se relata en las Conclusiones del Abogado General Ruiz Jarabo las autoridades del Reino Unido apreciaron que un ciudadano británico, que había regresado a su país después de trabajar durante varios años en Francia y que había reclamado el abono de una prestación de características similares al subsidio para solicitantes de empleo con insuficiencia de recursos, se había convertido en residente habitual en el Reino Unido tras ocho semanas de estancia.

Compartimos con la jurisprudencia norteamericana la idea de que únicamente sería admisible la exigencia de un período breve de residencia con el fin de acreditar la realidad o efectividad de una residencia, pero para ello serían suficientes unos plazos temporales cortos, sin que sea, sin embargo, admisible exigir un período de residencia mayor al que exige tal acreditación. En este sentido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha considerado suficiente para demostrar la residencia de buena fe un período de tiempo, por ejemplo, de un mes para poder votar, período de tiempo considerado suficiente para que los poderes públicos realicen aquellas tareas de comprobación tendentes a evitar el fraude y garantizar la pureza de la elección [*Dunn v. Blumstein*, 405 U. S. 330 (1972)].

régimen jurídico distinto, se encuentra el objetivo pretendido con tal diferenciación: que la concesión de ayudas a extranjeros no se convierta en una carga excesiva que pueda tener consecuencias para el nivel global de la ayuda que puede conceder dicho Estado.

Sin embargo, siendo legítimo el objetivo de garantizar el nivel global de las ayudas que otorga un determinado Estado miembro, como lo era la sostenibilidad del sistema de prestaciones sociales en el caso de las limitaciones al derecho de residencia, no lo es el medio elegido para conseguirlo: la diferenciación de los ciudadanos de la Unión en función del efectivo período de residencia. Y no lo es porque para apreciar la conformidad de una medida con efectos materialmente discriminatorios como es ésta con el Derecho comunitario no basta con que el fin pretendido por la medida sea legítimo, sino también es necesario que la medida adoptada promueva efectivamente tal fin y que no existan alternativas no discriminatorias para promover aquél (25). Aun admitiendo que la diferenciación por razón del tiempo de residencia sea una medida adecuada para promover el objetivo de garantizar el nivel global de las ayudas de un determinado Estado miembro, la medida no sería legítima, pues siempre existirían alternativas menos restrictivas del derecho de igualdad de trato para promover el objetivo pretendido. Tal sería el caso de la alternativa de aumentar el presupuesto nacional dedicado a tales ayudas.

Ciertamente, no sería justificable una medida estatal que para garantizar el nivel global de las ayudas de un determinado Estado miembro, objetivo plenamente legítimo, diferenciase entre las personas que pueden acceder y las que no en función de la nacionalidad, como tampoco sería lícito que diferenciase en función de la raza o el sexo, cuando existen alternativas no discriminatorias para conseguir aquel objetivo. ¿Por que razón sí sería justificable diferenciar en función del tiempo de residencia, que no es sino otra manera de tratar de manera diferenciada a nacionales y extranjeros?

No basta con demostrar el ahorro de dinero para el erario público de un Estado miembro que suponen los requisitos temporales de residencia para considerarlos conforme con el Derecho comunitario, pues tal ahorro se consigue a través de una diferenciación proscrita por aquél: mediante la determinación del grado de integración, que no es sino una forma de vincular la ayuda con la nacionalidad.

(25) El argumento de la sostenibilidad económica del sistema suele ser además engañoso, pues estudios económicos han demostrado que el ahorro que se consigue dejando fuera a los residentes recientes se podría conseguir bajando en una cantidad imperceptible la cuantía de las prestaciones. Así en EEUU se demostró que una regulación estatal que dejaba fuera a los nuevos residentes suponía un ahorro para el Estado que era igualmente realizable bajando en 72 centavos las prestaciones de todos [*Sáenz v. Roe*, 526 U.S. 489 (1999)].

El mismo rechazo merecen los intentos de justificar el establecimiento de requisitos temporales de residencia previa en otros objetivos, como son la necesidad de evitar lo que se ha dado en llamar «turismo social» de quienes se desplazan de Estado a Estado con el fin de disfrutar de prestaciones, o la necesidad de prevenir abusos (26).

El objetivo de desincentivar la llegada para residir de aquellos nuevos ciudadanos a un territorio que tengan como única motivación para desplazarse a residir allí el alto nivel de prestaciones sociales que tiene tal territorio es, en sí mismo, un objetivo contrario al Derecho comunitario. Además de que los períodos temporales de residencia previa afectan a todos los ciudadanos que fijan su residencia en un determinado territorio independientemente de su motivaciones para desplazarse, es necesario señalar que si es permisible que la gente se traslade por los más diversos motivos, motivos ajenos a las políticas públicas, como pueden ser motivos familiares, climáticos, o no ajenos a las políticas públicas, como pueden ser los motivos vinculados con las políticas fiscales, laborales, educativas, etc., de un determinado territorio no se acaba de entender la razón para proscribir el traslado de ciudadanos necesitados que tratan de mejorar sus condiciones de vida al desplazarse a territorios con una mejor asistencia social. ¿Qué razón hay para penalizar el denominado «turismo social» frente al turismo familiar, el climático, el fiscal o el laboral?

El objetivo de evitar el posible fraude de aquellas personas que tratan de acceder a los servicios sociales es plenamente legítimo, pero, sin embargo, existen medidas menos restrictivas que el establecimiento de requisitos temporales de residencia previa para conseguirlo. Medidas como la de poner en contacto a las distintas administraciones nacionales y cruzar los datos. El establecimiento de requisitos temporales de residencia previa para combatir el fraude supone además privar de prestaciones sociales a todos aquellos que se han trasladado a residir a un determinado lugar teniendo motivaciones plenamente legítimas y es por ello una medida desproporcionada.

IV. EL DERECHO DE RESIDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Al analizar el derecho de residencia en el ordenamiento jurídico español diferenciaremos, cosa que no hemos hecho en el análisis de los otros dos sistemas,

(26) Ambas justificaciones son aceptadas por el Abogado General Ruiz-Jarabo en sus conclusiones de 10 de julio de 2003 en el asunto *Collins*.

entre el derecho de residencia de los ciudadanos del sistema político examinado, esto es, los españoles, y el derecho de residencia de los extranjeros (27).

1. *El derecho de residencia de los españoles*

De acuerdo con el ordenamiento constitucional español parece que no sería legítimo restringir la libertad de circulación y la libre elección de residencia en el territorio nacional de aquellos ciudadanos españoles que se encuentran necesitados de asistencia social. El hecho de que alguien no se pueda mantener por sí mismo y pueda constituir una «carga» para la comunidad en la que decida vivir no habilita a los poderes públicos para negarle la capacidad de desplazarse por el territorio nacional o de fijar la residencia allí donde quiera (28). Los derechos a la libre circulación y a la libre fijación de residencia son derechos fundamentales de los ciudadanos españoles garantizados por el artículo 19 de la Constitución que únicamente pueden verse restringidos por determinadas razones, entre las que no se encontraría la pobreza (por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha señalado los límites derivados de la privación de libertad personal como pueden ser la detención preventiva, la prisión provisional, el cumplimiento de una pena, el internamiento en instituciones de salud mental, o los límites derivados de la declaración de cualquiera de los Estados excepcionales, entre otros).

La idea misma de ciudadanía española debe implicar la capacidad de los ciudadanos españoles de circular y residir allí donde libremente elijan independientemente de la situación patrimonial que tengan. El derecho reconocido en el artículo 19 CE supone la posibilidad de trasladarse de un lugar a otro, de una Comunidad Autónoma a otra, de un municipio a otro, y supone la posibilidad de fijar la residencia en el lugar que se quiera, sin ningún tipo de restricciones basadas en la situación de indigencia y necesidad del que ejerce el derecho.

(27) Las libertades de circulación y residencia han sido tratadas por nuestra doctrina, por ejemplo, por GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. J., *Las libertades de circulación, residencia, entrada y salida de España*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid-Civitas, 1991; GOIZUETA VÉRTIZ, J., *El derecho a la libre circulación y residencia en la Constitución Española*, Tirant lo Blanch y el IDP, 2007, o ALONSO DE ANTONIO, A. L., «El derecho a la libertad de residencia», base de conocimiento jurídico de Iustel, www.iustel.com. Sobre la ciudadanía ver el excelente trabajo de ALÁEZ CORRAL, B., *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, CEPC, 2006.

(28) El ordenamiento constitucional alemán sí ha previsto tal supuesto en el artículo 11 de la Ley Fundamental de Bonn, que permite la restricción legal de la libertad de circulación y de residencia de los alemanes en el territorio federal en el caso en que «la falta de medios suficientes de subsistencia pudiera dar lugar a cargas especiales para la comunidad».

La implícita prohibición constitucional de las restricciones a la libre circulación y residencia dentro del territorio nacional de aquellos ciudadanos necesitados por el simple hecho de serlo, aun no habiendo sido claramente declarada en tales términos por la jurisprudencia constitucional española, parece haber sido asumida con naturalidad por nuestros poderes públicos que no han establecido nunca restricciones de este tipo y alejaría, así, nuestro modelo constitucional del asumido por la jurisprudencia comunitaria cuando ha aceptado explícitamente la posibilidad de condicionar la libertad de circulación y fijación de residencia de los ciudadanos comunitarios en un Estado miembro del que no son nacionales a la posesión de recursos económicos suficientes; y consecuentemente acercaría nuestro modelo constitucional al modelo asumido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en este punto.

A pesar de que los poderes públicos nacionales no puedan constitucionalmente restringir directamente la libre circulación y la libre fijación de residencia de los ciudadanos españoles necesitados por el hecho de serlo, nuestros poderes públicos, esencialmente los autonómicos y municipales, sí vienen imponiendo trabas, sin embargo, a lo que sería el derecho de aquellos españoles que se desplazan a residir a un lugar determinado del territorio nacional a recibir un trato igual que los ciudadanos tradicionalmente residentes en tal lugar.

En efecto, si bien el derecho de residencia en nuestro país se constituye, en principio, en el derecho de acceso a los demás derechos, y específicamente el derecho de acceso a los derechos sociales, pues la mayoría de las normativas autonómicas y locales exigen la residencia en su territorio para poder acceder a los beneficios sociales otorgados por los respectivos poderes territoriales, la habitual exigencia adicional de requisitos temporales de residencia previa supone la negación del derecho a la igualdad de trato y la creación de diferentes categorías de ciudadanos españoles en función del tiempo de residencia.

El establecimiento de requisitos temporales de residencia previa para poder acceder a determinadas ayudas sociales es una práctica habitual tanto en el ámbito local y autonómico (29) como, incluso, en el estatal (30). Así los poderes

(29) En el *ámbito local* es común en materia de adjudicación de vivienda protegida. El Ayuntamiento de Alcobendas (Madrid), por ejemplo, en su Reglamento marco que rige la adjudicación de viviendas con protección pública en régimen de venta promovidas en suelos gestionados por la empresa municipal de la vivienda del municipio establece como requisito para poder acceder a una vivienda «haber residido o trabajado en el Municipio de Alcobendas durante, al menos, los tres años anteriores al día de la finalización del plazo de admisión de solicitudes». Ciertamente, en este caso, la residencia de tres años demostrada mediante empadronamiento no es el único criterio para determinar la vinculación con el municipio, pues también se permite la demostración de tal vinculación por aquellos que sin residir trabajen en el municipio durante el mismo período.

Es igualmente frecuente en el ámbito de los servicios de asistencia social municipales. Así, por ejemplo, el Ayuntamiento de Alzira (Comunidad Valenciana) en su Reglamento de Acceso y Ocupa-

públicos establecen continuamente tal tipo de requisitos para poder acceder a vivienda protegida, a servicios de asistencia social (servicios a personas dependientes como son plazas en residencias, plazas en centros de día, etc.), a prestaciones económicas (maternidad, ayudas por nacimiento o adopción, de-

ción de las Plazas del Centro de Día establece como requisito para el acceso y ocupación *«residir efectivamente en la ciudad de Alzira, estando empadronado con una antigüedad mínima de tres años»*.

Pero el establecimiento de requisitos temporales de residencia previa para poder beneficiarse de determinadas ayudas sociales tiene especial trascendencia en el *«ámbito autonómico»*.

Por ejemplo, también en materia de adjudicación de vivienda. Así, el artículo 7 del Decreto 19/2006, de 9 de febrero, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se regula el proceso de adjudicación de viviendas del Instituto de la Vivienda de Madrid, establece entre otros como requisitos para solicitar una vivienda del IVIMA *«acreditar un período mínimo de empadronamiento o trabajo de dos años inmediatamente anteriores a la fecha de finalización de presentación de solicitudes, en el municipio de construcción de las viviendas»*, cuando se trate de viviendas adjudicadas por sorteo, salvo que se acuerde la extensión a otros municipios.

Los requisitos temporales de residencia previa son especialmente frecuentes en las normativas autonómicas que regulan el acceso a determinados beneficios sociales.

Así, el artículo 3 de la reciente Orden 2669/2007, de 28 de diciembre, de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, por la que se aprueba la convocatoria de las ayudas económicas de pago único por nacimiento de hijo o adopción de menores a las familias de la Comunidad de Madrid para el año 2008, establece como uno de los requisitos de los beneficiarios *«estar empadronada en algún municipio de la Comunidad de Madrid durante los nueve meses inmediatos anteriores a la fecha del nacimiento o del inicio de la convivencia en el caso de adopción»*.

La Orden 281/2008, de 25 de febrero, de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, que aprueba la convocatoria de ayudas económicas a las personas mayores para la implantación de prótesis dentales para el año 2008, establece entre otros requisitos *«acreditar el empadronamiento en cualquier municipio de la Comunidad de Madrid durante el último año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud»*.

En esta línea se sitúa también, por ejemplo, el Decreto castellano-manchego 13/1999, de 16 de febrero, por el que se regula el procedimiento de acceso a Centro de Atención a personas con discapacidad psíquica, en el que se establece como criterio de acceso *«haber residido en el ámbito de Castilla-La Mancha desde al menos los dos años anteriores a la fecha de presentación de la solicitud»*, excepto en caso de traslado familiar por motivos de trabajo.

(30) En efecto, el propio Estado ha establecido requisitos temporales de residencia previa para poderse beneficiar de determinadas prestaciones sociales. De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, son titulares de los derechos establecidos en la Ley los españoles que cumplan, entre otros, el requisito de *«residir en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud»*. Igualmente el Estado ha establecido similares requisitos temporales de residencia previa, por ejemplo, en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social al establecer en su artículo 144.1 que tendrán derecho a la pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva, *«las personas que residen legalmente en territorio español y lo hayan hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la pensión»*. Asimismo la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, que instauró el denominado cheque bebé de 2.500 euros, exige que

pendencia, ayudas para prótesis dentales, renta mínima de inserción...) y a toda clase de beneficios sociales.

La cuestión fundamental que se debe dilucidar es si el establecimiento de tal tipo de requisitos temporales de residencia previa para poder acceder a determinados beneficios y derechos sociales constituye una discriminación proscrita por nuestra Constitución en sus artículos 139.1 y 14 CE.

El artículo 139.1 de la Constitución establece que «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado» (31).

La jurisprudencia constitucional ha afirmado, refiriéndose tanto al apartado primero como al apartado segundo del artículo 139 CE, que este tipo de preceptos

la persona beneficiaria «haya residido de forma legal, efectiva y continuada en territorio español durante al menos los dos años inmediatamente anteriores al hecho del nacimiento o la adopción».

En los tres supuestos reseñados, dependencia, pensión de invalidez no contributiva y el cheque bebé, un ciudadano español que después de vivir decenas de años en nuestro país resida unos meses fuera del territorio nacional y retorne a él no podría acceder a las prestaciones referidas por no cumplir el requisito de haber residido en España los dos años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud (o del nacimiento o adopción en el tercer caso).

(31) Algún sector doctrinal parece cuestionar la necesidad de haber constitucionalizado el artículo 139.1 CE como límite de lo que pueden hacer, esencialmente, los legisladores autonómicos cuando es posible obtener un resultado parecido con la utilización del principio general de igualdad del artículo 14 CE que impediría a los poderes públicos establecer diferencias no justificadas entre categorías de sujetos, con la ventaja añadida, además, de que la utilización del artículo 14 CE abre la puerta del recurso de amparo. Para PEMÁN el principio de igualdad del artículo 14 CE ofrece un marco mucho más flexible que el tajante artículo 139.1 CE, que parece excluir cualquier forma de diferenciación por razón de la vecindad. Y señala que en la práctica aquél es el canon de referencia que viene utilizando la jurisprudencia constitucional a la hora de determinar la conformidad con la Constitución de las regulaciones que establecen diferencias por razón de la vecindad. PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, 1992. Señala CABELLOS, sin embargo, que la constitucionalización del artículo 139.1 CE tiene sentido más allá de la del artículo 14 CE, pues es un principio general de la organización territorial del Estado enclavado precisamente en el título constitucional que regula tal organización territorial y que se dirige a los legisladores más que a los individuos. Mientras el artículo 14 constitucionaliza un derecho subjetivo, el artículo 139.1 constitucionaliza una prohibición dirigida a los poderes públicos. CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho comunitario*, CEPC, 2001. En este sentido, el propio PEMÁN apunta que el artículo 139.1 convierte la residencia o vecindad en una de las *suspected categories* ya explicitadas en el 14 CE y respecto de las que cualquier diferenciación exige un plus de justificación.

La inclusión del artículo 139.1 en la Constitución no supone una reiteración del artículo 14, pues mientras que este último tiene como propósito fundamental constitucionalizar un derecho subjetivo, aquél constitucionaliza una obligación de los poderes públicos en el ámbito del modelo de descentralización territorial del poder, obligación que puede, indudablemente, tener como consecuencia el reconocimiento de un derecho subjetivo vinculable con uno de los derechos subjetivos protegibles a través del amparo, el de igualdad, pero sin que ello suponga, creemos, una reiteración.

«son presupuestos o límites, pero no títulos competenciales» (SSTC 61/1997 y 247/2007) (32). Para el Alto Tribunal los principios consagrados en el artículo 139 CE constituirían un límite y una directriz que acota y guía el ejercicio de las competencias que poseen el Estado *ex* artículo 149 CE y las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos (STC 173/1998). Para el Tribunal Constitucional «la norma atributiva de competencia, por lo que se refiere al Estado, debe buscarse en alguno de los apartados del art. 149.1 de la Constitución o en la cláusula residual de competencia del 149.3» (y no en el art.139) (STC 95/1984). El artículo 139 CE no supone, por tanto, la sustracción de competencias sobre una materia determinada a los poderes públicos, sino un precepto condicionador del ejercicio de las competencias atribuidas. Negado su carácter de título competencial y afirmado su carácter de precepto condicionador del ejercicio de competencias, se hace necesario analizar los términos en los que el artículo 139.1 CE condiciona el ejercicio de las competencias de los poderes públicos.

El Tribunal Constitucional ha señalado que el principio recogido en el artículo 139.1 CE, pese a su dicción literal, «no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones». Y no puede ser así entendido porque «la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan da potencialmente a nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional» (STC 37/1981). Más recientemente el Tribunal ha afirmado que «el art. 139.1 CE no contiene un principio que imponga la uniformidad absoluta respecto de los derechos constitucionales propiamente dichos» (STC 247/2007) (33).

(32) La consideración de los dos apartados del artículo 139 CE como preceptos limitadores del ejercicio de aquellas competencias atribuidas en otros preceptos del bloque de la constitucionalidad y no como preceptos atributivos de competencias no siempre ha sido compartida por la doctrina. Como señala ALBERTÍ en ocasiones se ha presentado el artículo 139.2 como un precepto atributivo de competencias al Estado. ALBERTÍ ROVIRA, *Autonomía política y Unidad Económica*, Madrid, Civitas, 1995, págs. 257 y sigs. Por ejemplo, para COSCULLUELA el artículo 139.2 parece que sería un precepto atributivo de competencias al Estado, pues recogería en nuestro ordenamiento el equivalente de la cláusula de comercio incluida en la Constitución norteamericana que determina la competencia federal sobre el comercio. COSCULLUELA MONTANER, L., «Reflexiones sobre los presupuestos constitucionales y de derecho comunitario europeo y los principios generales del derecho público económico», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, Civitas, 2003, pág. 133.

(33) La STC 247/2007 realiza una nueva interpretación del alcance del artículo 139.1 CE al afirmar que «no contempla una uniformidad absoluta del régimen de los derechos constitucionales en todo el territorio nacional, sino un principio de igualdad sustancial susceptible de modulaciones

En este sentido recuerda De Otto que el artículo 139.1 de la CE no puede contener un mandato de absoluta uniformidad en los derechos y obligaciones en todo el territorio nacional por la muy obvia razón de que tal cosa es contradictoria con la pluralidad de ordenamientos jurídicos que se derivan de la estructura autonómica del Estado (34).

La doctrina ha interpretado, entonces, el artículo 139.1 CE como un mandato de igualdad de todos los españoles «ante cada ordenamiento autonómico», en el sentido de imponer una prohibición de discriminación de los ciudadanos españoles por las Comunidades Autónomas por razón de factores de conexión territorial (35).

Esta interpretación del artículo 139.1 CE se ha vinculado con el sentido que tenía el artículo 17 de la Constitución republicana de 1931 cuando establecía que «en las regiones autónomas no se podrá regular ninguna materia con diferencia de trato entre naturales del país y los demás españoles» (36).

diferenciadas en mayor o menor grado en las Comunidades Autónomas, según el tipo de derecho de que se trate y el reparto competencial en la materia implicada» en el FJ 13. Esta nueva y discutible interpretación supondría considerar que el artículo 139.1 proscribiera la desigualdad interautonómica en lugar de la intraautonómica cumpliendo el papel que tradicionalmente había venido cumpliendo en la jurisprudencia constitucional el artículo 149.1.1 CE. QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *Mercado nacional único y Constitución*, CEPC, 2008.

(34) DE OTTO Y PARDO, I., *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Madrid, Civitas, págs. 145-146.

(35) DE OTTO Y PARDO, I., *Estudios sobre Derecho...*, op. cit., págs. 153 y sigs.; AGUADO RENEDO, C., *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, CEC, 1996, págs. 342-343; AJA, E., «El artículo 149.1.1 de la Constitución como Cláusula de cierre del principio de igualdad social», en *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias: Seminario celebrado en Barcelona el 7 de junio de 1991*, Barcelona, IEA, 1992, págs. 33-34; PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Madrid, Civitas, 1992; ALBERTÍ ROVIRA, E., *Autonomía Política...*, op. cit., pág. 224; RUIZ-RICO RUIZ, G., *Los límites constitucionales del Estado Autonómico*, Madrid, CEPC, 2001, págs. 138 y sigs.; CÁMARA VILLAR, G., en F. BALAGUER y otros, «El nuevo Estatuto de Andalucía», Madrid, Tecnos, 2007, pág. 27, y AGUDO ZAMORA, M. J., «La inclusión de un catálogo de derechos y deberes en el Estatuto de Autonomía para Andalucía», en RUIZ-RICO RUIZ, G. (coord.), *La Reforma de la Estatutos de Autonomía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pág. 357.

(36) Para comprender mejor el sentido del artículo 139.1 CE propone DE OTTO leer el precepto en orden inverso a aquel en que se encuentra formulado: «en cualquier parte del territorio nacional todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones», en lugar de leer lo que efectivamente dice el precepto, «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado». De esta manera la prescripción sería similar a la contenida en el artículo 33.1 de la Constitución alemana, que afirma: «todos los alemanes tienen en todo *Land* los mismos derechos y deberes civiles», que es la que se encontraba en el Anteproyecto de Constitución de 1978, que establecía que «todos los españoles tienen en cualquier Territorio Autónomo los mismos derechos y obligaciones». Como se recuerda en DE OTTO Y PARDO, I., *Estudios sobre Derecho...*, op. cit., pág. 153.

La exigencia de uniformidad de trato dentro de cada ordenamiento autonómico significaría, por tanto, la prohibición, por ejemplo, de que se trate en cada Comunidad Autónoma de forma discriminatoria a vecinos o naturales de otras Comunidades por el hecho de serlo. Señala López Guerra que el artículo 139.1 ha de interpretarse teniendo en cuenta la diversidad que supone el hecho autonómico, lo que supone que tal artículo no significa la uniformidad de situaciones jurídicas en toda España, sino la uniformidad de trato de cada ordenamiento autonómico. Ello supone, por tanto, la prohibición de que se trate, en cada Comunidad Autónoma y en aplicación de su ordenamiento, de forma discriminatoria a vecinos o «naturales» de la Comunidad, con respecto a vecinos o «naturales» de otra (37). El precepto no proscibiría la diversificación de las posiciones jurídicas de los ciudadanos según el subordenamiento a que estén sujetos, sino que lo que el artículo 139.1 ordenaría es que, en principio, cada uno de esos subordenamientos (autonómicos) trate por igual a todos los españoles (38). Equipararía a todos los españoles, con independencia de su origen, lugar de residencia o *tiempo de residencia en un determinado lugar*, con respecto al ordenamiento de cada Comunidad Autónoma, pero no equipararía los derechos de los españoles en todo el territorio nacional.

El artículo 139.1 CE prohibiría, así, lo que podemos denominar la discriminación formal o explícita: aquellas regulaciones públicas que establecen injustificadamente un régimen jurídico diferenciado en función del origen de las personas, estableciendo un régimen más oneroso para las personas provenientes, por ejemplo, de fuera de la Comunidad Autónoma que para las provenientes de dentro.

Precisamente, ante este tipo de discriminación prohibida por la Constitución nos encontramos cuando los poderes públicos establecen requisitos temporales de residencia previa para poder acceder a la asistencia social. El efecto de exigir períodos temporales de residencia previa para poder acceder a las prestaciones sociales es beneficiar a los ciudadanos tradicionalmente residentes en un determinado lugar frente a los demás españoles, es el de crear dos clases de ciudadanos únicamente diferenciables por el tiempo efectivo de residencia y no por su igual situación de necesidad.

El artículo 139.1 parece ser taxativo al establecer que «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio nacional», lo cual parecería excluir la posibilidad de establecer diferencias por cualquier poder público en función de la procedencia, residencia o tiempo de

(37) LÓPEZ GUERRA, L., «Consideraciones sobre la regulación de las condiciones básicas del artículo 149.1.1», en PÉREZ CALVO, A., *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, MAP, 1990, pág. 83.

(38) DE OTTO Y PARDO, I., *Estudios sobre Derecho...*, op. cit., pág. 154.

residencia de las personas en un determinado lugar. Sin embargo, sería posible considerar que el precepto referido no excluye absolutamente la diferenciación cuando ésta se pueda justificar suficientemente en la promoción proporcionada de un objetivo legítimo. De no ser así, nos encontraríamos con que la procedencia o residencia de una persona jamás podría ser tenida en cuenta a la hora de establecer un régimen jurídico diferenciado cuando precisamente en algunos supuestos, por ejemplo en el caso de las normas de cuarentena, la procedencia o residencia puede justificar tal diferencia.

Para determinar si una diferenciación por razón de la procedencia, la residencia o el tiempo de residencia constituye una discriminación constitucionalmente proscrita o por el contrario es una diferenciación constitucionalmente justificada, ya se aplique el artículo 139.1 o el 14 CE, se hace necesario comprobar si la misma promueve proporcionadamente objetivos legítimos.

Uno de los objetivos teóricamente pretendidos por los poderes públicos cuando establecen la exigencia de requisitos temporales de residencia previa para acceder a determinadas prestaciones sociales es la garantía de la sostenibilidad económica del sistema, ya sea autonómico, estatal o municipal, de prestaciones sociales (39). La negativa a otorgar prestaciones a los nuevos residentes, se argumenta, permitiría la sostenibilidad económica del sistema que estaría dirigido a los residentes tradicionales.

En estos supuestos, siendo legítimo el objetivo de garantizar la sostenibilidad del sistema de prestaciones, no lo es el medio elegido para conseguirlo, la diferenciación de los ciudadanos en función del efectivo período de residencia. Ciertamente existe un legítimo interés de las Comunidades Autónomas o los entes locales en ahorrar dinero, pero sin que ello justifique hacerlo a través de la discriminación de determinados ciudadanos. No basta con demostrar el ahorro de dinero que suponen los requisitos temporales de residencia para considerarlos constitucionales, pues tal ahorro se consigue a través de una diferenciación proscrita por la Constitución en el artículo 139.1 que, tal como afirma Pemán, ha convertido la residencia o vecindad en una de las *suspected categories* ya explicitadas en el artículo 14 CE (sexo, raza) y respecto de las que cualquier diferenciación exige un plus de justificación. Al justificarse el diferente trato en el tiempo de residencia del potencial beneficiario, el mismo resulta contrario,

(39) El establecimiento de requisitos temporales tendría dos efectos beneficiosos sobre la sostenibilidad económica del sistema: el primero es el ahorro que supone a corto plazo, pues los que no cumplan el requisito temporal no pueden acceder a las prestaciones inmediatamente con el consiguiente ahorro económico, el segundo el ahorro que puede suponer a largo plazo, pues la exigencia de tales requisitos temporales de residencia previa para poder acceder a prestaciones puede eventualmente desincentivar la llegada de nuevos residentes necesitados.

no sólo al artículo 139.1 CE, en cuanto utiliza como criterio de diferenciación una característica excluida como causa de discriminación por el mencionado precepto constitucional, sino también resulta contrario al artículo 14 CE.

Los eventuales problemas financieros a los que puede dar lugar la llegada de nuevos residentes no es lícito que sean resueltos a través de la negación de derechos a aquellos que tienen reconocido el estatus de ciudadanos españoles, sin que ello excluya la necesidad de articular mecanismos financieros compensatorios y de solidaridad con las entidades afectadas.

Todo ciudadano español tiene derecho a elegir su lugar de residencia dentro del territorio nacional, las Comunidades Autónomas o los municipios no tienen, sin embargo, el derecho a elegir a sus residentes. Es plenamente legítimo que los poderes públicos promuevan medidas de contención del gasto, pero no lo es que lo hagan a costa de diferenciar entre clases de ciudadanos en función del tiempo de residencia en un determinado lugar cuando tienen a su disposición otros mecanismos no discriminatorios para promover ese objetivo.

Un segundo objetivo pretendido por los poderes públicos que establecen la exigencia de requisitos temporales de residencia para poder acceder a determinadas prestaciones sería el de garantizar de manera preferente las prestaciones sociales a aquellos que en el pasado hubieran contribuido al sostenimiento de los gastos públicos mediante el pago de impuestos.

Sin embargo, considerar legítimos los requisitos temporales de residencia previa por garantizar prestaciones sociales a aquellos que han contribuido supondría admitir, llevando el argumento al límite, y tal y como ha señalado la jurisprudencia norteamericana, que un poder público territorial podría limitar, también, el acceso de los nuevos residentes a otro tipo de prestaciones como las educativas, el acceso a los parques públicos o a las bibliotecas públicas o el acceso a servicios públicos como la policía o los bomberos o al menos podría restringirse la cantidad de beneficios o servicios recibidos en función de las pasadas contribuciones fiscales de los concretos ciudadanos solicitantes. El reconocimiento constitucional a la igualdad difícilmente permitiría establecer diferencias en el acceso a los servicios, bienes y prestaciones públicas como consecuencia de las contribuciones realizadas vía impuestos. La idea del tanto pagas tanto recibes se opondría al concepto mismo de Estado social y al mandato constitucional de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas mediante la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE) (40).

(40) No obstante, incluso en el supuesto de que se considerase legítimo el objetivo de garantizar de manera preferente las prestaciones sociales a aquellos que en el pasado hubieran contribuido

A la misma conclusión que aplicando el artículo 139.1 CE se llegaría en el caso de aplicar el artículo 14 CE como parámetro de control de los requisitos temporales de residencia previa para poder acceder a determinados beneficios sociales.

El artículo 14 de la Constitución establece que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

El artículo 14 CE reconoce, así, un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas. En este sentido, hay que recordar que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional española el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Los requisitos de períodos temporales de residencia previa suponen una diferenciación no justificada tal como vimos al analizar su conformidad con el artículo 139.1 CE, con lo que nos remitimos a lo dicho anteriormente.

El derecho a la igualdad de trato en el acceso a los derechos y prestaciones sociales de los españoles desde el mismo momento en que se trasladan a residir a un determinado lugar dentro del territorio nacional además de reconocerse en la propia Constitución (arts. 14 y 139.1) (41) derivaría además, en el caso de determinadas Comunidades Autónomas, de haberse establecido tal derecho en los Estatutos de Autonomía. Los requisitos temporales de residencia previa además de

al sostenimiento de los gastos públicos, sin embargo, no sería un objetivo que se pudiese conseguir adecuadamente mediante el establecimiento de requisitos temporales de residencia previa. Ello supone que los requisitos temporales no superarían la comprobación de la adecuación de la medida para conseguir el objetivo pretendido. Y no lo harían porque muchos de los ciudadanos tradicionalmente residentes necesitados de asistencia social difícilmente habrán contribuido con anterioridad al sostenimiento de las cuentas públicas precisamente por su propia situación de necesidad

(41) Sin embargo, frente a la posición que aquí se mantiene, se ha sostenido que la residencia continuada como criterio de atribución de derechos y deberes de ciudadanía local y autonómica debería requerir una duración de un año con declaración de voluntad expresa del interesado o de diez años sin declaración expresa en contra, justificando el establecimiento de tales períodos en la necesidad de generar una mínima identidad y cohesión colectiva. ALÁEZ CORRAL, B., *Nacionalidad...*, *op. cit.*, págs. 293 y sigs.

inconstitucionales habrían devenido, tras algunas de las recientes reformas autonómicas, antiestatutarios (y cabría plantearse si, por ende, vulneradores del bloque de la constitucionalidad, pues en el caso de la vulneración de preceptos estatutarios que no distribuyen competencias sino que establecen principios no cabría hablar propiamente del bloque). A analizar tal consecuencia dedicaremos el epígrafe 3.

2. *El derecho de residencia de los extranjeros en España*

El artículo 19 de la Constitución sólo se refiere a los españoles como titulares del derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional, sin que ello signifique, sin embargo, que los extranjeros carezcan de tal derecho constitucional, pues de acuerdo con la doctrina sentada ya en la STC 107/1984, de 23 de noviembre, los enunciados constitucionales relativos a la titularidad de los diferentes derechos fundamentales hay que interpretarlos de conformidad con el artículo 13.1, según el cual «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». La jurisprudencia constitucional ha considerado que los extranjeros son también titulares de los derechos fundamentales del artículo 19 CE, sin embargo, para determinar en qué condiciones un extranjero puede ejercer tales derechos en España habrá que analizar los términos en los que los mismos se reconocen en los tratados y la ley.

La remisión a la ley que contiene el artículo 13.1 no supone, en todo caso, una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros, puesto que el legislador, aun disponiendo de un amplio margen de libertad para concretar los «términos» en los que aquéllos gozarán de determinados derechos y libertades en España, se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del Título I de la Constitución, y especialmente los contenidos en los apartados primero y segundo del artículo 10 CE (STC 236/2007, de 7 de noviembre).

Para analizar cómo se regula en nuestro ordenamiento jurídico el derecho de residencia de los extranjeros se debe diferenciar entre los extranjeros de fuera de la Unión Europea y los extranjeros de la Unión.

a) En relación con los extranjeros de fuera de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo la norma que regula su derecho de residencia es la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada, entre otras, por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (en adelante, Ley de extranjería).

En la Ley de extranjería, además de regularse los requisitos para la entrada de un extranjero en territorio nacional se establecen las condiciones en las que

un extranjero puede adquirir la residencia temporal (situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años) y la residencia permanente (situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles) (42).

En el caso de la residencia temporal el extranjero debe acreditar bien disponer de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el período de tiempo por el que solicite la residencia sin necesidad de realizar actividad lucrativa, bien proponerse realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena si ha obtenido una autorización administrativa para trabajar (43).

La Ley exige, por tanto, para residir de forma temporal la suficiencia de medios económicos o la realización de una actividad lucrativa condicionada a la obtención del correspondiente permiso de trabajo.

En el caso de la residencia permanente se tendrá derecho si se ha tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada.

En este caso la diferencia de tratamiento entre los nacionales y los extranjeros no comunitarios, la exigencia para estos últimos de suficiencia de medios económicos o la realización de una actividad lucrativa, realizada por la normativa española vendría amparada por la propia Constitución, que en su artículo 13.1 ha establecido que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas del Título I en los términos que establezcan los tratados y la ley. La jurisprudencia constitucional ha permitido tales diferencias al considerar que «la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir en ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana» (STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3) (44), por lo que cabe que el legislador los reconozca en la ley en términos distintos que a los españoles (45). Para el Tribunal Constitucional sería «lícito que las leyes y tratados

(42) Una tercera situación recogida en la Ley es la de estancia, definida por la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días.

(43) O bien ser beneficiario del derecho a la reagrupación familiar.

(44) Crítico con tal afirmación se muestra ALONSO DE ANTONIO, A. L., «El derecho a la libertad de residencia», base de conocimiento jurídico de Iustel, www.iustel.com.

(45) Recordemos que el Tribunal Constitucional ha reiterado que existen derechos del Título II que «corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles» (STC 107/1984, FJ 3), puesto que gozan de ellos «en condiciones plenamente equiparables [a los españoles]» (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3). Estos derechos son los que «pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español» (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2, y 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2). También nos hemos referido a ellos como derechos «inhe-

modulen el ejercicio de estos derechos (circulación y residencia) en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella» (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3; 242/1994, de 20 de julio, FJ 4; 24/2000, de 31 de enero, FJ 4; 236/2007, de 7 de noviembre) (46).

Determinadas las condiciones de residencia legal en España de los extranjeros no comunitarios, la Ley de extranjería convierte a la residencia legal en nuestro país en un verdadero derecho de acceso a los derechos y prestaciones sociales.

Así el artículo 14 de la Ley de extranjería establece que los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles y tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles (47).

El reconocimiento del derecho de igualdad de trato en el acceso a los derechos y prestaciones sociales de los extranjeros residentes no se derivaría de la Constitución, que en el artículo 13.1 admite que a los extranjeros se les reconozca un régimen jurídico diferenciado respecto a los nacionales, sino de la propia Ley de extranjería.

Pero además de derivarse de la propia Ley de extranjería, el reconocimiento del derecho a la igualdad de trato en el acceso a los derechos y prestaciones sociales de los extranjeros residentes (e incluso veremos que de los no residentes legalmente) derivaría, en el caso de determinadas Comunidades Autónomas, de haberse establecido tal derecho en los Estatutos de Autonomía que han reconocido el acceso a los derechos sociales otorgados por los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de todas las personas en igualdad de condiciones.

rentes a la dignidad de la persona humana» (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). En esta situación se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3), pero también el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2) y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, de 22 de mayo, FJ 4), el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5) y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1). Todos ellos han sido reconocidos expresamente por el Tribunal Constitucional como pertenecientes a las personas en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva (STC 36/2007, de 11 de noviembre).

(46) La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido una amplia capacidad a los poderes públicos de los Estados para controlar la residencia de los extranjeros (por ejemplo, en SSTEDH de 28 de mayo de 1985, caso *Abdulaiz*; de 21 de junio de 1988, caso *Berrehab*; de 18 de febrero de 1991, caso *Moustaquin*, o de 28 de noviembre de 1996, caso *Ahmut*).

(47) En relación con los extranjeros no residentes el artículo 14.3 les reconoce el derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.

El reconocimiento vía estatutaria de un derecho de acceso a los servicios sociales en condiciones de igualdad supone, frente al reconocimiento de ese mismo derecho en la Ley de extranjería, una mayor garantía del mismo como consecuencia de estar incluido en una norma dotada de especial rigidez. A analizar tal consecuencia dedicaremos el epígrafe 3.

b) En relación con los extranjeros de la Unión Europea habrá que estar a lo que establecen el Derecho comunitario y las normas nacionales de transposición. En relación con lo que establece el Derecho comunitario nos remitimos al apartado en el que tratamos los límites al derecho de residencia establecidos por el legislador comunitario

En relación con las normas nacionales de transposición del Derecho comunitario, el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, es la norma que transpone en nuestro país la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

España, en su normativa de transposición, ha reconocido a los ciudadanos comunitarios el derecho de residencia por un tiempo superior a tres meses sin condicionarlo a la posesión de recursos económicos suficientes o a la posesión de un seguro médico como le permitía haber hecho la Directiva 2004/38 (48). La normativa española únicamente ha establecido limitaciones por razones de orden público, seguridad pública y salud pública.

La renuncia del Gobierno español a condicionar, pudiendo haberlo hecho, la residencia de los extranjeros de la Unión a la posesión de recursos económicos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social de nuestro país y de un seguro médico supone el reconocimiento de un verdadero derecho de libre fijación de residencia para los ciudadanos europeos independientemente de su situación patrimonial personal.

Desde el momento en que un extranjero comunitario fija la residencia en nuestro país de conformidad con el Derecho español se encuentra amparado

(48) De acuerdo con la normativa española los interesados únicamente estarán obligados a solicitar personalmente ante la Oficina de Extranjeros de la provincia donde pretendan permanecer o fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente su inscripción en el Registro Central de Extranjeros. Dicha solicitud deberá presentarse en el plazo de tres meses contados desde la fecha de entrada en España, siéndole expedido de forma inmediata un certificado de registro en el que constará el nombre, nacionalidad y domicilio de la persona registrada, su número de identidad de extranjero y la fecha de registro.

por el derecho a no ser discriminado por razón de la nacionalidad establecido en el Derecho comunitario, en el artículo 12 del TCE, y, en principio, tendrá un derecho de acceso a los derechos sociales que se reconozcan en el ordenamiento español en las mismas condiciones que los españoles.

Y decimos, en principio, pues recordemos que los poderes públicos españoles, si bien han renunciado a adoptar límites al derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión, vienen estableciendo requisitos adicionales a la mera residencia para poder acceder a determinados beneficios sociales como son los requisitos temporales de residencia previa en un determinado lugar. Requisitos temporales de residencia previa que, en la práctica, pueden tener efectos más restrictivos sobre los ciudadanos comunitarios que sobre los nacionales del Estado que los impone, pero que recordemos que han sido considerados compatibles con el Derecho comunitario por el TJCE en una discutible jurisprudencia.

En este sentido en la medida en que el artículo 13.1 CE establece que son la ley y los tratados los que determinan las condiciones de disfrute de los derechos fundamentales por los extranjeros, sólo una efectiva vulneración del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad recogido en el artículo 12 del TCE podría ser además de ilegal, por vulnerar un tratado, inconstitucional por incompatible, aparte de con el propio artículo 13.1 CE, con el artículo 14 CE, que reconoce el derecho a la igualdad (49), el problema es que, precisamente, el intérprete natural del artículo 12 del TCE, el TJCE, no ha considerado los requisitos temporales de residencia previa contrarios al mismo cuando se basan en consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad.

Sin embargo, puesto que los requisitos temporales de residencia previa deben ser considerados, como hemos sostenido en esta páginas, contrarios a los artículos 13.1 y 14 CE para el caso de los españoles, necesariamente si se establecen sólo para los ciudadanos comunitarios vulnerarían el artículo 12 del TCE, pues ya no cumpliría con el requisito jurisprudencial de basarse en consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de las personas afectadas, y por ende vulnerarían el artículo 14 CE (50). En este caso, a pesar

(49) En este sentido la jurisprudencia constitucional ha considerado vulneradoras del artículo 14 CE aquellas decisiones de los poderes públicos contrarias a tratados que exigían igualdad de trato entre españoles y extranjeros (SSTC 221/1988 y 130/1995). No sería posible alegar directamente el artículo 14 CE, pues la jurisprudencia constitucional ha recordado que una desigualdad de los extranjeros en relación a los españoles no es inconstitucional, «y no porque se encuentre justificada en razones atendibles, sino, más sencillamente, porque en esta materia (derechos sociales) nada exige que deba existir la igualdad de trato» (STC 107/1984).

(50) Se podría explorar si el derecho del artículo 14 CE, interpretado de conformidad con los acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales, tal como establece el artículo 10.2 CE, podría implicar la proscripción de la discriminación por razón de la nacionalidad, o aquellas

de que la jurisprudencia comunitaria haya aceptado la conformidad de tales requisitos con el Derecho comunitario, nuestra Constitución, al proscribir el establecimiento de los mismos para los españoles, supondría la imposibilidad de establecerlos también para los ciudadanos comunitarios, pues los mismos vulnerarían el artículo 12 del TCE y consecuentemente el 14 CE.

El derecho a la igualdad en el acceso a los derechos sociales de los residentes sin que quepa el establecimiento de diferencias por razón del tiempo de residencia, tanto de los extranjeros comunitarios como de los españoles que se desplazan dentro del territorio nacional (e incluso de los extranjeros, comunitarios o no, que residen ilegalmente en nuestro país), se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico, además, recientemente garantizado a través de una nueva vía. A través del reconocimiento de un derecho general de acceso a los derechos sociales en algunos de los nuevos Estatutos de Autonomía. A analizar tal consecuencia dedicaremos el próximo epígrafe.

3. La mera vecindad administrativa como pórtico de acceso a los derechos sociales y la garantía de la igualdad en el acceso a aquéllos tras las recientes reformas estatutarias

Las reformas de algunos Estatutos de Autonomía realizadas la pasada legislatura han tenido dos consecuencias fundamentales sobre la materia que estamos tratando.

La primera consecuencia sería que en algunas Comunidades Autónomas no es posible ya, tras la reforma de su Estatuto, exigir por parte de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma la residencia legal de una persona extranjera, comunitaria o no, para que ésta pueda acceder a los derechos y

medidas que en la práctica tengan los mismos efectos como es el caso de los requisitos temporales de residencia previa, para el caso de los ciudadanos de la Unión que residan legalmente en nuestro país. Así, por obra de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE, el precepto comunitario que proscribe la discriminación por razón de la nacionalidad, el artículo 12 del TCE, se erigiría en pauta para la interpretación de «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce», esto es, en pauta para la interpretación del artículo 14 CE; ello, claro es, sin perjuicio del valor del artículo 12 del TCE en cuanto Derecho de la Unión. Sin embargo, surge la duda de si el TCE entraría dentro de la categoría de acuerdo internacional sobre derechos susceptible de convertirse en fuente interpretativa de los derechos constitucionales. En este sentido, el Tribunal Constitucional reconoció en su Declaración 1/2004 que el frustrado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en el que se incluía la Carta de Derechos fundamentales de la UE en tanto que convenio sobre derechos ratificado por España, a través del procedimiento previsto en el artículo 93 CE, tenía eficacia interpretativa respecto de los derechos y libertades proclamados por la Constitución tal como prevé el artículo 10.2 CE.

prestaciones sociales otorgados por aquéllos, bastando a partir de la reforma con la mera vecindad administrativa para poder acceder a tales derechos y prestaciones.

La segunda consecuencia sería que algunos de los nuevos Estatutos de Autonomía se opondrían a la extendida práctica de los poderes públicos de establecer requisitos temporales de residencia previa para poder acceder a determinadas prestaciones y derechos sociales. Tal práctica, recogida esencialmente en las normativas autonómicas y locales, ya no es sólo que sea inconstitucional por vulnerar los artículos 139.1 y 14 CE, caso de los españoles, o por vulnerar el artículo 14, caso de los residentes legales comunitarios, sino que además habría devenido sobrevenidamente una práctica antiestatutaria.

Las dos consecuencias señaladas constituirían una importante garantía del derecho de acceso a los derechos sociales de todas las personas en igualdad de condiciones, independientemente de su situación de residencia, legal o ilegal, o del período de residencia previa en el territorio autonómico. Garantía fuertemente blindada por constituir los Estatutos de Autonomía una norma dotada de especial rigidez y por constituir éstos una norma parámetro de control para juzgar la constitucionalidad de las demás normas.

En relación con la primera consecuencia señalada, la aceptación de la vecindad administrativa como requisito fundamental para acceder a los derechos sociales independientemente de la residencia legal o ilegal de una persona en territorio español, el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía ha establecido, por ejemplo, en su artículo 12 que los destinatarios de las políticas públicas y los titulares de los derechos y deberes contenidos en el Título I (51), entre los que se encuentran muchos derechos sociales, son todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía.

Parece, así, que la residencia deja de constituirse en el pórtico de acceso al resto de derechos y pasa a constituirse en el elemento fundamental para determinar el acceso a aquéllos la vecindad administrativa, vecindad que, en nuestro ordenamiento, no exige ni siquiera la existencia de una residencia legal. En efecto, la vecindad administrativa, frente a la vecindad civil que exige una residencia continuada en el tiempo, se establece por el lugar donde se resida, legal o ilegalmente, en un momento dado. De acuerdo con el artículo 15 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local *«toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente [...] los inscritos en el Padrón municipal son los vecinos del municipio*

(51) Sin perjuicio de lo establecido para el derecho de participación en los asuntos públicos.

[...] la condición de vecino se adquiere en el mismo momento de su inscripción en el Padrón» (52).

Ciertamente, el vincular el acceso a los derechos a la mera vecindad administrativa no significa que un extranjero, comunitario o extracomunitario, se convierta en residente legal por el mero empadronamiento, pues la determinación de las condiciones de la residencia legal depende de lo que establezcan las normas del Estado, que es el que tiene la competencia sobre inmigración y extranjería (149.1.2 CE), en este sentido el artículo 18.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local establece que «la inscripción de los extranjeros en el Padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que les confiera la legislación vigente», no obstante un extranjero con vecindad administrativa sí se convierte en titular de los derechos reconocidos por los Estatutos de Autonomía por tal motivo, pues así lo ha querido el propio Estatuto, y ello aunque no tenga residencia legal en España, pues la competencia exclusiva del Estado sobre inmigración y extranjería no impide que las competencias autonómicas puedan tener una incidencia sobre la situación de aquellos extranjeros sin residencia legal en nuestro país, pero presentes en el territorio autonómico.

Pero es que además los propios artículos de los nuevos Estatutos de Autonomía que reconocen derechos en el ámbito social reconocen una amplia titularidad de los mismos. Así, por ejemplo, en el nuevo Estatuto de Cataluña se afirma que *todas las personas* tienen *derecho a acceder en condiciones de igualdad* a las prestaciones de la red de servicios sociales de responsabilidad pública o que «*todas las personas* tienen *derecho a acceder en condiciones de igualdad* y *gratuidad* a los servicios sanitarios de responsabilidad pública, en los términos que se establecen por ley». Igualmente en el nuevo Estatuto de Autonomía andaluz se establece que «se garantiza el derecho de *todos a acceder en condiciones de igualdad* a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales» (53). La propia dicción literal de los preceptos que reconocen derechos sociales implica-

(52) El empadronamiento es relativamente sencillo de conseguir, incluso para un extranjero sin residencia legal, pues basta con presentar en el Padrón municipal un documento identificativo de la persona que solicita el empadronamiento y en caso de que la vivienda señalada como domicilio no sea propiedad del solicitante del empadronamiento [ni pueda aportar un documento que acredite que vive allí, como un contrato de alquiler o el último recibo de cualquier suministro (agua, gas, electricidad, etc.) donde conste el nombre y el domicilio de la persona que solicita el empadronamiento] y quiera hacerla constar como domicilio, necesitará simplemente una autorización firmada del titular de la vivienda y una fotocopia de su DNI, pasaporte u otro documento personal identificativo.

(53) Igualmente el nuevo Estatuto de Aragón establece el derecho de todas las personas a acceder a los servicios públicos de salud, en condiciones de igualdad, universalidad y calidad.

ría que el derecho de acceso a los mismos se otorga a las personas independientemente de su situación de residencia legal o ilegal (54).

En relación con la segunda consecuencia que señalábamos: la prohibición de la extendida práctica de los poderes públicos autonómicos y locales de establecer requisitos temporales de residencia previa para poder acceder a determinadas prestaciones y derechos sociales los nuevos Estatutos de Autonomía han establecido un derecho de acceso de todas las personas a tal tipo de derechos *en condiciones de igualdad*.

De esta manera, los nuevos Estatutos de Autonomía no permitirían a los poderes públicos autonómicos y locales establecer grados distintos de prestaciones sociales en función de la duración de la residencia.

En nada afecta a lo aquí sostenido el hecho de que la STC 247/2007, de 12 de diciembre, haya acabado con el diferente régimen jurídico, explícitamente querido por el legislador estatutario, de los derechos y los principios estatutarios, reconduciendo los derechos al régimen jurídico de los principios, pues incluso tratándose de principios rectores y no de verdaderos derechos subjetivos son preceptos que vinculan a los poderes públicos (55).

(54) El nuevo Estatuto de Castilla y León ha sido, por ejemplo, algo más restrictivo que los de Cataluña o Andalucía, pues por ejemplo ha limitado el derecho a acceder en condiciones de igualdad al Sistema de Acción Social de Castilla y León a los ciudadanos de Castilla y León que de acuerdo con el Estatuto serían los españoles que tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Comunidad. Para el caso de los extranjeros el nuevo Estatuto ha establecido que los derechos que el mismo reconoce a los ciudadanos de Castilla y León se extenderán a los extranjeros con vecindad administrativa en la Comunidad en los términos que establezcan las leyes que los desarrollen.

(55) Recordemos que el Tribunal Constitucional en su STC 247/2007 afirmó que tanto los derechos —exceptuados los derechos de participación política o institucionales que la sentencia vincula con la función del Estatuto de establecer «la denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias»— como los principios contenidos en los Estatutos de Autonomía «necesitarán para adquirir plena eficacia del ejercicio por el legislador autonómico de la competencia normativa, de manera que el principio o derecho enunciado carecerá de justiciabilidad directa hasta que se concrete, efectivamente, su régimen jurídico por el legislador autonómico, pues sólo entonces se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos». No obstante lo anterior el Tribunal Constitucional también afirmó que «nada impide que el Estatuto de Autonomía, en cuanto norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, al atribuir las competencias que han de ejercer los poderes públicos autonómicos, les impongan, de modo directo, criterios o directrices para su ejercicio». Por tanto, fuera de los ámbitos concretos en los que la propia Constitución permite que el Estatuto cree derechos subjetivos y que la sentencia vincula con la función del Estatuto de establecer «la denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias», es decir, derechos en el ámbito de los derechos de participación política, los Estatutos de Autonomía no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos. Sobre todo ello QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007 de 12 de diciembre», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 5.

Ciertamente los preceptos estatutarios reproducidos vinculan a los poderes públicos de la respectiva Comunidad Autónoma y no al Estado, pero a pesar de tal limitación vincularían a aquellos poderes públicos con importantes competencias en materia social como son los poderes públicos autonómicos (56), pero también a los poderes locales (provinciales y municipales), puesto que también son poderes *de la respectiva Comunidad Autónoma*, lo que se traduce en la imposibilidad de establecer diferencias de régimen jurídico por parte de tales poderes, autonómicos y locales, en función del período de residencia previa, pues los destinatarios de las políticas públicas y los titulares de los derechos recogidos en los Estatutos son *todos* las personas a los que los Estatutos han reconocido el acceso a los mismos en condiciones de igualdad, esto es, independientemente del tiempo que lleven residiendo.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

En la diferenciación existente entre los tres sistemas políticos analizados, el federal norteamericano, el comunitario europeo y el autonómico español, parece latir el prejuicio de que no es posible reconocer simultáneamente una ciudadanía fuerte y unos modelos territoriales de protección social fuertes. Parece asumirse que los americanos podrían reconocer una ciudadanía fuerte que permite el libre desplazamiento de sus ciudadanos necesitados por el territorio nacional y permite acceso inmediato a los derechos prestacionales otorgados en los territorios estatales o locales porque sus sistemas territoriales de protección social serían débiles. En el caso europeo, por el contrario, no cabría el reconocimiento de una ciudadanía fuerte porque los sistemas territoriales de protección social son fuertes y una ciudadanía fuerte los pondría en peligro. Sin embargo, tal prejuicio queda en buena medida desmentido en nuestro país donde se garantiza por la Constitución española una ciudadanía fuerte junto a un Estado social y democrático de Derecho y debería quedar desmentido en la Europa comunitaria por una interpretación de los Tratados por parte del TJCE más garantizadora de los derechos individuales de ciudadanía. En unos tiempos de cierta desafección de muchos ciudadanos europeos respecto del proyecto de integración europeo el reconocimiento de una ciudadanía europea fuerte, al estilo norteamericano, permitiría, quizás, revertir aquella tendencia.

(56) Las Comunidades Autónomas tienen atribuidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía competencias que les permiten una importante capacidad de actuación en el ámbito del desarrollo del Estado social, entre las que se pueden destacar las competencias sobre asistencia social, educación, sanidad, vivienda o urbanismo.

RESUMEN

El derecho de residencia, entendido como el derecho subjetivo a elegir el lugar donde se desea residir, se encuentra, explícita o implícitamente, reconocido en las normas fundamentales que rigen tres sistemas políticos descentralizados paradigmáticos como son el federal norteamericano, el comunitario europeo y el autonómico español. Consecuencia fundamental del ejercicio efectivo de aquel derecho por los ciudadanos del respectivo sistema político es la posibilidad que tienen estos de acceder a los denominados derechos sociales, pues la residencia se ha constituido en la mayoría de sistemas políticos descentralizados en el elemento clave a la hora de determinar la capacidad de los ciudadanos de acceder a los derechos prestacionales otorgados en una determinada demarcación (estatal, autonómica o municipal) del territorio nacional/europeo. El derecho de residencia se constituye así en un derecho a tener derechos.

Sin embargo, en los sistemas referidos ni el reconocimiento del derecho de residencia ni el reconocimiento del derecho de acceso a los derechos sociales una vez que se es residente se ha configurado de la misma manera.

PALABRAS CLAVE: Derecho de residencia. Derechos sociales. Ciudadanía. Estado Autonómico. Estado federal. Unión Europea.

ABSTRACT

The right to residency, understood as the right to reside where one chooses, is recognized, explicitly or implicitly, within the legal framework that governs three paradigmatic decentralized political systems: the United States' federal system, the European Community system and the decentralized Spanish system. A fundamental consequence of the exercise of such right by the citizens of the respective political system is the ability of such citizens to access social rights. In fact, the right to residency has represented, in the majority of decentralized political systems, a key factor in determining the ability of citizens to access public benefits granted in a given region (federal, state, or local) within a country/ Europe. The right to residency, thus, became a right to receive other rights.

Nevertheless, in the above legal systems, neither the recognition of the right to residency nor the recognition of the right to access public benefits, once one is a resident, has been created in the same fashion.

KEY WORDS: Right to residency. Social rights. Citizenship. Autonomic State. Federal State. European Union.